



de la

Las relaciones exteriores de la Unión Europea: la Carta Europea de la Energía

La Directiva sobre intermediación y el Mercado Único del Seguro

Los fondos estructurales y la ordenación del territorio

La imposición sobre hidrocarburos y la protección del medio ambiente

El fondo Social Europeo

Los conflictos en la gestión de los Fondos comunitarios

Doctrina del Tribunal de Justicia



NOTICIAS

de la

UNIÓN EUROPEA

Publicación mensual • Sólo se vende por suscripción
Suscripción anual: 442 € (sin I.V.A.). Precio válido hasta 31-12-2004
Suscripciones: en CISSPRAXIS, S.A.

EDITA



CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tfno.: 902 250 500 • Fax: 902 250 502
clientes@ciss.es • www.ciss.es
Colón, 1 - 5ª planta. 46004 VALENCIA

No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Ni el editor ni los autores aceptarán responsabilidades por las pérdidas ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Esta publicación ha sido editada con el objetivo de proporcionarle una información detallada y fiable sobre la materia contemplada en ella. Su edición no implica en ningún caso la obligación por parte del editor a atender consultas de carácter económico, legal, contable o de cualquier otro tipo relacionadas con la temática de la misma. Si usted necesitara asesoramiento o cualquier otro tipo de ayuda profesional deberá dirigirse a un asesor especializado en el tema.

Depósito Legal: BI-478-94
I.S.S.N. 1133-8660

Compone: CISS

Imprime: Imprenta R.G.M., S.A.
P. Larramendi, 4- Planta baja - Bilbao

APP
ASOCIACION DE PRENSA PROFESIONAL
FIPP MIEMBRO DE LA FEDERACION
INTERNACIONAL DE LA
PRENSA PERIODICA

Publicación adherida a la APP no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de la publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.

Foto Portada: Iglesia St. Bernardine y St. Anne.
Vilnius, Lituania

NOTICIAS

de la

UNIÓN EUROPEA

DIRECCIÓN

- **D. Antonio Martínez Lafuente**

ABOGADO DEL ESTADO Y DIPLOMADO EN DERECHO EUROPEO

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

- **D. Federico C. Sainz de Robles Rodríguez**

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

VOCALES

- **D. José R. Álvarez Rendueles**

CATEDRÁTICO DE HACIENDA PÚBLICA

- **D. Martín Bassols Coma**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- **D^a. Alegría Borrás Rodríguez**

CATEDRÁTICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- **D. Juan María Díaz Fraile**

REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

- **D. Fernando Díez Moreno**

ABOGADO DEL ESTADO

- **D. Rafael García-Valdecasas Fernández**

JUEZ DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- **D. Javier García de Enterría**

CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL

- **D. Juan José González Rivas**

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

- **D. Jaime Lamo de Espinosa**

CATEDRÁTICO DE COMERCIALIZACIÓN AGRARIA

- **D. Juan Pablo López de Silanes**

TÉCNICO COMERCIAL Y ECONOMISTA DEL ESTADO

- **D. Francisco Lucas Fernández**

NOTARIO

- **D. Rafael de Mendizábal Allende**

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **D. Santiago Muñoz Machado**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- **D. Enrique Piñel López**

JEFE DE LA ASESORÍA JURÍDICA DE AEB

- **D. Jesús Rodrigo Fernández**

ABOGADO DEL ESTADO

- **D. Juan A. Sagardoy Bengoechea**

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO

- **D. Fernando Sánchez Calero**

CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL

- **D^a. Rosario Silva de Lapuerta**

JUEZ DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sumario

Fondos Estructurales II

«El Fondo Social Europeo»
por **Joaquín García Murcia** y
Paz Menéndez Sebastián

Pág. 91

Estudios

y notas

Pág. 5

1. Aspectos institucionales

«Las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia energética: especial referencia a la Carta Europea de la Energía»
por **Lidia Moreno Blesa**

Pág. 9

2. Políticas Comunitarias

«La nueva Directiva sobre la intermediación en los seguros: un paso más hacia el Mercado Único del Seguro»
por **José Manuel de Frutos Gómez** y
Javier Palmero Zurdo

Pág. 33

«Información y participación en materia de medio ambiente en la Unión Europea»
por **Marta Villarías Lorca**

Pág. 49

3. Fiscalidad

«Límites y posibilidades de una imposición sobre los hidrocarburos orientada a la protección del medio ambiente»
por **Enrique Ortiz Calle**

Pág. 59

4. Fondos Estructurales

«La interrelación entre los Fondos Estructurales y la ordenación del territorio»
por **Inmaculada de la Fuente Cabero**

Pág. 75

«Los conflictos en la gestión de los Fondos comunitarios ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la liquidación de cuentas»

por **Luis Ortúzar Andéchaga**

Pág. 101

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Pág. 117

«La residencia en Estado distinto y el Impuesto sobre Sucesiones»
Sentencia de **11 de Diciembre de 2003**

Pág. 119

Jurisprudencia de los Tribunales españoles

Pág. 129

«Solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial: razones por las que se rechaza»
Sentencia del Tribunal Supremo
de **9 de Junio de 2003**

Pág. 131

Crónica Legislativa y Judicial

Pág. 135

Las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia energética: especial referencia a la Carta Europea de la Energía

por Lidia Moreno Blesa

Profesora Adjunta de la Universidad Europea de Madrid



1. INTRODUCCIÓN

Aunque todavía no es posible hablar de la existencia de una política energética común en el ámbito del Derecho comunitario originario, esta ausencia no significa que la Unión Europea no haya emprendido un buen número de acciones en este terreno (1). Uno de los aspectos esenciales donde dicha política energética tiene una repercusión importante es el relativo a la "dimensión exterior". La razón se encuentra en que la dependencia exterior de la Comunidad exige un conjunto de medidas destinadas a garantizar la seguridad de los aprovisionamientos y, al mismo tiempo, los crecientes problemas ambientales demandan acciones de cooperación para prevenir las inversiones en tecnologías obsoletas y asegurar la aceptabilidad de las elecciones energéticas hechas por la Comunidad, particularmente en el campo nuclear (2).

Además, la dimensión exterior en materia de política energética se ha potenciado, como consecuencia de la tendencia en las últimas décadas hacia la globalización de los mercados. En efecto, los mercados regionales con sus características específicas en cuanto a comportamiento y necesidades de los consumidores están perdiendo cada vez más importancia. Al establecer nuevas orientaciones sobre política energética, debe tenerse muy en cuenta la globalización y el concepto de "mundo único" (3).

(1) En efecto, el celo con que los gobiernos se aferraron a mantener el control sobre el sector de la energía, dadas las ramificaciones de todo orden que tienen las políticas concernientes a la misma, ha constituido un obstáculo insalvable. Además, es necesario añadir que las diferentes estructuras de producción y consumo de los Estados miembros, así como la preferencia por canalizar la cooperación en este campo a través de cauces multilaterales alternativos, como la Agencia Internacional de la Energía, han operado en la misma dirección. Estas consideraciones explican que los intentos por introducir un nuevo capítulo sobre política energética común, tanto en el Tratado de Maastricht como en el de Ámsterdam, no hayan tenido éxito. Sin embargo, la existencia de problemas de seguridad de abastecimiento, el desarrollo del mercado interior y la necesidad de abordar el problema medioambiental representan razones insoslayables para una intervención comunitaria, pese a todas las dificultades, en temas energéticos. Vid. SODUPE, K. y BENITO, E.: "Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2000, p. 422.

(2) AYRAL, M., *Droit communautaire de l'énergie*, Dossiers Joly, 1997, p. 51.

(3) En este sentido, hay que tener en cuenta que por internacionalización, con carácter general, se debe entender la tendencia actual hacia la mundialización del comercio, es decir, la presencia cada vez más frecuente, de un proceso caracterizado por la eliminación de las barreras a los intercambios. Lo que provoca la apertura de mayores posibilidades de negocio más allá de las tradicionales

Como aspectos cruciales de este fenómeno pueden señalarse la mejora de relaciones con terceros países y la intensificación del diálogo internacional sobre temas de energía.

En definitiva, las responsabilidades internacionales de la Comunidad se extienden, entre otras cosas, a las condiciones de acceso de los productos energéticos al mercado comunitario, en virtud de sus competencias sobre comercio; al acceso de las empresas energéticas a los mercados de terceros países; a la organización del diálogo y la asistencia; y a la cooperación y la ayuda de emergencia. La amplitud creciente de estas responsabilidades así como el fomento de la cooperación internacional contribuyen a fortalecer el papel de la Comunidad en la gestión de la seguridad energética. La consecuencia inmediata de lo anterior es la existencia de una amplia gama de instrumentos comunitarios y acuerdos de cooperación que pueden dar respuesta a las cuestiones energéticas planteadas en el ámbito internacional. De entre ellos, hemos considerado interesante destacar, por la dimensión que alcanza la regulación que contiene, el Tratado sobre la Carta de la Energía. A su análisis dedicaremos a continuación las líneas que siguen, aunque no sin antes aclarar que el texto referenciado se enmarca en un intento por parte de la Comunidad de conseguir diversificar las importaciones de energía. Se entiende, por tanto, que la cooperación internacional se convierta en un objetivo de primer orden para materializar la seguridad de los aprovisionamientos.

2. LAS RELACIONES CON LOS PAÍSES TERCEROS

A lo largo de los últimos años, el contexto político y económico mundial ha experimentado importantes transformaciones, que repercuten ampliamente en la situación energética. Desde un punto de vista político, cabría destacar: la fragmentación de la Unión Soviética, la evolución democrática en Europa Central y Oriental, así como en diversos países de Latinoamérica, África y Asia, y el proceso de paz en Oriente Próximo. Por su parte, desde un punto de vista económico, podríamos resaltar los siguientes acontecimientos: el proceso de mundialización de la economía con la firma de los acuerdos del GATT y de varios acuerdos regionales de libre comercio (Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, entre México, Canadá y Estados Unidos) o de integración económica (MERCOSUR, entre

fronteras de un Estado. Pero también introduce una mayor competencia entre los operadores del mercado, que se ven, de este modo, obligados a implantar nuevas estrategias para hacer frente a este nuevo mercado de referencia. Al respecto, *vid.* MORENO BLESÁ, L., "Las Pymes ante la internacionalización de la economía", *Boletín ICE*, nº 2619, del 7 al 13 de junio de 1999, p. 27.

Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), y la emergencia de nuevos socios en el comercio mundial.

Estos cambios no significan, por fuerza, una mayor seguridad para el abastecimiento energético de la Comunidad. Aunque, desde un punto de vista industrial, suponen nuevas posibilidades de inversión en los países considerados y, desde un punto de vista energético, ofrecen una mayor estabilidad de las relaciones comerciales y políticas. La seguridad del suministro comunitario se ve amenazada porque dichos cambios crean nuevos polos de consumo que contribuyen a aumentar la demanda, lo que en determinadas circunstancias, podría repercutir en los precios. Por consiguiente, estos cambios crean nuevas necesidades de cooperación energética, que se han traducido en el establecimiento de relaciones con algunos países terceros. Como resultado de estos contactos se ha elaborado el Tratado sobre la Carta de la Energía. Este nuevo marco jurídico potencia el diálogo entre los países de Europa oriental y occidental. Aunque el objetivo último del mismo es evitar la excesiva dependencia energética de países políticamente inestables.

3. LA CARTA EUROPEA DE LA ENERGÍA

Como consecuencia de la desintegración de los regímenes comunistas de la Europa Central y del Este, el Primer Ministro holandés, Ruud Lubbers, propuso en el Consejo Europeo de Dublín celebrado el 25 y 26 de junio de 1990 la creación de una red europea de la energía. El memorándum presentado en Dublín por el Primer Ministro Lubbers, proponía aprovechar los aspectos complementarios que se dan entre la Comunidad, la URSS y los países de la Europa Central y del Este, mediante la creación de una Comunidad Europea de la Energía (4). Todas las partes implicadas dispondrían de un nuevo marco que les permitiría aumentar los intercambios y reforzaría la estabilidad del conjunto del sistema energético. Para los países del Este, un régimen de inversiones y comercio energético con el Oeste podría facilitar el acceso al capital, la experiencia y la tecnología de occidente, así como mejorar la ejecución y la seguridad y estándares medioambientales de sus economías energéticas. En concreto, para los Estados europeos del Este, dependientes del petróleo y gas ruso y de su experiencia nuclear, el establecimiento de lazos comerciales estables con el Oeste podría ayudarles a reducir el riesgo que supone la dependencia exclusiva de la Federación rusa. Por su parte, Rusia esperaba que la Carta podría ayudar a orientar el capital occidental hacia su debilitada industria petrolífera, asegurando exportaciones

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

estables y un flujo regular de ganancias en moneda firme vitales para la economía rusa. Además, las repúblicas de Asia Central ricas en fuentes de energía esperaban llegar a ser exportadoras de sus propias energías mediante la captación del capital occidental para desarrollar sus recursos energéticos. Con la consecución de este objetivo esperaban conseguir una independencia verdadera de Rusia.

Asimismo, los países de Europa occidental veían la oportunidad de asegurar el acceso a los mercados del Este para sus industrias energéticas. Las posibilidades de invertir, en particular en la antigua Unión Soviética, eran amplias, pero el acceso a los mercados estaba limitado. Junto a este inconveniente, se pueden señalar otros, como el adverso clima legal y fiscal en Rusia, las disputas sobre la delimitación de los poderes entre la administración central y regional en las zonas autónomas de la Federación rusa, el incierto estatuto legal de los recursos energéticos y el peligro de interrupciones del tránsito en Asia Central, más la inestabilidad política y económica en ese área, que representaban serios obstáculos a las inversiones occidentales. Aunque para la mayor parte de los países de Europa occidental, la creación de una Comunidad Europea de la energía ofrecía la oportunidad de asegurar flujos de energía a largo plazo procedentes de la antigua Unión Soviética. Dentro de la Unión Europea, la dependencia de las importaciones de gas estaba incrementándose y muchos Estados miembros se encontraban en una situación de dependencia elevada respecto de las importaciones petrolíferas de países no europeos. Por consiguiente, a la vista del aumento de la inestabilidad en el Oriente Medio después de la invasión de Kuwait y la intensidad de los conflictos entre el gobierno y los fundamentalistas islámicos en Argelia, la seguridad de los suministros futuros de petróleo y gas desde otras regiones se convierte en el objetivo fundamental de la Unión Europea y de muchos de sus Estados miembros (5). La búsqueda de esta seguridad hace de la antigua Unión Soviética un actor esencial en la escena energética mundial, debido a sus altos niveles de producción energética y a la abundancia de recursos probados. Este protagonismo se deriva de su participación en la producción mundial de energía, que representaba el 10% para la energía nuclear, el 15% para el carbón, el 20% para el petróleo y más del 40% para el gas natural (6).

A la vista de los múltiples factores que propiciaban la creación de una Comunidad Europea de la Energía y en base al Plan Lubbers, la Comisión, a través de su Presidente Delors, desarrolló sus ideas en cuanto al posible contenido de una Carta Europea de la Energía

(5) DORÉ, Julia, "Negotiating the Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, pp. 137 - 155.

(6) WAETERLOOS, Christian, "Une Charte Européenne de L'énergie: pour quoi faire?", *R.M.C.*, n° 348, Juin 1991, p. 440.

en la cumbre de la CSCE que se celebró en París el 21 de noviembre de 1990. La institución comunitaria apuntó, especialmente, que el objetivo central de una política en materia de energía era garantizar la seguridad del abastecimiento en condiciones que permitieran aumentar la competitividad de la economía y el bienestar de los ciudadanos, al tiempo que se creaba una situación estable y ventajosa para los productos energéticos. También señaló que la existencia de una Carta Europea de la Energía podría crear un clima de confianza propicio a la utilización óptima de los recursos y a su canalización. Contribuiría a una diversificación de las fuentes de abastecimiento e integraría la dimensión ambiental.

A continuación, en el transcurso del Consejo Europeo de Roma, celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 1990, la Presidencia decidió que era necesario establecer una cooperación a largo plazo en Europa, y el Consejo manifestó el deseo de que se organizara, en 1991, una conferencia internacional para elaborar una Carta Europea de la Energía. Con estos antecedentes se llegó al primer borrador de la Carta elaborado por la Comisión, en el que se recogen los aspectos principales de la misma, acompañados de un memorándum explicativo (7). Se trata de la Comunicación de la Comisión de 20 de febrero de 1991 que fue discutida en el Consejo de las Comunidades Europeas.

Tras la discusión de la propuesta de la Comisión en el Consejo, las Comunidades Europeas invitaron a los demás países de Europa Occidental y del Este, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los miembros no europeos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos a asistir a una conferencia en Bruselas en julio de 1991 con objeto de iniciar negociaciones acerca de la Carta Europea de la Energía. Las negociaciones sobre la Carta Europea de la Energía finalizaron en 1991, y la Carta fue adoptada mediante la firma de un documento final en una conferencia celebrada en la Haya los días 16 y 17 de diciembre de 1991. Los signatarios de la Carta fueron un total de 40 Estados más la Comunidad Europea (8), aunque posteriormente se fueron adhiriendo nuevos países (9).

(7) LÓPEZ MAYOR, V., "La Carta Europea de la Energía", *Noticias de la CEE*, n° 93, octubre de 1992, p. 71.

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

(9) El 19 de diciembre de 1991: Azerbaiyán, el 12 de febrero de 1992: Moldavia, el 13 de febrero de 1992: Kirguizistán, el 3 de abril de 1992: Lituania, el 18 de mayo de 1992: Estonia, el 15 de octubre de 1992: Eslovenia, el 5 de febrero de 1993: Croacia, la República Checa y la República Eslovaca, el 9 de junio de 1994: Turkmenistán y el 6 de abril de 1995: Bosnia-Herzegovina.

En la práctica, la Carta de la Energía era un acuerdo intergubernamental, pero diseñado fundamentalmente para movilizar al sector privado. Con su puesta en marcha, más de 20 países tendrían que pasar de una economía planificada a un sistema donde la responsabilidad gubernamental estaría limitada al establecimiento de unas reglas básicas para el correcto funcionamiento del mercado y su control (10). La naturaleza jurídica de la Carta constituía una especie de código de conducta o declaración solemne de principios políticos, económicos, energéticos y medioambientales que los países signatarios se comprometían a respetar. Tal declaración de intenciones no tendría un carácter vinculante. Sin embargo, el valor de este texto estaría en demostrar por primera vez un consenso en las afinidades e interdependencias existentes en el sector energético europeo. Complementariamente, este código de conducta establecería las reglas básicas generales por etapas para responder a los cambios en la seguridad y la diversificación de los suministros energéticos y la protección del medio ambiente (11).

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

Finalmente, las negociaciones relativas al Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados fueron concluidos satisfactoriamente. El 17 de diciembre de 1994 eran firmados en Lisboa los textos del Tratado y el Protocolo respectivamente (12), entrando en vigor

(10) BAUW, Robert de, "Government promotion of markets: The European Energy Charter", *Energy Policy*, vol. 20, nº 5, May 1992, p. 431.

(11) WAETERLOOS, Christian, "Why a European Energy Charter?", *Energy in Europe*, nº 17, July 1991, p. 10.

(12) *Vid.*, DOCE nº L 380, de 31 de diciembre de 1994:

- Acta final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía;

- Anexo 1: El Tratado sobre la Carta de la Energía;

- Anexo 2: Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía;

- Anexo 3: Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados.

para las Comunidades Europeas el 16 de abril de 1998, tras el depósito del trigésimo instrumento de ratificación el 16 de enero de 1998, de conformidad con el apartado 1 del art. 44 del Tratado sobre la Carta de la Energía y del apartado 1 del art. 18 del Protocolo (13). No obstante, de acuerdo con el art. 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía que permite la aplicación provisional del Tratado a la espera de su entrada en vigor, La Comunidad Europea se decantó por dicha aplicación desde el momento de su firma (14). Los signatarios del Tratado fueron un total de 41 Estados más la Comunidad Europea (15); mientras que los signatarios del Protocolo se quedaron en un total de 39 Estados más la Comunidad Europea (16). Aunque tanto en uno como en otro caso, la lista de los participantes fue ampliándose posteriormente (17).

Respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía, se considera único como Tratado multilateral de carácter sectorial, cubriendo ampliamente el comercio, las inversiones y una extensa gama de otras materias en el ámbito de la energía (18). Su importancia va más allá del campo de la energía. En efecto, por incentivar las inversiones y el comercio

(13) Información sobre la entrada en vigor del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, DOCE nº L 69/116, de 9-3-1998.

(14) Decisión del Consejo 94/998/CE, de 15 de diciembre de 1994, *relativa a la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía por parte de la Comunidad Europea*; y Decisión del Consejo 94/1067/Euratom, de 15 de diciembre de 1994, *por la que se aprueba la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía mediante Decisión de la Comisión en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica*; ambas en DOCE nº L 380, de 31 de diciembre de 1994.

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

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

(17) Los signatarios del Tratado sobre la Carta de la Energía fueron con posterioridad al 17 de diciembre de 1994 los siguientes: el 27 de febrero de 1995: Hungría, el 5 de abril de 1995: Lituania y Uzbekistán, el 2 de junio de 1995: La República Checa, el 8 de junio de 1995: Bosnia-Herzegovina y Turkmenistán y el 14 de junio de 1995: Japón y Noruega. Por su parte, los signatarios del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados fueron con posterioridad: el 27 de febrero de 1995: Hungría, el 5 de abril de 1995: Lituania y Uzbekistán, el 2 de junio de 1995: Albania, el 8 de junio de 1995: La República Checa y Rumania, el 14 de junio de 1995: Bosnia-Herzegovina y Turkmenistán y el 16 de junio de 1995: Japón y Noruega.

(18) THE LEGAL COUNSEL OF THE IEA, *The Energy Charter Treaty: a description of its provisions*, IEA, París, 1994, p. 8.

energético, el Tratado contribuirá a mejorar el suministro de energía y la seguridad en los mercados de Europa y el mundo. Esta contribución también producirá beneficios medioambientales al promover la transferencia de tecnología y *know-how* en los terrenos de la eficiencia energética y del medio ambiente. Además, el Tratado crea oportunidades de negocio tanto para las empresas del Este como del Oeste. Pero sobre todo el Tratado hace realidad el objetivo original de la Carta, consistente en asegurar la prosperidad económica de los países de Europa del Este y la antigua Unión Soviética, provocando un ciclo de crecimiento económico real (19).

En suma, el Tratado sobre la Carta de la Energía es el primer intento de cubrir de una manera global y completa las cuestiones específicamente relacionadas con la energía, las cuales eran generalmente cubiertas por acuerdos de carácter horizontal, como el GATT, y por acuerdos bilaterales de comercio o inversión; aunque en la práctica el GATT ha tenido una escasa aplicación en el sector energético y la mayoría de los acuerdos bilaterales de comercio excluían a la energía de sus disposiciones (20). Al mismo tiempo, el Tratado sobre la Carta de la Energía conecta dos aspectos importantes de la política y el derecho económico internacional: primero, es un intento de llevar a los Estados que eran parte o estaban bajo el control de la antigua Unión Soviética hacia un modelo de política económica internacional de corte liberal que constituye la idea dominante de las economías de mercado occidentales; y segundo, el Tratado es un eslabón en una larga cadena de esfuerzos por crear un régimen internacional de inversiones y comercio (21).

A todo ello hay que unir, los amplios objetivos económicos que tiene el Tratado sobre la Carta de la Energía. Por un lado, destaca la creación de oportunidades de inversión para las empresas occidentales al disponer del necesario *know-how*, tecnología y capital; y por otro lado, aparece la contribución tangible al desarrollo económico de la Comunidad de Estados Independientes y de los países de Europa Central y Oriental por concentrarse en el sector energético que ofrece perspectivas reales de conseguir beneficios económicos rápidos. No obstante, el objetivo estratégico que subyace en el Tratado sobre la Carta de la Energía es mejorar la seguridad del suministro para aquellas Partes

(19) JONES, Cl., *The European Energy Charter Treaty*, en Hancher, L.: *The European energy market: reconciling competition and security of supply*, ERA, 1995, p. 82.

(20) DORÉ, Julia y BAUW, Robert De, *The Energy Charter Treaty: Origins, Aims and Prospects*, R.I.I.A., London, 1995, p. 39.

(21) WÁLDE, Thomas, "European Energy Charter-Energy Charter Treaty. A Multilateral Treaty under the Flag of Global Economic Liberalisation", *L'Union Européenne à L'aube d'un nouveau siècle. Liber Amicorum Jacqueline Lastenouse Bury*, Madrid, 1997, p. 629.

Contratantes, principalmente los países occidentales y de Europa Central y Oriental, que son consumidores de energía y dependen de las importaciones (22). En definitiva, el Tratado sobre la Carta de la Energía es el primer Tratado multilateral significativo entre el Este y el Oeste desde el final de la guerra fría. Con su instauración se crea un marco internacional de protección legal dentro del cual las empresas pueden invertir, operar y comerciar en el sector energético de todos los países de la Carta. Este nuevo entorno mejorará el suministro de energía; favorecerá el medioambiente por el incremento de la eficiencia en el uso de la energía; abrirá nuevas oportunidades de negocio; e impulsará la recuperación económica de los países del Este (23). La importancia del Tratado sobre la Carta de la Energía es tal, que se plantea la posibilidad de llegar a establecer una Carta de la Energía en el nordeste asiático, aprovechando los relevantes cambios políticos y económicos que se están produciendo en esa zona. Sus destinatarios serían: el lejano este de la antigua Unión Soviética, Mongolia, China, Taiwan, Corea del Norte, Corea del Sur y Japón. Pero lo mejor de todo es que contribuiría a crear un clima propicio para la utilización óptima y la distribución de los recursos, así como también proporcionaría un marco para garantizar el suministro de energía seguro, favoreciendo la estabilidad política y la prosperidad económica de la región (24).

En cualquier caso, los beneficios del Tratado sobre la Carta de la Energía pasan por la naturaleza obligatoria de sus normas; es decir, por el efecto directo de las disposiciones del Tratado. Esta característica se traduce en saber si los particulares, personas físicas o jurídicas, pueden invocar ante los Tribunales nacionales cualquier derecho reconocido en dicho Tratado. A la averiguación de esto último se dedicarán las líneas que siguen a continuación. Se tendrá en cuenta, a los efectos de nuestro estudio, el tratamiento del efecto directo respecto de las disposiciones del GATT. La razón de acudir al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se encuentra en que está considerado el Tratado multilateral por excelencia para la liberalización de los intercambios comerciales a nivel internacional y sobre el que más interpretaciones se han vertido de cara a determinar el efecto directo o no de sus normas. Por consiguiente, el hecho de que el Tratado sobre la Carta de la Energía sea también un Tratado multilateral destinado a incentivar las inversiones y el comercio aunque de carácter sectorial

(22) PAPAIOANNOU, A., "Security of Energy Supply: The approach in the European Union and the contribution of the Energy Charter Treaty", *MJ* 2 (1995), p. 35.

(23) JONES, Cl., *The European Energy Charter Treaty*, ob.cit., p. 79.

(24) KEUN-WOOK, P., "Towards a northeast Asian energy charter", *Energy Policy*, vol. 20, nº 5, May 1992, p. 440.

y que muchas de sus disposiciones recojan o hagan referencia a las normas del GATT, nos ha llevado a realizar, por analogía, el análisis del efecto directo de las disposiciones del Tratado sobre la Carta en relación con las del GATT.

De entrada, los argumentos que pueden esgrimirse a favor del efecto directo de las normas de los tratados internacionales son los siguientes: por un lado, el dotar a las normas de los tratados internacionales, especialmente las que son susceptibles de afectar directamente a los particulares, de carácter autoejecutivo (25) no es más que un medio para favorecer el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados parte al ratificar los términos del acuerdo. Y por otro lado, habría que señalar que la determinación del carácter "self executing" de las normas de los tratados internacionales puede considerarse como un elemento que contribuye a la democratización del sistema internacional en tanto facilita a los particulares un control directo sobre la acción de gobierno (26).

Por lo que respecta al GATT, la determinación del efecto directo de sus preceptos ha sido una cuestión bastante controvertida. Así, se ha dicho que constituye un principio general del Derecho internacional aquél consistente en que un Tribunal cuando interprete un Tratado debe indagar siempre la verdadera voluntad de las partes. De tal forma que, no habiendo evidencia de una aceptación general por parte de los Estados miembros del GATT que abogue en favor del carácter "self executing" de las disposiciones del Tratado, debe considerarse que el GATT carece de efecto directo (27).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha negado igualmente el efecto directo de algunas normas del GATT. Esta institución ha declarado en reiterada jurisprudencia que, "el GATT, basado conforme a su preámbulo en el principio de negociaciones emprendidas a base de reciprocidad y de ventajas mutuas, se caracteriza por la gran flexibilidad de sus disposiciones, en particular de aquellas que se refieren a las posibilidades de establecer excepciones, a las medidas que pueden adoptarse en caso de dificultades excepcionales y a la solución de discrepancias entre las Partes Contratantes". Por consiguiente, "diversas

disposiciones del Acuerdo General no pueden crear, en favor de los justiciables de la Comunidad, el derecho de invocar ante los Tribunales dichas disposiciones" (28). El razonamiento del Tribunal no es difícil de entender, en tanto en cuanto, se está refiriendo al antiguo GATT de 1947 que se caracterizaba por ser demasiado flexible como para tener efecto directo. En otras palabras, se parecía más a un acuerdo diplomático entre Estados, con obligaciones que podían ser, de un modo u otro, renegociadas o incluso unilateralmente suspendidas. Incluso el mecanismo para la solución de controversias no tenía eficacia real, ya que en última instancia estaba basado en el consenso. De tal forma que para el Tribunal de Justicia el GATT 1947 no era un acuerdo internacional cuyo cumplimiento se pudiera exigir y, por ende, no confería derechos a los particulares que éstos pudieran hacer valer ante las jurisdicciones competentes (29).

A pesar del planteamiento que se acaba de esbozar, el Tribunal de Justicia se ha decantado por admitir el efecto indirecto de las normas del GATT. Este efecto supone que "únicamente en el caso de que la Comunidad haya pretendido cumplir una obligación concreta asumida en el marco del GATT o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas del Acuerdo General, corresponderá al Tribunal de Justicia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas del GATT" (30). No obstante, el Tribunal de Justicia distingue a su vez dos tipos de efectos indirectos a través de su jurisprudencia. Así, en el caso "Fediol" el Tribunal se expresa en los siguientes términos: "dado que el Reglamento nº 2641/84, relativo al fortalecimiento de la política comercial común, confiere a los operadores interesados el derecho de alegar las disposiciones del GATT en la queja que formulan a la Comisión, para determinar el carácter ilícito de las prácticas comerciales por las que se consideran perjudicados, estos mismos operadores tienen el derecho de recurrir ante el Tribunal de Justicia para someter al control de éste la legalidad de la Decisión

(25) Entendiendo por norma de carácter autoejecutivo o "self executing" la que puede ser alegada por los particulares ante las autoridades internas sin que precise para ello de un desarrollo normativo interno. Vid. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., *Las patentes en el comercio internacional*, Dykinson, 1997, p. 280.

(26) *Ibidem*, p. 277.

(27) LEE, Ph. y KENNEDY, B., "The potential direct effect of GATT 1994 in European Community Law", *J.W.T.*, vol. 30, nº 1, February 1996, p. 87.

(28) Vid., por todas, sentencia de 12 de diciembre de 1972, asuntos acumulados 21 a 24/72, *International Fruit Company NV, Kooy Rotterdam NV, Velleman en Tas NV y Jan Van den Brink's Im-en Exporthandel NV c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, Rec. 1972, p. 1219, apartados 21 y 27 (art. XI) y sentencia de 16 de marzo de 1983, asunto 266/81, *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) c. Ministero delle Finanze, Ministero della Marina Mercantile, Circonscrizione doganale di Trieste y Ente Autonomo del Porto di Trieste*, Rec. 1983, p. 731, apartado 28 (art. V.3).

(29) EECKHOUT, P., "The domestic legal status of the WTO agreement: interconnecting legal systems", *C.M.L.R.*, nº 1, February 1997, p. 30.

(30) Sentencia de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/93, *República Federal de Alemania c. Consejo de la Unión Europea*, Rec. 1994, p. I-4973, apartado 111.

de la Comisión por la que se aplican dichas disposiciones" (31). Se trata de saber, en este primer tipo de efecto indirecto, si la Comisión interpreta las reglas del GATT de una manera razonable (32).

Respecto al segundo tipo de efecto indirecto, el Tribunal de Justicia se manifiesta en el caso "Nakajima" de esta forma: "según los considerandos segundo y tercero del nuevo Reglamento de base nº 2423/88, de 11 de julio de 1988, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica Europea, este último fue promulgado de conformidad con las obligaciones internacionales existentes, en particular las que se derivan del art. VI del Acuerdo General y del Código antidumping. De ahí se sigue que el nuevo Reglamento de base, que discute la demandante, fue adoptado para cumplir las obligaciones internacionales de la Comunidad a quien incumbe, según reiterada jurisprudencia, garantizar la observancia de las disposiciones del Acuerdo General y de sus medidas de ejecución" (33). El problema aquí se centra en que la legislación básica antidumping comunitaria no cumple en algunos puntos específicos con las reglas del GATT y el Código antidumping. El objetivo, ahora, consiste en anular las medidas antidumping individuales en base a que las disposiciones de la regulación básica en que dichas medidas se fundan se consideran ilícitas y, por lo tanto, inaplicables de acuerdo con el art. 184 del Tratado CE (actual art. 241) (34). Pero debe quedar claro, en cualquier caso, que el GATT puede ser relevante para los particulares incluso aunque sus normas no tengan efecto directo, ya que los sujetos pueden beneficiarse indirectamente de la aplicabilidad de sus disposiciones mediante la impugnación de las actuaciones de las instituciones comunitarias por interpretación incorrecta o transposición inadecuada de las reglas del GATT.

A pesar de todo lo anterior, la jurisprudencia comunitaria ha ido elaborando una serie de criterios que debe cumplir una norma comunitaria (disposición del Tratado, de Derecho derivado o de un acuerdo externo de la Comunidad) para que sea directamente aplicable y produzca efecto directo, a saber, que sea clara y sin ambigüedades; que sea incondicional y que

no dependa para su efectividad de acciones adicionales adoptadas por la Comunidad o las Autoridades nacionales (35). En esta línea, se ha dicho que el lenguaje del GATT fue hecho por los negociadores lo bastante preciso para tener aplicabilidad directa (sentido "self executing") por los Tribunales (36). Afirmación que nos lleva a inclinarnos, teniendo en cuenta la nitidez y contundencia de algunos mandatos, por el efecto directo de ciertas normas del GATT.

Con estos últimos datos, podemos también defender el efecto directo de algunos preceptos del Tratado sobre la Carta de la Energía, desde el momento en que se configuren de forma precisa e incondicional. Pero sobre todo resulta evidente el efecto directo de ciertas normas del Tratado sobre la Carta de la Energía a la luz del art. 26.2.a) del Tratado (37). En efecto, dicho precepto permite a un inversor de una Parte contratante, implicado en una controversia relativa al supuesto incumplimiento ocasionado por una Parte contratante de una obligación derivada de la Parte III del Tratado, someter el caso ante los Tribunales ordinarios o administrativos de la Parte contratante implicada en la controversia.

Por consiguiente, al menos las disposiciones del Tratado relativas a la promoción y protección de las inversiones pueden considerarse autoejecutivas. Este dato no significa que las demás normas del Tratado carezcan de eficacia alguna. Así, por ejemplo, la referencia prevista en el art. 19 del Tratado a las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales sobre medio ambiente de los que sean miembros las Partes contratantes del Tratado sobre la Carta de la Energía puede no tener un efecto directo y, por lo tanto, no obligará a un gobierno a reducir sus niveles de contaminación, pero sí que hará políticamente muy difícil a un gobierno ignorar de forma absoluta las consecuencias medioambientales de sus decisiones (38). De ahí que consideremos interesante analizar, siquiera brevemente, algunas de las disposiciones fundamentales del Tratado sobre la Carta de la Energía, con el fin de averiguar si tienen un carácter obligatorio o más bien dispositivo. Es destacable que

(31) Sentencia de 22 de junio de 1989, asunto 70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) C. Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, p. 1781, apartado 22.

(32) EECKHOUT, P., "The domestic legal status of the WTO agreement: interconnecting legal systems", *ob.cit.*, p. 43.

(33) Sentencia de 7 de mayo de 1991, asunto C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Consejo de las Comunidades Europeas*, Rec. 1991, p. I-2069, apartados 30 y 31.

(34) EECKHOUT, P., "The domestic legal status of the WTO agreement: interconnecting legal systems", *ob.cit.*, p. 43.

(35) EMILIOU, N. y O'KEEFFE, D., *The European Union and world trade law*, Wiley, 1996, p. 316.

(36) JACKSON, J. H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, *ob.cit.*, p. 96.

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

(38) BRAZELL, L., "The Energy Charter Treaty: Some observations on its international context and internal structure", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 228.

se apunte por la doctrina que muchos de los derechos y obligaciones del Tratado son de naturaleza obligatoria, exigibles a través de un procedimiento de arbitraje o mediante un procedimiento de solución de controversias parecido al practicado dentro del GATT, aunque también hay muchos cometidos que son meras declaraciones de intención (39).

3.1. La regulación del comercio

El Tratado sobre la Carta de la Energía se configura como un instrumento para facilitar el acceso a los mercados internacionales en las condiciones normales de comercio y para conseguir un mercado abierto y competitivo de materias y productos energéticos. Este objetivo se consigue introduciendo en la regulación del comercio la disciplina del GATT (40), aunque prestando atención al hecho de que, en el momento de la firma del Tratado sobre la Carta de la Energía, varios Estados partes del Tratado, en concreto, las economías en transición, no eran miembros del GATT (41) o no lo eran de la nueva Organización Mundial del Comercio (42). El efecto inmediato de todo ello es que, con independencia del status que tengan los países con respecto a su participación

(39) BAMBERGER, Craig S., "An overview of the Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 222.

(40) FRASL, I., "The trade rules of GATT and related instruments and the Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 461. A este respecto, téngase en cuenta que el Acuerdo General (GATT) representa el intento de reconstruir tras la Segunda Guerra Mundial, el sistema comercial internacional anterior a 1914, constituido por una red de tratados bilaterales interrelacionados por una cláusula incondicional NMF (obligación de conceder el tratamiento de Nación Más Favorecida) contenida en cada uno. En este sentido se manifiesta GARCÍA LÓPEZ, Julio A., *La crisis del sistema G.A.T.T. y el Derecho anti-dumping comunitario*, ob.cit., p. 16. En efecto, la obligación de conceder el tratamiento de Nación Más Favorecida se encuentra en los tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación concluidos antes de 1914, tal y como puede observarse en la recopilación de CANTILLO, A., *Tratados, Convenios y Declaraciones de Paz y Comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas españoles de la casa de Borbón desde el año 1700 hasta el día*, Imprenta de Alegría y Charlain, Madrid, 1843. Siendo dichos convenios verdaderos acuerdos bilaterales de extranjería orientados hacia la mejora de la situación de los sujetos de derecho privado en los intercambios comerciales transfronterizos. Así se expresa OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., *Las patentes en el comercio internacional*, ob.cit., p. 115.

(41) Recuérdese que el GATT, firmado el 30 de octubre de 1947 y con entrada en vigor el 1 de enero de 1948, es un Tratado internacional para la liberalización del comercio interestatal.

(42) Entendiendo por la nueva Organización Mundial del Comercio, la institución económica multilateral resultante de la llamada Ronda Uruguay que culminó el 15 de abril de 1994 con la firma en Marrakech de un Acuerdo, por el que se establecen unas nuevas reglas comerciales destinadas a disciplinar los intercambios internacionales y se modifica, entre otros, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio que recibe el nombre de GATT 1994.

actual y/o futura adhesión a la Organización Mundial del Comercio, los signatarios del Tratado sobre la Carta de la Energía acuerdan aplicar las reglas del GATT a sus intercambios en materia de energía (43).

Como consecuencia de lo anterior, el Tratado sobre la Carta de la Energía regula las relaciones comerciales entre sus miembros, distinguiendo dos niveles: por un lado, estarían las relaciones entre las Partes del Tratado sobre la Carta que no sean miembros de la OMC; y por otro lado, se encontrarían las relaciones entre las Partes del Tratado sobre la Carta que sean miembros de la OMC (44). Por lo que respecta a las relaciones entre las Partes del Tratado sobre la Carta que no sean miembros de la OMC, hay que tener en cuenta el art. 29.2.a) del Tratado sobre la Carta, tal y como ha sido modificado por la Decisión del Consejo de 13 de julio de 1998, que para el comercio relacionado con la energía entre las Partes contratantes cuando alguna de ellas no sea miembro de la OMC establece que se regirá por las disposiciones del Acuerdo de la OMC (45). Esta solución permite aplicar las reglas del Acuerdo de la OMC a los siguientes grupos de

(43) FOOTER, Mary E., "Trade and investment measures in the Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, pp. 445 y 446.

(44) A este respecto, téngase en cuenta que en la primera versión del Tratado sobre la Carta de la Energía concluido el 17 de diciembre de 1994, las relaciones comerciales entre sus miembros se estructuraban hasta en tres niveles: el primero, relativo a los miembros del Tratado sobre la Carta que no eran partes en el GATT; el segundo, concerniente a los miembros del Tratado sobre la Carta que no eran partes en el GATT 1947 y el tercero, referido a los miembros del Tratado sobre la Carta que eran partes en la OMC. En este sentido, *vid.* SWAAK-GOLDMAN, Olivia Q., "The Energy Charter Treaty and trade. A guide to the labyrinth", *J.W.T.*, vol. 30, nº 5, October 1996, pp. 116 y ss. No obstante, el marco regulador del GATT de 1947 se dio por terminado, como consecuencia de la Decisión de 8 de diciembre de 1994, en virtud de la cual "los instrumentos jurídicos por medio de los cuales las partes contratantes aplican el GATT de 1947 dejarán de surtir efectos un año después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Las PARTES CONTRATANTES, a la luz de circunstancias imprevistas, podrán decidir que la fecha de cesación se retrase, sin que ese retraso pueda exceder de un año", *vid.* FOCUS, GATT, nº 113, diciembre 1994, pp. 4 y 5. Lo que llevó a introducir una serie de enmiendas a las disposiciones comerciales del Tratado sobre la Carta de la Energía, *vid.* Decisión del Consejo 98/537/CE, de 13 de julio de 1998, por la que se aprueba el texto de las enmiendas de las disposiciones comerciales del Tratado sobre la Carta de la Energía y su aplicación provisional aprobado por la Conferencia sobre la Carta de la Energía y la Conferencia Internacional de signatarios del Tratado sobre la Carta de la Energía, DOCE nº L 252/21, de 12-9-1998. De tal forma que, actualmente, todas las referencias contenidas en el Tratado sobre la Carta de la Energía relativas a las disposiciones del GATT y los instrumentos relacionados con éste se han sustituido por el Acuerdo OMC y el GATT 1994.

(45) INSTRUMENTO de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994, *BOE*, suplemento nº 20, martes 24 de enero de 1995.

Partes contratantes del Tratado sobre la Carta de la Energía (46):

- Dos Estados que no sean miembros de la OMC;
- Un Estado no parte de la OMC y un miembro de la OMC.

No obstante, se establecía una excepción a la aplicabilidad de las normas del Acuerdo de la OMC, prevista en el art. 29.2.b) del Tratado sobre la Carta. De acuerdo con este precepto, el comercio realizado por una Parte contratante que fue miembro de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas podría regirse por un acuerdo entre dos o más de esos Estados hasta el 1 de diciembre de 1999 o hasta la admisión en la OMC de esa Parte contratante, de ambas fechas la que fuera anterior. Por su parte, la remisión a las disposiciones del Acuerdo de la OMC que se contempla en el art. 29.2 sólo se aplica al comercio de materias y productos energéticos y equipo relacionado con la energía, pero no al comercio de todos los aspectos relacionados con la energía. El art. 1.4 del Tratado sobre la Carta, tal y como ha sido modificado por la Decisión del Consejo de 13 de julio de 1998, nos suministra la definición de materias y productos energéticos y equipo relacionado con la energía. La noción de las materias y productos energéticos se establece de acuerdo con el sistema armonizado de la Organización Mundial de Aduanas y la nomenclatura combinada de las Comunidades Europeas. Se trata de las partidas incluidas en los anexos EM I o EM II, que comprenden: la energía nuclear (47), el carbón, el gas natural, el petróleo y los productos petrolíferos, la energía eléctrica, la leña

(46) Ahora bien, no todas las normas del Acuerdo de la OMC se aplican por referencia a través del art. 29.2.a) del Tratado sobre la Carta de la Energía. Y es que, el actual anexo W del Tratado sobre la Carta (antiguo Anexo G), tal y como ha sido modificado por la Decisión del Consejo de 13 de julio de 1998, identifica las disposiciones que se aplican a las relaciones comerciales entre las Partes contratantes del Tratado sobre la Carta cuando alguna de ellas no sea miembro de la OMC. Se trata de una lista negativa, donde se recogen las disposiciones del Acuerdo OMC que no serán aplicables con arreglo a la letra a) del apartado 2 del artículo 29. Aunque el actual anexo W deja operativas la mayoría de las disposiciones sustantivas del Acuerdo OMC que son significativas para el comercio de materias y productos energéticos y equipo relacionado con la energía, eliminando las que se consideran impracticables o sin relevancia en el contexto del Tratado sobre la Carta de la Energía.

(47) En algunos casos, el comercio de materias nucleares queda fuera del Tratado sobre la Carta de la Energía, de acuerdo con el punto 4 de su actual Anexo W (antiguo Anexo G). Para saber qué régimen jurídico se aplica a estos intercambios excluidos del Tratado, hay que tener en cuenta una de las Declaraciones incluidas en el acta final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía. Del contenido de la misma se desprende que el comercio de este tipo de energía se rige por los Acuerdos de asociación y cooperación firmados entre la Unión Europea y los siguientes países de la antigua Unión Soviética: Federación Rusa, Ucrania, Kazajstán, Kirguizistán, Tayikistán y Uzbekistán.

en trozos y el carbón vegetal. Mientras que el concepto de equipo relacionado con la energía se fija de conformidad con el sistema armonizado de la Organización Mundial de Aduanas. En este caso, habría que estar a las partidas incluidas en los anexos EQ I o EQ II, para saber qué mercancías integran el contenido de la expresión "equipo relacionado con la energía". A título de ejemplo, cabe mencionar los siguientes elementos que se integran en la lista del equipo relacionado con la energía, con el fin de ilustrar, aunque sea de forma somera, el contenido de aquélla. En concreto, se incluyen en dicha lista: las placas, hojas, bandas, cintas, películas y demás formas planas, autoadhesivas, de plástico, incluso en rollos; tubos, depósitos, cables, reactores nucleares, turbinas de vapor, hornos industriales o de laboratorio, etc.

Si las relaciones entre las Partes del Tratado sobre la Carta que no eran miembros de la OMC se regulaban por el art. 29.2.a) del Tratado sobre la Carta, las relaciones entre las Partes de ese mismo Tratado que sean miembros de la OMC se regulan por el art. 4. Según dicho precepto del Tratado sobre la Carta, se reconoce la no derogación, entre Partes contratantes que sean miembros de la OMC, de los respectivos derechos y obligaciones dimanantes del Acuerdo OMC, tal como se aplican en virtud del mismo entre las Partes contratantes que son miembros de la OMC. Aunque el art. 4 no introduce ningún derecho ni obligación en el Tratado sobre la Carta de la Energía, simplemente los reconoce y preserva sin modificar nada al respecto. En definitiva, el art. 4 refleja una percepción general de que las relaciones comerciales deben regirse por las disposiciones del Acuerdo OMC y, por ende, las controversias suscitadas en relación con algún aspecto cubierto por dicho Acuerdo deben resolverse a través del mecanismo apropiado establecido en el mismo (48).

Junto a las disposiciones comerciales "stricto sensu" del Tratado sobre la Carta de la Energía, el art. 5 se refiere a la prohibición que pesa sobre las Partes contratantes de aplicar medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que contravengan lo dispuesto en los arts. III (49) ó

(48) FRASL, I., "The trade rules of GATT and related instruments and the Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, ob.cit., p. 484.

(49) A este respecto, el art. III del GATT 1994 se refiere al principio del trato nacional, según el cual los productos del territorio de toda parte contratante, importados en él de cualquier otra parte contratante, no estarán sujetos directa ni indirectamente a impuestos u otras cargas interiores de cualquier clase que sean, superiores a las aplicadas, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales en forma contraria a los principios convenidos.

XI (50) del GATT 1994; aunque ello se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones de la Parte contratante derivados de lo dispuesto en el Acuerdo OMC y en el art. 29 del Tratado sobre la Carta. Las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio son, a menudo, un instrumento utilizado por los gobiernos, con el fin de alcanzar objetivos económicos nacionales específicos y controlar las inversiones directas extranjeras. Se puede decir que comprenden cualquier medida gubernamental que se aplique como condición para la actuación de una empresa de inversión directa extranjera en el país de recepción de aquélla, que tenga un efecto en el comercio (51).

Pues bien, si como veíamos al comienzo del análisis de este apartado, en relación con el comercio, se acogen las reglas del GATT por el Tratado sobre la Carta de la Energía, también ocurre lo mismo respecto de las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio. El art. 5 reproduce el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (en adelante, TRIMs, que constituye el conjunto de las siglas inglesas de "*Trade-Related Investment Measures Agreement*"), tal y como fue adoptado en Marrakech el 15 de abril de 1994 dentro del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (52). El mimetismo llega a ser tan grande que la referencia prevista en el art. 5.1 del Tratado sobre la Carta a los arts. III y XI del GATT 1994 es una copia de la recogida en el art. 2 del TRIMs. También la lista de las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio incompatibles con la obligación de trato nacional y la eliminación de las restricciones cuantitativas (53)

Es claro, por tanto, el principio de igualdad de trato que además ha de aplicarse a "*cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior*". En este sentido, *vid.* MARÍA ÁVILA, A.; CASTILLO URRUTIA, J.A.; DÍAZ MIER, M.A., *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*, ob.cit., p. 46.

(50) Con el art. XI del GATT 1994 se persigue la eliminación general de las restricciones cuantitativas, de tal forma que ningún Miembro impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otro Miembro o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otro Miembro, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.

(51) McDOUGALL, D. y CAMERON, P., "Trade in Energy and Natural Resources. Trade-Related Investment Measures - Focus on Eastern Europe", *J.W.T.*, vol. 28, nº 3, June 1994, p. 171.

(52) El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio se contiene en el Anexo 1A relativo a los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, *BOE*, suplemento nº 20, martes 24 de enero de 1995, pp. 153-157.

(53) En concreto, las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que se prohíben por el art. 5.1 del Tratado sobre la Carta incluyen toda medida en materia de inversiones que sea obligatoria en virtud de leyes o resoluciones administrativas nacionales, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener alguna ventaja, y que exija:

constituye una repetición de las contenidas en el único Anexo del TRIMs. Incluso la idea de una posible continuación temporal de ciertas medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio, sujetas a los requisitos de notificación y eliminación establecidos en el Anexo TRM del Tratado sobre la Carta, es en general parecida a la del art. 5 del TRIMs. Todo lo cual permite señalar que la obligación de eliminar las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio del Tratado sobre la Carta no excederá, por el momento, la prevista en el correspondiente Acuerdo de Marrakech (54).

Para terminar, hay que referirse al régimen de solución de controversias inserto en el art. 29.9 del Tratado sobre la Carta, tal y como ha sido modificado por la Decisión del Consejo de 13 de julio de 1998. "*Grosso modo*", el precepto referenciado hace aplicable el Anexo D del Tratado sobre la Carta, también modificado por la Decisión del Consejo precitada, a las diferencias en relación con el cumplimiento de las disposiciones aplicables al comercio en virtud del art. 29 y, a menos que ambas Partes contratantes acuerden otra cosa, a las diferencias en relación con el cumplimiento del art. 5 entre Partes contratantes de la que por lo menos una no sea miembro de la OMC. Como peculiaridad del procedimiento para la solución de diferencias comerciales del Anexo D, se puede decir que fue elaborado inspirándose mucho en las reglas del Acuerdo OMC (55). Aunque existe una divergencia notable entre éste y aquél. En concreto, el Anexo D

a) la adquisición o uso por cualquier empresa de productos de origen nacional o de un suministrador nacional, tanto si se especifican los productos concretos, como el volumen o valor de los productos, o la proporción de volumen o valor de su producción local, o

b) que la adquisición o el uso por parte de una empresa de productos importados estén limitados a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de los productos locales que exporte; o que restrinja:

c) la importación por cualquier empresa de productos empleados o relacionados con su producción local, en general o en una cantidad relacionada con el volumen o el valor de la producción local que exporte;

d) la importación por una empresa de productos empleados en su producción local o relacionados con ésta, limitando las divisas de que pueda disponer a una cantidad relacionada con los ingresos de divisas atribuibles a dicha empresa, o

e) la exportación o venta para exportación de productos por parte de una empresa, tanto si se especifican los productos concretos, como su volumen o valor, o la proporción del volumen o del valor de su producción local.

(54) JUILARD, P., "L'accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce", en Société Française pour le Droit International, *La réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*, Actes du colloque de la S.F.D.I., Nice, Editions A. Pedone, París, 1996, p. 128.

(55) En concreto, el Anexo D es un reflejo del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, previsto en el Anexo 2 del Acuerdo OMC, *BOE*, suplemento nº 20, martes 24 de enero de 1995, pp. 375 - 401.

carece del procedimiento de apelación que aparece en el Anexo 2 del Acuerdo OMC (56).

Por su parte, las controversias comerciales entre Partes contratantes que sean miembros de la OMC deben resolverse a través del mecanismo previsto en el Anexo 2 del Acuerdo OMC, que recoge el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Esta afirmación se deriva de la interpretación conjunta del art. 4 en relación con el art. 28, ambos del Tratado sobre la Carta. Por un lado, el art. 4 mantiene vigentes entre las Partes contratantes del Tratado sobre la Carta que sean miembros de la OMC, las disposiciones del Acuerdo OMC (dentro del cual se incluye el Anexo 2 relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias) y, por otro lado, el art. 28 no permite aplicar el art. 27 (este último contiene el procedimiento para dirimir las controversias acerca de la interpretación o aplicación del Tratado sobre la Carta) a una controversia entre Partes contratantes en relación con la aplicación o interpretación del art. 5 (ahora no se exige que al menos una Parte contratante del Tratado sobre la Carta no sea miembro de la OMC), a menos que las partes en litigio así lo acuerden. El objetivo es evitar la realización de procedimientos paralelos para resolver la misma controversia (57). En esta línea, tampoco el art. 28 permite resolver con arreglo a lo dispuesto en el art. 27 una controversia entre Partes contratantes en relación con la aplicación o interpretación del art. 29. Se incluyen aquí las disputas relativas al comercio de materias y productos energéticos y equipo relacionado con la energía entre Partes contratantes cuando alguna de ellas no sea miembro de la OMC. Su solución se realizará a través del procedimiento previsto en el Anexo D del Tratado sobre la Carta, a menos que las partes en litigio acuerden resolver su controversia con arreglo a lo dispuesto en el art. 27.

3.2. La regulación de las inversiones

La promoción y protección de las inversiones en el marco del Tratado sobre la Carta de la Energía es la verdadera razón de ser del Tratado, desde el momento en que la cooperación a largo plazo en el campo de la energía (58), que constituye el objetivo

(56) BABADJI, R., "Le Traité sur la Charte Européenne de l'énergie", *Annuaire Française de Droit International*, XLII, 1996, pp. 888 y 889.

(57) FRASL, I., "The trade rules of GATT and related instruments and the Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, ob.cit., p. 478.

(58) Al respecto, *vid.* art. 2 del Tratado sobre la Carta de la Energía titulado "objetivo del Tratado" y que dice así: 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.

principal del Tratado, no podrá tener lugar sin una transferencia masiva de capital y tecnología, particularmente hacia los Estados con importantes fuentes de energía pero insuficientes medios para desarrollarlas (59). Para alcanzar esta meta, el Tratado sobre la Carta de la Energía suministra pormenorizadamente los conceptos clave que deben tenerse en cuenta para saber cuándo se aplican las disposiciones relativas a las inversiones del Tratado sobre la Carta. Lo primero es precisar qué se entiende por inversión en el contexto del Tratado sobre la Carta. El art. 1.6 del Tratado parece acoger una definición bastante amplia de inversión, ya que se incluye dentro de la misma cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor (60). Pero además la inversión se referirá a toda inversión relacionada con una actividad económica en el sector de la energía (61) y a las inversiones o clases de inversión designadas por una Parte contratante en su región como "proyectos de eficacia de la Carta". Por el contrario, no se considerará inversión, un derecho o título inválido poseído o controlado por un inversor, que no haya sido expedido por la Autoridad competente y haya sido emitido a través del quebrantamiento de un procedimiento preceptivo o contraviniendo alguna normativa obligatoria; así como tampoco las actividades científicas en el sector de la energía(62).

(59) SALACUSE, Jeswald W., "The Energy Charter Treaty and bilateral investment Treaty regimes", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 328.

(60) Además, de acuerdo con el mismo art. 1.6 del Tratado sobre la Carta, la inversión podrá abarcar:

- a) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;
- b) una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil;
- c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;
- d) propiedad intelectual;
- e) rendimientos;
- f) cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía.

(61) Entendiendo por actividad económica en el sector de la energía, de conformidad con el art. 1.5 del Tratado sobre la Carta, una actividad económica dedicada a la exploración, extracción, refinado, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias y productos energéticos, salvo los incluidos en el Anexo NI, o relativa a la distribución de calor a instalaciones múltiples.

(62) WAELDE, Thomas W., "International investment under the 1994 Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 273.

Junto a los datos anteriores, hay que aclarar cuándo debe ser hecha la inversión para que caiga dentro del ámbito de aplicación del Tratado sobre la Carta. El ya citado art. 1.6 del Tratado especifica que la palabra inversión incluye todas las inversiones, bien sean ya existentes o bien se hagan después de la última de la fecha de entrada en vigor del Tratado para la Parte contratante del inversor que efectúe la inversión y para la Parte contratante en el área en la que se haga la inversión (que en adelante se denominará "*fecha efectiva*"), siempre que el Tratado sea aplicable únicamente a aquellos aspectos que afecten a dichas inversiones después de la fecha efectiva.

Por último, el Tratado sobre la Carta también determina quiénes pueden beneficiarse de las disposiciones del Tratado. La solución se encuentra en el art. 1.7 del Tratado que, por un lado, se refiere a la persona física que posea la ciudadanía o nacionalidad de una Parte contratante o resida permanentemente en ésta, con arreglo a la legislación nacional aplicable; y por otro lado, alude a la empresa u otra organización constituida con arreglo a la legislación aplicable en la Parte contratante. Además, con respecto a un tercer Estado, se beneficiarán de las disposiciones del Tratado la persona física, empresa u otra organización que cumpla, "*mutatis mutandis*", las condiciones especificadas anteriormente para una Parte contratante.

La regulación material de las inversiones en el Tratado sobre la Carta se organiza distinguiendo una fase previa a la realización de la inversión y una posterior a la inversión ya consumada. Por lo que respecta al régimen de la fase previa, éste se caracteriza por contener mandatos de naturaleza desiderativa pero no obligatoria. Así pues, se incluyen en la fase previa las siguientes declaraciones de intención:

- Las Partes contratantes "*fomentarán y crearán*" condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes contratantes realicen inversiones en su territorio (art. 10.1).
- Cada una de las Partes contratantes "*procurará*" conceder un trato a los inversores de otras Partes contratantes no menos favorable que el concedido a sus propios inversores o a los inversores de otra Parte contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable (art. 10.2 y 3).
- Toda Parte contratante se "*esforzará*", en lo que se refiere a la realización de inversiones en su territorio, en limitar al mínimo las excepciones y en disminuir gradualmente las restricciones (art. 10.5).
- En lo que se refiere a la realización de inversiones en su territorio, cualquier Parte

contratante "*podrá declarar*" voluntariamente su intención de no introducir nuevas excepciones y "*podrá adoptar*" voluntariamente el compromiso de conceder a los inversores de las demás Partes contratantes un trato no discriminatorio [art. 10.6.a) y b)].

- Las Partes contratantes "*facilitarán*" el acceso a los recursos energéticos concediendo, de forma no discriminatoria y basándose en criterios públicos, autorizaciones, licencias, concesiones y contratos de prospección y exploración para explotar o extraer recursos energéticos (art. 18.4).

Por su parte, otras reglas del Tratado sobre la Carta se aplican a la fase previa y posterior a la realización de la inversión:

- Toda Parte contratante "*examinará*" de buena fe las solicitudes presentadas por los inversores de otra Parte contratante y por personas con cargos de responsabilidad empleadas por dichos inversores o en inversiones de los mismos con objeto de entrar y permanecer temporalmente en su territorio para llevar a cabo actividades relacionadas con la realización de inversiones o el desarrollo, gestión, mantenimiento, utilización, disfrute o liquidación de éstas, incluida la prestación de servicios de asesoramiento o de servicios técnicos clave (art. 11.1).

- Se "*harán*" públicas con prontitud las leyes, reglamentos, resoluciones judiciales y administrativas de aplicación general promulgadas por una Parte contratante, y los acuerdos en vigor entre las Partes contratantes, que tengan relación con otros aspectos a los que se aplique el presente Tratado, de forma tal que otras Partes contratantes e inversores puedan estar al corriente de ellos (art. 20.2).

En cualquier caso, cuando el Tratado sobre la Carta utiliza términos que no imponen una obligación directa sino que se decantan simplemente por recomendar una determinada actuación, el hecho de que se trate de alcanzar un objetivo concreto y no se consiga no significa que se ha vulnerado una obligación del Tratado. Por contra, la ausencia de un esfuerzo serio por parte de la Autoridad gubernamental competente para conseguir una finalidad específica representa un incumplimiento del Tratado y, por ende, conlleva la puesta en marcha de las disposiciones relativas a la solución de controversias.

Respecto a las obligaciones del Tratado sobre la Carta en la fase posterior a la inversión ya consumada, éstas se caracterizan por ser de naturaleza imperativa. Este rasgo distintivo supone cumplir o no con la obligación, pero no es suficiente solamente intentarlo. Como obligaciones que deben realizarse en la fase posterior a la inversión ya consumada podemos destacar las siguientes:

– El compromiso, por un lado, de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes contratantes un trato justo y equitativo, una protección y seguridad completas, un trato no menos favorable que el exigido por el derecho internacional; y por otro lado, de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas y de cumplir las obligaciones que haya contraído toda Parte contratante con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte contratante (art. 10.1).

– Cada una de las Partes contratantes concederá en su territorio a las inversiones de los inversores de otras Partes contratantes, así como a las actividades relacionadas con las mismas, como las de gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones, y a su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, de sus propios inversores o de los de cualquier otra Parte contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable (art. 10.7).

– Cualquier Parte contratante permitirá a los inversores de las demás Partes contratantes que tengan inversiones en su territorio, y a las inversiones de tales inversores, emplear a cualquier persona en un cargo de responsabilidad, a elección de los inversores o de la inversión, independientemente de su nacionalidad, siempre y cuando la persona empleada haya sido autorizada a entrar, permanecer y trabajar en el territorio de la primera Parte contratante y siempre que el empleo en cuestión se ajuste a los términos, condiciones y plazos del permiso concedido a dicha persona (art. 11.2).

– Los inversores de una Parte contratante en el territorio de otra Parte recibirán una compensación en tres supuestos (art. 12):

- si sus inversiones sufren pérdidas debidas a un conflicto armado o guerra, estado de excepción, disturbio u otro acontecimiento similar en dicho territorio, aunque en este caso la compensación se determinará de acuerdo con el trato más favorable que la Parte contratante obligada a reparar aplique a cualquier inversor, ya sea propio, o inversor de otra Parte contratante, o de cualquier tercer Estado;

- si se requisa su inversión o parte de ésta por las fuerzas armadas o autoridades de la Parte contratante receptora de la inversión;

- y si se destruye su inversión o parte de ésta por las fuerzas armadas o autoridades de la Parte contratante receptora de la inversión, cuando no venga exigida por la situación.

– Las inversiones de los inversores de una Parte contratante en el territorio de otra Parte contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación, excepto si dicha expropiación se lleva a cabo: por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva (art. 13).

– Las Partes contratantes garantizarán, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de cualquier otra Parte contratante, la libertad de las transferencias a su territorio y fuera de él (art. 14).

Para terminar, hay que tener en cuenta que el carácter imperativo o no de las obligaciones del Tratado sobre la Carta en la fase posterior o previa a la inversión realizada tiene importancia de cara a elegir el procedimiento para la solución de controversias. De entrada, el art. 26 del Tratado sobre la Carta parece ser el único aplicable para resolver las controversias entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera. Esta primera aproximación podría dar a entender que las controversias relativas a las obligaciones del Tratado sobre la Carta tanto en la fase posterior como en la previa a la inversión realizada se resuelven por el mencionado art. 26. Sin embargo, el hecho de que el art. 26 prevea un procedimiento para la solución de controversias relativas a una inversión en el territorio de una Parte contratante, excluye de su ámbito de aplicación las controversias originadas en la fase previa cuando todavía no se puede decir que haya “una inversión en el territorio de una Parte contratante”. Estas últimas se resolverán de acuerdo con el art. 27 del Tratado, en tanto en cuanto, este precepto recoge el procedimiento para dirimir las controversias acerca de la interpretación o aplicación del Tratado sobre la Carta. Por consiguiente, el art. 27 al ser el marco general para solucionar los conflictos que se hayan generado entre las Partes contratantes y no tengan asignado un procedimiento específico, se convierte en la vía que puede resolver las controversias originadas en la fase previa y también las surgidas en la fase posterior, siempre y cuando estas últimas no impliquen a una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante, sino a las Partes contratantes entre sí.

3.3. Otros derechos y obligaciones importantes

Dentro de este epígrafe general vamos a analizar una serie de derechos y obligaciones previstos en el Tratado sobre la Carta que tienen una entidad suficiente para

recibir un tratamiento autónomo, aunque algunos de ellos se incluyan en la parte II del Tratado relativa al comercio y otros en la parte IV titulada disposiciones diversas. En relación con los derechos y obligaciones recogidos en la parte II del Tratado, examinaremos en primer lugar los referidos al tránsito de materias y productos energéticos. Sin perder de vista que el Tratado, en materia de tránsito, obliga fundamentalmente a los Estados a no discriminar y a no establecer barreras injustificadas para solicitudes razonables de tránsito. A continuación, estudiaremos las normas del Tratado sobre competencia. Aquí es necesario tener en cuenta que el Tratado proporciona en esencia un sistema de colaboración entre las autoridades de la competencia. Por último, dedicaremos algunas líneas a los aspectos medioambientales contenidos en la Parte IV del Tratado sobre la Carta. Simplemente apuntar ahora que se trata de declaraciones de intención de buena voluntad, de buena conducta y de colaboración amistosa (63).

3.4.1. El tránsito de materias y productos energéticos

Como consecuencia de la desaparición de la antigua Unión Soviética en 1991, los conflictos en relación con el tránsito de energía se han sucedido frecuentemente. Así, por ejemplo, Rusia limitó el tránsito de petróleo procedente de Kazajstán a comienzos de 1994; mientras que otros Estados interrumpieron el tránsito de energía para obtener mayores retribuciones en el transporte o incrementar sus suministros de petróleo (64). Estos acontecimientos han justificado que el Tratado sobre la Carta de la Energía dedique el art. 7 a regular las condiciones en las que el tránsito de materias y productos energéticos debe ser hecho, fundamentalmente, entre los países de la antigua Unión Soviética, Europa Central y Oriental y los pertenecientes a la Europa comunitaria. Este precepto, además, está basado en el art. V del GATT relativo a la libertad de tránsito. Aunque el tránsito previsto en el art. 7 del Tratado, comparado con el del art. V del GATT puede ser catalogado como de "GATT-plus", en el sentido de que va más allá de los requisitos del tránsito exigidos por el GATT (65).

En cualquier caso, tanto el art. V del GATT como el art. 7 del Tratado sobre la Carta regulan el denominado tráfico en tránsito, consistente en 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. Básicamente, este tipo de tráfico en tránsito requiere la participación de al menos tres Estados partes en cada uno de los respectivos Tratados. Aunque el Tratado sobre la Carta contempla otra posibilidad de tránsito diferente a la anterior. Se trata del tránsito en el que intervienen sólo dos Partes contratantes del Tratado sobre la Carta, por ejemplo, en el caso de que el lugar de origen y destino de las materias y productos energéticos pertenezca a la misma Parte contratante, pero el tránsito se produzca a través del territorio de otra Parte contratante. No obstante, las dos Partes contratantes implicadas pueden decidir otra cosa (es decir, que el tránsito comprenda al menos tres Partes contratantes), lo que deberán hacer constar mediante una declaración conjunta en el Anexo N para que surta efecto.

Comparado con el art. V del GATT, el art. 7 del Tratado sobre la Carta está redactado de forma que pone menos énfasis en el principio de libertad de tránsito y más en el de soberanía estatal (66). Esta diferencia se percibe porque el art. V del GATT se refiere a que "habrá libertad de tránsito...", mientras el art. 7 del Tratado simplemente señala que "las Partes contratantes tomarán las medidas necesarias para facilitar el tránsito de materias y productos energéticos...". Esta redacción, sin duda, limita la obligatoriedad del tránsito. Además, tampoco queda claro qué medidas deben tomar las Partes contratantes para facilitar el tránsito. El art. 7.2 suministra algunas ideas de las medidas que las Partes contratantes deben adoptar para fomentar la cooperación de las entidades correspondientes. Podrán consistir en modernizar las infraestructuras de transporte de energía necesarias para el tránsito de materias y productos energéticos; desarrollar y explotar las infraestructuras de transporte de energía que se encuentren en el territorio de más de una Parte contratante; adoptar medidas que disminuyan los efectos de la interrupción del suministro de materias y productos energéticos y facilitar la interconexión de infraestructuras de transporte de energía.

La regulación del tráfico en tránsito prevista en el art. V del GATT no sólo se aplica a las mercancías, sino también a los medios de transporte. Es más, la libertad de tránsito se aplica al tráfico que utilice las rutas más convenientes para el tránsito internacional.

(63) WÄLDE, Thomas, "European Energy Charter-Energy Charter Treaty. A Multilateral Treaty under the Flag of Global Economic Liberalisation", ob.cit., pp. 639 y 640.

(64) ROGGENKAMP, Martha M., "Transit of networkbound energy: a new phenomenon?", *World Competition*, vol. 19, nº 2, December 1995, p. 119.

(65) THE LEGAL COUNSEL OF THE IEA, *The Energy Charter Treaty: a description of its provisions*, ob.cit., p. 13.

(66) 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 & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 509.

Este panorama se ha interpretado, en el sentido de incorporar el derecho a construir las rutas más convenientes para el tránsito, incluyendo la construcción de gasoductos y líneas de transmisión eléctrica (67). De igual forma, el art. 7.4 del Tratado sobre la Carta permite el establecimiento de nuevas infraestructuras de transporte de energía, aunque la Parte contratante que se vea afectada por ello puede rechazar la construcción de tales infraestructuras si resultan contrarias a su legislación nacional. También el Tratado sobre la Carta fija un nivel limitado de tránsito, ya que este último no se exige en todas las circunstancias. El art. 7.5 del Tratado establece que ninguna Parte contratante estará obligada a permitir un nuevo tránsito o el aumento de éste a través de las infraestructuras de transporte de energía existentes o a permitir la construcción o modificación de infraestructuras de transporte de energía, siempre que ello ponga en peligro la seguridad o eficacia de sus sistemas energéticos, incluida la seguridad de abastecimiento.

Por último, el Tratado sobre la Carta contiene dos importantes requisitos para el tránsito. El primero, se refiere al principio de no discriminación que debe presidir el tránsito de materias y productos energéticos entre las Partes contratantes. El art. 7.1 del Tratado establece que las medidas para facilitar el tránsito deberán ser tomadas sin hacer distinciones en cuanto al origen, destino o propiedad de las materias y productos energéticos, ni discriminaciones en cuanto a precios basadas en tales distinciones y sin imponer demoras, restricciones o recargos injustificados. Además, el principio de no discriminación aparece en el art. 7.3 del Tratado, cuando exige que las disposiciones nacionales de las Partes contratantes relativas al transporte de materias y productos energéticos y al empleo de infraestructuras de transporte de energía traten las materias y productos energéticos en tránsito de forma no menos favorable que las materias y productos de este tipo que procedan de o estén destinados a su propio territorio, salvo si un acuerdo internacional ya existente dispone otra cosa.

El segundo requisito para el tránsito está relacionado con la seguridad del suministro energético. El art. 7.6 del Tratado obliga a las Partes contratantes, en caso de controversia respecto a cualquier cuestión relacionada con el tránsito, a que no interrumpan ni reduzcan, ni requieran a entidad alguna bajo su jurisdicción a que interrumpa o reduzca, el flujo de materias y productos energéticos antes de que lleguen a su término los procedimientos de solución de controversias, salvo en el caso de que

ello esté contemplado de manera expresa en contrato o acuerdo que regule dicho tránsito, o esté autorizado con arreglo a la decisión del mediador. Si surge una controversia, el art. 7.7 del Tratado contiene las disposiciones aplicables para solucionar las que incidan sobre cualquier cuestión relacionada con el tránsito, siempre y cuando se hayan agotado todos los medios de solución de controversias, ya sean contractuales o de otro tipo, que hayan sido acordados previamente por las Partes contratantes en litigio o entre una entidad contemplada en el apartado 6 y una entidad de otra Parte contratante que sea parte en la controversia. Por consiguiente, en el caso de que el art. 7.7 del tratado resulte aplicable, hay que tener en cuenta que dicho precepto se caracteriza por establecer un procedimiento de conciliación sometido a plazos temporales muy estrictos.

3.4.2. Las reglas de competencia

Las disposiciones del Tratado sobre la Carta en materia de competencia se recogen en el art. 6. El apartado 1 establece que las Partes contratantes se esforzarán por disminuir las distorsiones del mercado y los obstáculos a la competencia en actividades económicas en el sector de la energía. Esta parte de la norma se ha interpretado no en el sentido de crear un régimen de competencia completo, sino más bien en el de lograr la eliminación de las prácticas anticompetitivas como requisito previo para conseguir el libre juego de las fuerzas del mercado (68). Complementariamente, se puede añadir, que el Tratado sobre la Carta no tiene el efecto de forzar a las Partes contratantes a reestructurar sus industrias energéticas y acabar con los monopolios de estado que todavía existan: lo que está implícito en el art. 22.4 del Tratado que permite la existencia de tales monopolios. Por consiguiente, las Partes contratantes deberán estar preparadas para tomar las medidas necesarias que aseguren la cesación de todo comportamiento anticompetitivo de cualquier monopolio de estado y, al mismo tiempo, ninguna Parte contratante podrá requerir a sus monopolios que actúen de forma contraria al Tratado (69).

Hay que tener en cuenta que muchos de los Estados a los que se aplica el Tratado sobre la Carta no tienen legislación sobre competencia. De ahí que el art. 6.2 del Tratado imponga como primera obligación a dichos Estados la adopción de la legislación necesaria y adecuada para hacer frente a toda conducta anticompetitiva unilateral y concertada en actividades económicas en el sector de la energía.

(67) ROGGINKAMP, Martha M., "Implications of GATT and EEC on networkbound energy trade in Europe", *J. Energy & Nat. Res. L.*, vol. 12, n° 1, 1994, pp. 72 y 73.

(68) HOLMES, K., "Legal implications of the Energy Charter Treaty competition-rules and liberalisation", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 548.

(69) *Ibidem*, pp. 548 y 549.

Aunque, al mismo tiempo, el Tratado sobre la Carta dispone que las Partes contratantes con experiencia en la aplicación de normas de competencia concedan asistencia técnica y cooperación a las demás que lo necesiten (dentro de las cuales se encuentran los Estados que no poseen legislación sobre competencia y tienen como primera obligación la de adoptarla). Sin que, de acuerdo con el art. 6.6, se pueda obligar a una Parte contratante a facilitar información en contra de lo dispuesto en su legislación sobre la divulgación de información, la confidencialidad o el secreto comercial.

El régimen de competencia recogido en el Tratado sobre la Carta se completa con las disposiciones para la solución de controversias. Según el art. 6.7, los procedimientos establecidos en el apartado 5 y en el apartado 1 del art. 27 serán los únicos medios de solucionar cualquier controversia que pudiera surgir acerca de la aplicación o interpretación del art. 6. La consecuencia inmediata de lo anterior es que sólo las Partes contratantes pueden iniciar tales procedimientos. De tal forma que, si el art. 27.1 resulta aplicable, el litigio únicamente podrá resolverse a través de los conductos diplomáticos y, por lo tanto, la posibilidad de recurrir al Tribunal arbitral previsto en el mismo art. 27, pero en sus apartados 2 y 3, se encuentra expresamente excluida. Por su parte, el art. 6.5 establece un procedimiento de notificación que puede activar una Parte contratante, si considera que existe una conducta anticompetitiva determinada en el territorio de otra Parte contratante que lesiona intereses importantes en relación con los objetivos definidos en el art. 6.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el art. 32 del Tratado sobre la Carta permite a las Partes contratantes enumeradas en el Anexo T suspender temporalmente el pleno cumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 6, apartados 2 y 5. No obstante, el plazo máximo durante el cual se autoriza dicha suspensión no podrá superar el 1 de julio de 2001. Varias Partes contratantes han hecho uso de esta posibilidad, estableciéndose los siguientes períodos transitorios. En relación con el art. 6.2: Albania hasta el 1 de enero de 1998, Armenia hasta el 31 de diciembre de 1997, Azerbaiyán hasta el 1 de enero de 2000, Bielorrusia hasta el 1 de enero de 2000, Georgia hasta el 1 de enero de 1999, Kazajstán hasta el 1 de enero de 1998, Kirguizistán hasta el 1 de julio de 2001, Moldavia hasta el 1 de enero de 1998, Rumanía hasta el 31 de diciembre de 1996, Federación Rusa hasta el 1 de julio de 2001, Eslovenia hasta el 1 de enero de 1998, Tayikistán hasta el 31 de diciembre de 1997, Turkmenistán hasta el 1 de julio de 2001 y Uzbekistán hasta el 1 de julio de 2001. Por lo que respecta al art. 6.5: Albania hasta el 1 de enero de 1999, Armenia hasta el 31 de diciembre de 1997, Azerbaiyán hasta el 1 de enero de

2000, Bielorrusia hasta el 1 de enero de 2000, Georgia hasta el 1 de enero de 1999, Kazajstán hasta el 1 de enero de 1998, Kirguizistán hasta el 1 de julio de 2001, Moldavia hasta el 1 de enero de 1998, Rumanía hasta el 1 de enero de 1998, Tayikistán hasta el 31 de diciembre de 1997 y Uzbekistán hasta el 1 de julio de 2001.

3.4.3. *Los aspectos medioambientales*

Es necesario reseñar que ninguna de las disposiciones del Tratado sobre la Carta relativas a los aspectos medioambientales establece obligaciones concretas para las Partes contratantes destinadas a reducir los impactos medioambientales adversos derivados de operaciones en el sector de la energía que puedan ser supervisadas y exigidas a través del correspondiente procedimiento judicial (70). La flexibilidad con que regula el Tratado esta materia se constata en su art. 19.1, que comienza con una declaración de intención relativa a que las Partes contratantes harán cuanto esté en su mano para minimizar, de forma eficaz desde el punto de vista económico, los efectos perniciosos (71) sobre el medioambiente que se den tanto dentro como fuera de su territorio, como consecuencia de cualesquiera actividades relacionadas con el ciclo de la energía (72) en su territorio, teniendo debidamente en cuenta la seguridad. Para la consecución de este objetivo, el art. 19 del Tratado requiere que las Partes contratantes observen dos importantes principios. El primero, se conoce generalmente con el nombre de "*principio preventivo*" y consiste en que las Partes contratantes pondrán todo su empeño en adoptar medidas precautorias para evitar o reducir al mínimo el deterioro del medio ambiente, en la formulación de sus políticas y en sus actuaciones concretas. Se trata, en definitiva, de que siempre es preferible y normalmente más barato prevenir los daños medioambientales que remediarlos después de haberse producido.

(70) SHINE, Cl., "Environmental protection under the Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 522.

(71) De acuerdo con el art. 19.3.b), las repercusiones medioambientales se definen como: "*los efectos provocados por una actividad determinada sobre el medio ambiente, con inclusión de la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras físicas, o las interacciones entre estos factores; también se incluyen los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas derivadas de la alteración de los mencionados factores*".

(72) Según el art. 19.3.a), el ciclo energético comprende: "*la totalidad de la cadena energética, con inclusión de las actividades relacionadas con la prospección, exploración, producción, conversión, almacenamiento, transporte, distribución y consumo de las distintas formas de energía, así como el tratamiento y la eliminación de residuos, y el desmantelamiento, interrupción y finalización de estas actividades, minimizando las repercusiones medioambientales adversas*".

El segundo principio es el denominado “*el que contamina paga*” y se basa en que las Partes contratantes acuerdan que el que contamine en los territorios de las Partes contratantes debe pagar, en principio, el coste de la contaminación transfronteriza, prestando atención al interés público y sin distorsionar la inversión en el ciclo de la energía ni el comercio internacional. Este principio intenta actuar como un mecanismo para internalizar los costes de la actividad industrial en la fase de producción, en lugar de traspasar dichos costes al contribuyente o dejarlos sin pagar en forma de daños irremediables al medioambiente.

El Tratado sobre la Carta contempla un total de once acciones que deben cumplir las Partes contratantes de cara a minimizar los daños medioambientales derivados de operaciones relacionadas con el ciclo de la energía (73). Aunque,

(73) En concreto, las once acciones que deben observar las Partes contratantes son las siguientes:

- a) tendrán en cuenta las consideraciones medioambientales cuando formulen y apliquen sus políticas energéticas;
- b) fomentarán la formación de precios según criterios de mercado y propiciarán una reflexión más a fondo respecto a los costes y beneficios medioambientales a lo largo de todo el ciclo de la energía;
- c) teniendo en cuenta el apartado 4 del art. 34, fomentarán la cooperación para alcanzar los objetivos medioambientales de la Carta, así como la cooperación en el campo de las normas internacionales de medio ambiente relativas al ciclo de la energía, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias de las Partes contratantes en cuanto a los efectos negativos y reducción de los costes;
- d) pondrán especial empeño en aumentar el rendimiento energético, desarrollar y utilizar fuentes de energía renovables, fomentar el uso de combustibles menos contaminantes y aplicar tecnologías y medios tecnológicos para reducir la contaminación;
- e) fomentarán la recogida y difusión entre todas las Partes contratantes de información relativa a políticas energéticas seguras para el medio ambiente y eficaces desde el punto de vista económico, y de prácticas y tecnologías rentables;
- f) promoverán la sensibilización del público acerca de las repercusiones sobre el medio ambiente de los sistemas energéticos, acerca de las posibilidades de evitar o reducir sus efectos negativos sobre el medio ambiente, y acerca de los costes de las diversas medidas de prevención o reducción;
- g) promoverán y cooperarán en la investigación, desarrollo y aplicación de tecnologías, prácticas y procesos energéticamente eficaces y seguros para el medio ambiente, que minimizarán las repercusiones negativas para el medio ambiente de todos los aspectos del ciclo de la energía, de manera eficaz desde el punto de vista económico;
- h) fomentarán condiciones favorables para la transferencia y divulgación de tecnologías, asegurando, al mismo tiempo, una protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual;
- i) fomentarán la evaluación transparente, en una primera fase y previa a la decisión, y el ulterior control, de las repercusiones medioambientales de los proyectos de inversión en el sector de la energía que puedan afectar al medio ambiente;
- j) fomentarán la sensibilización internacional y el intercambio de información sobre los programas y normas medioambientales pertinentes de las Partes contratantes y sobre la aplicación de tales programas y normas;
- k) participarán, si así se les solicita, y dentro de sus posibilidades, en el desarrollo y aplicación de programas medioambientales en las Partes contratantes.

por supuesto, tales acciones no tienen efecto directo, sino que, más bien, funcionan como indicadores de un buen hacer. Junto a esta falta de obligatoriedad referenciada, hay que tener en cuenta que los procedimientos generales para la solución de controversias previstos en el Tratado sobre la Carta (arts. 26 y 27) no se aplican a los litigios medioambientales (74). Estos últimos se resuelven por el art. 19.2 del Tratado, que atribuye a la Conferencia sobre la Carta (75) el examen de las controversias relativas a la aplicación o interpretación de las disposiciones del art. 19 con el fin de hallar una solución. Pero el procedimiento para la solución de controversias medioambientales es mucho más débil que los procedimientos regulados en los arts. 26 y 27 del Tratado. Esta circunstancia pone de manifiesto aún más la escasa operatividad de las disposiciones medioambientales. Como justificación del carácter de “*soft law*” que presenta la regulación medioambiental analizada, puede apuntarse que el Tratado fue originariamente diseñado para apoyar la transición de los Estados de la antigua Unión Soviética hacia una economía de mercado, mientras que los aspectos medioambientales fueron dejados en un segundo plano (76).

Las reglas medioambientales del Tratado se complementan con el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados (77), que fue adoptado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 por un total de 39 Estados más la Comunidad Europea. Los objetivos principales del Protocolo se establecen en el art. 1.2, que dice así: el fomento de principios de eficacia energética compatibles con el desarrollo sostenible; la creación de condiciones marco que induzcan a los productores y consumidores a utilizar la energía de la forma más económica, eficaz y ecológica posible, especialmente mediante la organización de mercados eficaces de energía y un

(74) En efecto, por un lado, el art. 26 limita su ámbito de aplicación “*ratione materiae*” a los incumplimientos de obligaciones derivadas de la Parte III del Tratado relativas a inversiones y, por otro lado, el art. 27 excluye expresamente de su ámbito de aplicación las cuestiones reguladas en el art. 19.

(75) La Conferencia sobre la Carta es el principal órgano del Tratado, formado por la reunión de las Partes contratantes y orientado a supervisar el cumplimiento del Tratado y el desarrollo de la cooperación entre los signatarios, de acuerdo con las funciones específicas que le atribuye el art. 34.

(76) SHINE, Cl., “Environmental protection under the Energy Charter Treaty”, en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, ob.cit., p. 544.

(77) Entendiendo por “*Protocolo de la Carta de la Energía*” o “*Protocolo*”: un tratado cuya negociación está autorizada y cuyo texto es adoptado por la Conferencia sobre la Carta y celebrado por dos o más Partes contratantes con el fin de completar, aumentar, desarrollar o ampliar las disposiciones del presente Tratado con respecto a sectores específicos o categorías de actividad comprendidas en el ámbito del presente Tratado, con inclusión de las zonas de cooperación a las que se hace referencia en el título III de la Carta.

reflejo más completo de los costes y beneficios medioambientales, y el estímulo de la cooperación en el campo de la eficacia energética. Aunque, de acuerdo con el art. 13 del Protocolo, en caso de incompatibilidad entre las disposiciones del Protocolo y las disposiciones del Tratado sobre la Carta de la Energía, tendrán prioridad las disposiciones de este último.

Las disposiciones sustantivas del Protocolo se pueden clasificar atendiendo a dos categorías: una, relacionada con las políticas de las Partes contratantes relativas a la eficacia energética; y otra, referida a la cooperación y coordinación entre las Partes contratantes. Por lo que respecta a las políticas de eficacia energética, las Partes contratantes deberán fomentar aspectos como los siguientes: el funcionamiento eficaz de los mecanismos de mercado, con inclusión de la determinación de precios basados en el mercado y una repercusión más completa de los costes y beneficios medioambientales; reducción de los obstáculos que se oponen a la eficacia energética, fomentando así las inversiones; mecanismos para financiar iniciativas de eficacia energética; educación y concienciación; difusión y transferencia de tecnologías, y transparencia de los marcos legales y reglamentarios. Resultan particularmente relevantes, para lograr una mayor eficacia energética dentro de un razonable período de tiempo, las disposiciones del art. 6 sobre financiación e incentivos económicos. Como consecuencia, las Partes contratantes fomentarán la aplicación de nuevas formas y métodos para financiar las inversiones de eficacia energética y de protección medioambiental en relación con la energía, procurarán utilizar y fomentar el acceso a los mercados de capitales privados y a las instituciones financieras internacionales existentes y podrán otorgar incentivos fiscales o económicos a los usuarios de la energía a fin de facilitar la penetración en el mercado de las tecnologías, productos y servicios de eficacia energética.

El Protocolo también contiene disposiciones concernientes a la cooperación y coordinación entre las Partes contratantes. Cuando cooperen, las Partes contratantes tendrán en cuenta las diferencias existentes entre las mismas en cuanto a los efectos negativos y los costes de su supresión y los principios correspondientes adoptados en acuerdos internacionales, dirigidos a proteger y mejorar el medio ambiente, en los que sean partes las Partes contratantes (art. 3, apartados 5 y 7). En esta labor utilizarán al máximo los trabajos y la experiencia de los organismos competentes internacionales o de otro tipo, y procurarán evitar las duplicaciones (art. 3.8). De acuerdo con el art. 9 del Protocolo, la cooperación entre Partes contratantes podrá tomar cualquier forma adecuada, incluidas las recogidas en el único Anexo

del Protocolo. Así pues, la lista ilustrativa y no exhaustiva de áreas posibles de cooperación comprende los siguientes aspectos:

- elaboración de programas de eficacia energética, con inclusión de la detección de obstáculos y potenciales relativos a la eficacia energética, y elaboración de normas de eficacia y etiquetado energéticos;
- evaluación de las repercusiones medioambientales del ciclo energético;
- elaboración de medidas económicas, legislativas y reglamentarias;
- transferencia de tecnología, asistencia técnica y empresas conjuntas industriales sometidas a regímenes internacionales de derechos de propiedad y otros acuerdos internacionales aplicables;
- investigación y desarrollo;
- educación, formación, información y estadísticas;
- selección y evaluación de medidas tales como instrumentos fiscales o de otro tipo basados en el mercado, con inclusión de permisos negociables para tener en cuenta los costes y beneficios externos, particularmente de tipo medioambiental.

Otras áreas de cooperación se refieren a la formulación de políticas y análisis de la energía, a la evaluación de instrumentos económicos para mejorar la eficacia energética y para objetivos medioambientales, así como a la mejora de la eficacia energética en los siguientes sectores específicos:

- el refinado, transformación, transporte y distribución de hidrocarburos;
- la producción y transmisión de electricidad;
- el sector de la construcción;
- los servicios municipales y de comunidades locales;
- el sector industrial;
- y el sector de los transportes.

3.4. La solución de controversias

Los mecanismos para la solución de controversias previstos en el Tratado sobre la Carta de la Energía difieren dependiendo de que se trate de una controversia relativa a una inversión o relacionada

con las demás disposiciones del Tratado. Las controversias relativas a una inversión se resolverán entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante de acuerdo con las disposiciones del art. 26. Alternativamente, los litigios sobre una inversión pueden ser resueltos por las Partes contratantes mediante el arbitraje que contempla el art. 27. Por su parte, las disputas relacionadas con las demás disposiciones del Tratado no están reguladas por ninguna clase de mecanismo que permita la participación directa de los sujetos privados. Es más, el Tratado sólo admite el arbitraje entre las Partes contratantes, de nuevo basado en el art. 27. La diferencia fundamental, por tanto, entre las controversias relativas a una inversión y las relacionadas con las demás disposiciones del Tratado, tal y como se regulan en el mismo, es que la solución de las primeras se deja ampliamente a la iniciativa de los sujetos privados implicados en la disputa, mientras que la solución de las últimas es enteramente un asunto entre los Gobiernos (78). Pero veamos una y otra de forma separada para mayor claridad.

3.4.1. *La solución de controversias entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante*

El Tratado sobre la Carta de la Energía pretende estimular la realización de inversiones internacionales sobre el territorio de los Estados partes. De ahí que el art. 26 organice un procedimiento destinado a garantizar la seguridad jurídica de los operadores privados frente a las manifestaciones de la soberanía estatal y al carácter, en ocasiones, aleatorio o imprevisible de los diferentes derechos nacionales (79). En consecuencia, lo primero que el art. 26.1 dispone es la solución amigable de las controversias entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera. Pero a continuación el art. 26.2 establece que si dichas controversias no pueden resolverse en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someter una controversia para su solución: ante los Tribunales ordinarios o administrativos de la Parte contratante implicada en la controversia, o de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias, o de acuerdo con un

procedimiento de arbitraje descrito en los apartados 3 y ss. del art. 26.

A la vista de lo anterior, el ámbito de aplicación "*ratione personae*" del art. 26 del Tratado sobre la Carta se limita a los inversores de una Parte contratante contra otra Parte contratante. Se están excluyendo, sin duda, de la aplicabilidad del art. 26 los litigios promovidos por un inversor nacional de un Estado tercero y por un inversor de una Parte contratante contra su propio Estado. En este último caso, el inversor sólo puede reclamar el respeto de sus derechos ante los Tribunales del Estado de su nacionalidad (80). Por lo que respecta al ámbito de aplicación "*ratione materiae*" del art. 26 del Tratado, puede decirse que es bastante reducido. El procedimiento para la solución de controversias previsto en el citado precepto se restringe a las obligaciones derivadas de la Parte III del Tratado. Así pues, el art. 26 cubre los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Tratado y también, de acuerdo con el art. 10.1 "*in fine*" (81), los incumplimientos de las obligaciones derivadas de contratos concluidos entre una Parte contratante y un inversor de cualquier otra Parte contratante. Aunque el art. 26.3.c) permite a las Partes contratantes incluidas en el Anexo IA (82) excluir las controversias suscitadas en torno a la última frase del apartado 1 del art. 10 del procedimiento de arbitraje regulado en los apartados 3 y ss. del art. 26.

En suma, el inversor puede optar, si no tiene éxito la resolución amigable de la controversia, por someter el litigio: ante los Tribunales ordinarios o administrativos de la Parte contratante implicada en la controversia (83), o de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o

(80) *Ibidem*, p. 60.

(81) El art. 10.1 *in fine* dice así: "Toda Parte contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte contratante".

(82) Las Partes contratantes incluidas en el Anexo IA son las siguientes: Australia, Canadá, Hungría y Noruega.

(83) A este respecto, de acuerdo con la declaración comunicada por las Comunidades Europeas a la Secretaría de la Carta de la Energía en virtud de lo dispuesto en el inciso ii) de la letra b) del apartado 3 del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía, DOCE nº L 69/115, de 9-3-1998, "todo recurso presentado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por un inversor u otra Parte contratante en aplicación de las posibilidades de acción estipuladas en los Tratados constitutivos de las Comunidades estará sujeto a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía. Asimismo, la letra a) del apartado 2 del artículo 26 se aplicará también en los casos en los que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede conocer de la aplicación o interpretación del Tratado sobre la Carta de la Energía con arreglo a una solicitud de resolución prejudicial presentada por un tribunal de un Estado miembro de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del Tratado CE" (actual art. 234).

(78) VANDEVELDE, Kenneth J., "Arbitration provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty, en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, ob.cit., p. 409.

(79) POIRAT, Fl., "L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie: procédures de règlement des différends et statut des personnes privées", *R.G.D.I.P.*, vol. CII, issue 1, 1998, p. 49.

de acuerdo con un procedimiento de arbitraje descrito en los apartados 3 y ss. del art. 26. No obstante, el art. 26.3.b) i) posibilita que las Partes contratantes incluidas en el Anexo ID (84) aparten las controversias suscitadas por el incumplimiento de una obligación derivada de la Parte III del Tratado del procedimiento de arbitraje previsto en el art. 26, apartados 3 y ss. El no hacer uso de la posibilidad precitada, puede hacer que los inversores incurran en "forum shopping" (85). Se entiende que si la Parte contratante no ha elegido descartar el procedimiento de arbitraje, entonces los diferentes mecanismos para la resolución de controversias no son mutuamente excluyentes. Por consiguiente, un inversor puede, por ejemplo, someter la disputa al Tribunal de la Parte contratante implicada en la controversia y, si no queda satisfecho con el resultado, acudir al procedimiento arbitral descrito en el Tratado (86).

Además, en el caso de que un inversor opte por someter la controversia al procedimiento de arbitraje previsto en el Tratado, dicho inversor deberá asimismo presentar su consentimiento por escrito de que la controversia se someta:

1.- a) Al Centro internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones, creado en virtud del Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (en adelante denominado "Convenio CIADI") (87), en caso de que tanto la Parte contratante del inversor como la Parte contratante en litigio sean Parte en el Convenio CIADI; o

- b) Al Centro internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones, creado en virtud del Convenio que se acaba de mencionar, de acuerdo con las normas por las que se rige el mecanismo

(84) Las Partes contratantes incluidas en el Anexo ID son las siguientes: Australia, Azerbaiyán, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chipre, República Checa, Comunidades Europeas, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Kazajstán, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Federación Rusa, Eslovenia, España, Suecia y Estados Unidos de América.

(85) Al respecto, la noción de "forum shopping" designa el procedimiento que consiste, para el demandante, en buscar, de entre los diferentes foros competentes, aquél que, por el juego de las reglas de conflicto y de las reglas de derecho material aplicables, le sea más favorable. Vid. BELIARD, RQUIER y WANG, *Glossaire de Droit International Privé*, La Communauté Française de Belgique y L'Agence de Coopération Culturelle et Technique, Bruxelles, 1992, p. 160.

(86) VANDEVELDE, Kenneth J., "Arbitration provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty", en Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, ob.cit., p. 415.

(87) El Convenio CIADI, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965, se puede encontrar en *International Legal Materials*, vol. IV, n° 1, January 1965, pp. 532-544.

adicional de aplicación de procedimientos por la secretaría del Centro (en adelante denominadas "normas sobre el mecanismo adicional") (88), en caso de que o la Parte contratante del inversor o la Parte contratante en litigio, pero no ambas, sean Parte en el Convenio CIADI;

2.- A un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc establecido en virtud del reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (en adelante denominado "CNUDMI") (89);

3.- A un procedimiento de arbitraje por parte del Instituto de arbitraje de la cámara de comercio de Estocolmo.

Con independencia del procedimiento de arbitraje elegido para resolver la controversia, las cuestiones en litigio deberán resolverse con arreglo al Tratado sobre la Carta y a las normas del Derecho Internacional aplicables. Los laudos arbitrales serán firmes y vinculantes para las partes en litigio. Al mismo tiempo que las Partes contratantes deberán ejecutar sin demora los laudos y adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de éstos en su territorio.

3.4.2. La solución de controversias entre Partes contratantes

Para empezar, el art. 27 encomienda a las Partes contratantes que procuren dirimir sus controversias acerca de la interpretación o aplicación del Tratado sobre la Carta a través de los conductos diplomáticos. No obstante, las disputas que no se hayan resuelto a través de los conductos diplomáticos podrán ser sometidas, por cualquiera de las Partes en litigio, a un Tribunal arbitral "ad hoc". A primera vista parece seguirse un esquema parecido a la resolución de controversias del art. 26. Aunque se diferencia en el hecho de que el art. 27 no cuantifica la cantidad de tiempo que debe transcurrir antes de que la controversia se someta a un Tribunal arbitral. Sólo se dice en el art. 27 que la controversia se someta a arbitraje si, "dentro de un plazo razonable", no se ha resuelto a través de los conductos diplomáticos.

El Tribunal arbitral se integrará por tres miembros, elegidos de la forma siguiente: la Parte contratante

(88) Las normas por las que se rige el mecanismo adicional de aplicación de procedimientos por la secretaría del Centro internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones se recogen en *International Legal Materials*, vol. XXI, n° 4, July 1982, pp. 1443 - 1472.

(89) El reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional aparece en *International Legal Materials*, vol. XV, n° 1, January 1976, pp. 701 - 717.

que incoe el procedimiento designará a un miembro del Tribunal e informará a la otra Parte contratante de esa designación, dentro de un plazo de 30 días a partir de la notificación a esta otra Parte contratante de la intención de someter la controversia a arbitraje. A continuación, la otra Parte contratante receptora de la notificación del inicio del procedimiento arbitral dispone de un plazo de 60 días para designar a otro miembro del Tribunal arbitral. Por último, las dos Partes contratantes en litigio designarán conjuntamente a un tercer miembro, que no podrá ser nacional ni ciudadano de ninguna de ellas. Tanto si en el plazo de 60 días la otra Parte contratante no designa al segundo miembro, como si en un plazo de 150 días las Partes contratantes no pueden llegar a un acuerdo sobre la designación del tercer miembro, las designaciones serán realizadas por el secretario general del Tribunal permanente de arbitraje internacional, en un plazo de 30 días a partir de la recepción de la solicitud (90). Si el secretario general no pudiera llevar a cabo esta tarea, los nombramientos serán efectuados por el primer secretario de la Oficina. En caso de que tampoco este último pudiera desempeñar este cometido, hará los nombramientos el funcionario de mayor rango.

A menos que las Partes contratantes dispongan otra cosa, regirá el reglamento de arbitraje de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI), salvo en los aspectos modificados por las Partes contratantes en litigio o los árbitros. El Tribunal tomará sus decisiones por mayoría de los miembros que lo componen y resolverá la controversia con arreglo al Tratado sobre la Carta y las normas y principios aplicables del Derecho internacional. Salvo que las Partes contratantes en litigio acuerden otra cosa, el Tribunal se reunirá en la Haya y utilizará las instalaciones y servicios del Tribunal permanente de arbitraje. Siendo el laudo arbitral firme y vinculante para las Partes contratantes en litigio.

4. CONSIDERACIONES FINALES

No se puede negar que la dependencia energética exterior de la Comunidad es una realidad insoslayable en nuestros días. La necesidad de encontrar aprovisionamientos seguros representa la contrapartida de la manifestación anterior. Se entiende que uno de los objetivos de la Unión Europea en este contexto sea el de entablar relaciones con países suministradores políticamente más estables que los de Oriente Medio y África del Norte, fundamentalmente.

(90) Dicha solicitud deberá ser presentada, en un plazo de 90 días por la Parte contratante que inició el procedimiento si se trata de elegir al segundo miembro y en un plazo de 180 días por cualquiera de las Partes contratantes si se trata de elegir al tercer miembro.

Con esta intención se elabora el Tratado sobre la Carta de la Energía. Los beneficios que esperan conseguirse con esta Acuerdo internacional se hacen depender de las transformaciones experimentadas por las economías del Este de Europa.

Para occidente, estrechar los vínculos con las principales potencias de la antigua Unión Soviética posibilitará el acceso a mercados con reservas de energía probadas. Pero sin la protección que pueda dispensar el Tratado sobre la Carta de la Energía, todas las actuaciones que puedan llevarse a cabo fracasarán. Las estimaciones más positivas que pueden esgrimirse sobre dicho Tratado pasan por la recuperación económica de los países de Europa oriental, la adaptación de sus ordenamientos jurídicos y la implantación de infraestructuras adecuadas. Aunque no puede perderse de vista el efecto favorable que tendrá en el incremento de los intercambios de energía.

Se espera que el comercio de materias y productos energéticos y equipo relacionado con la energía experimente una clara propensión al alza. Para lograrlo es imprescindible contar con un mercado abierto y competitivo. Tanto en un caso, como en otro se recurre a la normativa del GATT. Se comprende que acudir a esta normativa contribuirá, a buen seguro, a que los países de Europa oriental y occidental consigan alcanzar la adecuada estabilidad de los flujos de energía. En materia de inversiones, el Tratado sobre la Carta de la Energía trata de dinamizar los recursos financieros de las grandes potencias. Estos fondos deberán repercutir en un aumento de la producción y mejora del transporte de los países con amplias reservas energéticas pero escaso desarrollo industrial.

Como complemento indispensable de lo anterior, destacan las normas del Tratado relativas al tránsito de materias y productos energéticos. La justificación es clara, si se interrumpen los suministros de nada sirven ni el incremento del número de operaciones comerciales ni tampoco las grandes inversiones para renovar las estructuras existentes e implantar nuevas instalaciones. Es necesario que las materias y productos energéticos no vean paralizado su transporte, como requisito indispensable de cara a lograr que se cumplan los objetivos del Tratado. Además, las reglas de competencia deben preparar el camino al desembarco de todo el arsenal normativo que se acaba de esbozar. Se requiere eliminar las prácticas anticompetitivas como paso previo para conseguir un libre mercado en el que los participantes interactúen sin trabas de ningún tipo. Como cierre del sistema establecido por el Tratado sobre la Carta de la Energía se encuentra la solución de controversias. En lugar de optar por la vía jurisdiccional y crear un tribunal permanente, se ha elegido un mecanismo

arbitral. La fuerza del mismo radica en que los laudos arbitrales serán firmes y vinculantes para las partes en litigio.

Por consiguiente, se puede decir que las disposiciones del Tratado que hemos analizado sientan las bases para que los países con escasos recursos energéticos accedan a las reservas de otros en condiciones seguras. Pero surgen dudas sobre la evolución futura de dicho Acuerdo. ¿Es posible que la incorporación de algunos países miembros del Tratado a la Unión Europea deje prácticamente inaplicables sus disposiciones? ¿Cómo afectará la ampliación comunitaria a la regulación prevista en sus normas? Estas y otras incógnitas podrán ser desveladas muy pronto, pero es evidente que en ningún caso dejarán indemne al Tratado.

(CIS)