

TERCERA PARTE

Comercio de mercancías y prestaciones de servicios

Tema 10

El GATT y el nuevo sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Bibliografía selecta: Beise, M.: *Die Welthandelsorganisation (WTO)*, 2001; van den Bossche, P.: *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2.^a ed., 2008; Cass, D. Z.: *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, 2005; Dennin, J. F. (ed.): *Law and Practice of the World Trade Organization*, 1995; van Dijck, P., Faber, G.: *Challenges to the New World Trade Organization*, 1996; Gottsche, G.: *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz*, 2005; Hahn, M. J.: “Balancing or Bending? Unilateral Reactions to Safeguard Measures”, *JWT*, vol. 39 (2005), pp. 301 y ss.; Herrmann, Ch., Weiß, M., Ohler, Ch.: *Welthandelsrecht*, 2.^a ed., 2007; Hilf, M., Oeter, S.: *WTO-Recht. Rechtsordnung des Welthandels*, 2.^a ed., 2010; Hoekman, B. M., Mattoo, A., English, P. (ed.): *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, 2002; Jackson, J. H.: *The World Trading System*, 2.^a ed., 1997; *id.*: *Implementing the Uruguay Round*, 1996; *id.*: *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights of Treaty Law and Economic Relations*, 2002; McMahon, J.: *The WTO Agreement on Agriculture. A Commentary*, 2007; Matsushita, M., Schoenbaum, T. J., Mavroidis, C.: *The World Trade Organization*, 3.^a ed., 2011; Nettesheim, M., Sander, G. G.: *WTO-Recht und Globalisierung*, 2003; Pitschas, Ch., Neumann, J., Herrmann, Ch.: *WTO-Recht in Fällen*, 2005; Prieß, H. -J., Berrisch, G. M. (ed.): *WTO-Handbuch*, 2003; Senti, R.: *WTO System und Funktionsweise der Welthandelsordnung*, 2000; Stoll, P. -T., Schorkopf, F.: *WTO-Welthandelsordnung und Welthandelsrecht*, 2002 (en inglés: *WTO-World Economic Order, World Trade Law*, 2006); van Damme, I.: *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, 2009; World Trade Organization (ed.): *Guide to GATT Law and Practice: Analytical Index*, 1995; *id.*: *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, 2004.

1. Evolución

Bibliografía recomendada: Dunkel, A.: “The Uruguay Round and the World Economy”, *Außenwirtschaft*, 42/1987, pp. 7 ss.; Hummer, K. W., Weiss, F.: *Vom GATT’47 zur WTO ’94*, 1997; Oppermann, T., Molsberger, J. (ed.): *A New GATT for the Nineties and Europe ’92*, 1991; Petersmann, E. -U., Hilf, M.: *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*, 2.^a ed., 1991; Senti, R., Conlan, P.: *WTO: Regulation of World Trade after Uruguay Round*, 1998.

a) Evolución hasta la “Ronda Uruguay”

- 1 La Carta Atlántica de 1941 estableció como objetivo un sistema de comercio mundial estable, que debía basarse en el libre intercambio de mercancías y servicios.¹ Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, a iniciativa de Estados Unidos, convocó varias conferencias internacionales sobre comercio y empleo (Conferencia de Londres de octubre de 1946, Conferencia de Ginebra de agosto de 1947, Conferencia de La Habana de noviembre de 1947 a marzo de 1948). En esa misma sede, en conexión con la reorganización del sistema monetario internacional (creación del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial), la ordenación de las relaciones económicas internacionales, a través de la creación de una Organización Internacional de Comercio (OIC), debía apoyarse sobre nuevas bases. En 1948, como consecuencia de las negociaciones, se aprobó la denominada “Carta de La Habana”. Esta Carta contenía una regulación extensa en materia comercial, de libre competencia, política del desarrollo y mercado laboral. Debido a la resistencia del Congreso de los Estados Unidos, la Carta de La Habana nunca llegó a entrar en vigor. Un amplio sector de la economía y la política estadounidense temía una restricción excesiva de los márgenes para configurar su política económica exterior.
- 2 La Conferencia de La Habana de 1947 fue precedida por negociaciones sobre la reducción recíproca de los derechos aduaneros, en las cuales tomaron parte veintitrés Estados. Estas negociaciones desembocaron en el “Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio” (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). El GATT se firmó el 31 de octubre de 1947 y, a través de un “Protocolo de Aplicación Provisional”, entró en vigor el 1 de enero de 1948. En origen, el GATT se concibió como parte de una reglamentación más amplia sobre la liberalización de los derechos aduaneros y otras medidas de política comercial, debiendo quedar integrado en la Carta de La Habana, que constituiría la regulación completa de un nuevo orden comercial mundial. Teniendo en cuenta que su aplicación sólo sería transitoria, se quiso evitar la exigencia de una ratificación parlamentaria. En este contexto, se incluyó

¹ Al respecto Bennouna, M.: “Atlantic Charter (1941)”, Wolfrum, R. (ed.): *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, edición en línea, 30.11.2010.

en el Protocolo la denominada “cláusula del abuelo” (*grandfather clause*). De acuerdo con ella, el GATT no resultaba aplicable si existieran normas nacionales, en vigor a 30 de octubre de 1947, inconciliables con él. Tras el fracaso del proyecto de Organización Internacional del Comercio, el GATT “provisional” se convertiría en un marco duradero de regulación del comercio mundial. En la actualidad, las asimetrías que se produjeron como consecuencia de la legislación proteccionista de algunos Estados (como Canadá o Estados Unidos), aplicable al amparo de la “cláusula del abuelo”, han sido en gran parte eliminadas.

Con el paso del tiempo, dada su estructura interna, el GATT se ha convertido prácticamente en una organización internacional. No sólo regula el comportamiento de los países miembros, sino que facilita la actuación conjunta hacia el exterior mediante sus órganos de decisión y ejecución. El máximo órgano de decisión es la reunión de las Partes Contratantes (*Contracting Parties*) (art. XXV.1). Por lo general, las votaciones deben adoptarse por mayoría, teniendo un voto cada miembro.² Sin embargo, lo habitual es que las Partes Contratantes se esfuercen por alcanzar el consenso, sin necesidad de un acto formal de votación. De los problemas más actuales y las cuestiones menores se ocupa un órgano permanente: el Consejo de Representantes (*Council of Representatives*). Junto a ellos, existen un Comité con funciones consultivas, Grupos de Expertos para cuestiones especiales y una Secretaría dirigida por el Director General del GATT.

La Comunidad Europea, sin haberse adherido formalmente al GATT, llegó a ser tratada como un miembro del mismo, a causa de sus competencias en política comercial.³ Tras la reforma del orden comercial mundial, la Comunidad Europea se adhirió formalmente al nuevo sistema institucional y al Acuerdo por el que se establece la OMC. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea ha sustituido a la Comunidad Europea.

Con el fin de continuar impulsando el libre comercio mundial, los miembros realizaron, en intervalos periódicos, rondas comerciales: en Ginebra (1947), en Annecy (1949), en Torquay (Gran Bretaña) (1950-51), en Ginebra (1955-56) y de nuevo en Ginebra, denominada Ronda Dillon (1961-62), en Ginebra, denominada Ronda Kennedy (1964-67), en Ginebra, denominada Ronda Tokio (1973-76) y la octava ronda o Ronda Uruguay (1986-1993). El punto más importante de las negociaciones, en el marco de estas rondas, fueron las reducciones arancelarias. En la Ronda Kennedy, se logró acordar una reducción lineal general de los aranceles.

² Art. XXV. 3 y 4. No obstante, en determinados casos, se exige una mayoría de dos tercios (por ejemplo, en los arts. XXIV. 10 y XXX. 1, II) y la unanimidad (como en el art. XXX, 1, I).

³ V. Berrisch, G. M.: *Der völkerrechtliche Status der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im GATT*, 1992.

- 6 En la Ronda Tokio, pasaron a un primer plano las negociaciones sobre los obstáculos al comercio no tarifarios (por ejemplo, restricciones cuantitativas como prohibiciones de importar o exportar, subvenciones a los productos nacionales, obstáculos técnicos como prescripciones sanitarias o normas industriales, y la formalización de procedimientos aduaneros).
- 7 En el marco de cada una de estas rondas, se adoptaron numerosos acuerdos de política comercial denominados “Códigos del GATT”. Se trata de convenios jurídicamente separados del GATT que tienen, en cada caso, su propia órbita de Estados parte. La suscripción de estos acuerdos separados se promocionó especialmente debido a los requisitos bastante complicados que, para la modificación de las disposiciones del GATT, se prevén en el art. XXX. En virtud de este precepto, una enmienda requeriría una mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes y sólo sería válida entre los Estados que la hubieran aceptado. En este contexto, fue de especial importancia el Acuerdo Textil Mundial o Acuerdo Multifibras (AMF), que actualmente ya ha expirado.

b) Reforma en el marco de la “Ronda Uruguay”

- 8 En el marco de la Ronda Uruguay, se trató, sobre todo, de la reforma institucional (mecanismos de decisión y de solución de diferencias), la eliminación progresiva de los obstáculos al comercio de productos agrícolas e industriales, la regulación de las prestaciones de servicios transfronterizas, así como el papel político-comercial que desarrolla la propiedad intelectual. En diciembre de 1993, después de extraordinarias dificultades y duras negociaciones, se consiguió concluir esta Ronda.⁴ En abril de 1994, en la Conferencia ministerial de Marrakech, se firmó el haz de acuerdos comerciales multilaterales, a los que se añadieron pactos adicionales. La contribución de estos acuerdos a la liberalización es mayor que la de todas las rondas anteriores. Junto a la reducción de aranceles y obstáculos al comercio no tarifarios para los productos industriales (como cuotas a la importación o estándares técnicos), en particular los sectores agrario y textil, debieron abrirse en mayor medida a la competencia global. A este fin responden, en primera línea, la eliminación de subvenciones a los productos agrícolas y de restricciones cuantitativas en el mercado textil. Además, se celebró un Acuerdo sobre Medidas *Antidumping* y otro sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
- 9 El GATT reformado (“GATT-94”)⁵ comprende el antiguo GATT y los cambios que se habían ido produciendo mientras tanto (“GATT-47”), así como las modificaciones

⁴ El Acta final de la Ronda Uruguay con anexos (particularmente el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio –GATT– de 1994, el Protocolo de Marrakech sobre el GATT 1994, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y el Entendimiento sobre Solución de Diferencias) están publicadas en *ILM* 33/1994, pp. 1125 ss.

⁵ *EuZW* 1994, p. 342, *ILM* 33/1994, pp. 28 y ss.

a preceptos particulares mediante una serie de acuerdos y el Protocolo de Marrakech anexo al GATT-94 (art. 1 GATT-94). Los principios fundamentales del GATT-47 se mantienen en el GATT-94. La principal renovación institucional consiste en la creación de una nueva “Organización Mundial del Comercio” (*World Trade Organization*, WTO-OMC).⁶

En cuanto al sector de la prestación de servicios, se adoptó el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services*, GATS-AGCS).⁷ La admisibilidad de prácticas *antidumping*, así como de subvenciones y de derechos compensatorios, fue objeto de una regulación más estrecha. Por medio del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*Trade-Related Intellectual Property Rights*, TRIPS-ADPIC),⁸ se aspira a una mejor protección de la propiedad intelectual. También se adoptó el Acuerdo sobre Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio (*Trade-Related Investment Measures*, TRIMS-AMIC).⁹ Aparte de la creación de la OMC, la reforma institucional también ha fortalecido el carácter vinculante del mecanismo de solución de diferencias. 10

De gran importancia en el marco de la Ronda Uruguay, es la apertura de los mercados en relación con la contratación pública. Un primer paso hacia la liberalización de la contratación pública se había dado ya con el Acuerdo sobre Compras del Sector Público de 1979 (*Agreement on Government Procurement*, GPA). Al final de la Ronda Uruguay se negoció una ampliación esencial del programa de liberalización existente. Son partes del nuevo acuerdo, además de la Unión Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos, los Estados de la EFTA, Hong Kong, Israel, Japón, Canadá, Singapur, Corea del Sur y Taiwán. El nuevo Acuerdo sobre Contratación Pública mejora el mercado no sólo en relación con las compras de los gobiernos centrales, sino también de las administraciones regionales y municipales, así como los suministros de mercancías y servicios a través de organismos públicos en el sector de los abastecimientos de agua, energía y el sector del transporte. No pudo lograrse acuerdo alguno sobre contratación pública en el campo de las telecomunicaciones. 11

⁶ ILM, 33/1994, pp. 13 ss. Al respecto, v. Jansen, B.: “Die neue Welthandelsorganisation (World Trade Organization – WTO)”, *EuZW*, 5/1994, pp. 333 ss.; Ipsen, K., Haltern, U.: “Rule of the Law in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen: Die Welthandelsorganisation”, *RIW*, 1994, pp. 717 ss.; Stoll, P. -T.: “Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung”, *ZaöRV*, 54/1994, pp. 241 ss.; Oppermann, T., Beise, M.: “Die neue Welthandelsorganisation – ein stabiles Regelwerk für weltweiten Freihandel”, *Europaarchiv*, 49/1994, pp. 195 ss.

⁷ ILM, 33/1994, p. 44. Al respecto, v. Barth, D.: “Das allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel”, *EuZW*, 1994, pp. 455 ss. y Weiss, F.: “Aspectos jurídicos del comercio de servicios en una economía globalizada”, Remiro, A., Espósito, C.: *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo*, 2001, p. 241.

⁸ ILM, 33/1994, p. 81.

⁹ Al respecto v. Stoll, P. -T., *op. cit.* (nota 496), pp. 304 ss.

- 12 De acuerdo con un estudio del Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los Estados más beneficiados por las medidas liberalizadoras adoptadas en la Ronda Uruguay serán los Estados industrializados. Pero el aumento del bienestar también alcanzará a muchos países en vías de desarrollo. No obstante, algunos Estados especialmente pobres, con una economía basada en el sector agrario, podrían sufrir desventajas. De ahí que algunos problemas estén pendientes de solución en el ámbito multilateral. La lucha contra la existencia de estándares distintos de protección del medio ambiente, así como la armonización de las prestaciones sociales y la protección de los trabajadores, constituyen algunos de los grandes retos futuros del sistema GATT.

2. La nueva Organización Mundial del Comercio

- 13 En el centro del nuevo sistema GATT se halla la Organización Mundial del Comercio,¹⁰ constituida a comienzos de 1995. La OMC fue concebida como marco institucional de las relaciones económicas entre sus miembros, sobre la base del nuevo GATT y los otros acuerdos suscritos al término de la Ronda Uruguay (art. II. 1 Acuerdo OMC). Los “Acuerdos Comerciales Multilaterales”, como el GATT-94, el GATS, el convenio ADPIC (Anexo I A a C del Acuerdo OMC), y los pactos relativos a la solución de diferencias (*Dispute Settlement Understanding* – DSU) (Anexo II al Acuerdo de la OMC) forman parte del Acuerdo OMC y son vinculantes para todos sus miembros (art. II.2 Acuerdo OMC). Lo mismo puede decirse del *Trade Policy Mechanism* pactado (Anexo III al Acuerdo OMC), que tiene como objetivo un examen periódico de la política comercial de los miembros de la OMC. Los “Acuerdos Comerciales Plurilaterales” sobre sectores específicos, como el Acuerdo sobre contratación pública (AGP), sólo vinculan en el marco de la OMC a aquellos Estados que se hayan adherido a ellos (art. II. 3 Acuerdo OMC). La OMC debe facilitar la aplicación del sistema GATT y favorecer la consecución de sus objetivos (art. III.1 Acuerdo OMC). Será el foro para las negociaciones entre sus miembros acerca de sus relaciones comerciales y de la ampliación del sistema GATT (art. III. 2 Acuerdo OMC). Además, administrará los nuevos mecanismos de solución de diferencias (art. III. 3 Acuerdo OMC).
- 14 El órgano supremo de la OMC es la Conferencia Ministerial, compuesta por representantes de todos los miembros. La Conferencia ministerial se debe reunir, al menos, una vez cada dos años (art. IV. 1 Acuerdo OMC). Entre las reuniones de la Conferencia Ministerial, el Consejo General (*General Council*), que también está integrado por representantes de todos los miembros, actúa como órgano principal y asume las funciones de aquella. Por debajo del Consejo General, se constituyen Consejos Especiales para cada

¹⁰ V. *supra*, nota 496.

sector específico del sistema GATT: el Consejo del Comercio de Mercancías (*Council for Trade in Goods*), el Consejo del Comercio de Servicios (*Council for Trade in Services*) y el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) (todos creados al amparo del Artículo IV. 5 Acuerdo OMC). Además, la Conferencia Ministerial establece comités para cuestiones específicas interdisciplinarias, como, por ejemplo, el Comité de Comercio y Desarrollo, el Comité de Restricciones por Balanza de Pagos y el Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos (art. IV. 7 Acuerdo OMC). La gestión ordinaria de la OMC está en manos de una Secretaría, dirigida por un Director General (art. VI Acuerdo OMC). La OMC tiene atribuida expresamente personalidad jurídica internacional (art. VIII. 1 Acuerdo OMC).

La creación de un órgano permanente para la solución de diferencias (OSD) con base 15 en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (*Dispute Settlement Understanding*) supone un fortalecimiento institucional esencial del sistema OMC. Los informes de un grupo especial de expertos (*Panel*) o del Órgano de Apelación (*Appellate Body*), que serán adoptados por el OSD, son de suma importancia para la interpretación del Derecho de la OMC.

Los esfuerzos para adoptar las decisiones por medio del consenso del antiguo GATT se 16 mantienen en la nueva OMC (art. IX. 1 Acuerdo OMC). La competencia para interpretar de manera vinculante el Acuerdo OMC y los Acuerdos Multilaterales del sistema GATT queda reservada a la Conferencia Ministerial y al Consejo General, y requiere una mayoría de tres cuartos de los miembros (art. IX. 2 Acuerdo OMC). “En circunstancias excepcionales”, la Conferencia Ministerial puede eximir a un miembro de una obligación impuesta por el Acuerdo OMC o uno de los Acuerdos Comerciales Multilaterales (*waiver*, arts. IX. 3 y IX. 4 Acuerdo OMC).

Los acuerdos comerciales multilaterales son vinculantes para todos los Estados miem- 17 bros de la OMC (art. II. 2 Acuerdo OMC), y sólo pueden ser ratificados como sistema integral y unitario (*single undertaking approach*).

Los antiguos Estados parte del GATT, que suscriben los nuevos acuerdos multilaterales, 18 son miembros fundadores de la OMC. Entre ellos, también se encuentran las Comunidades Europeas (art. XI. 1 Acuerdo OMC). A pesar de la comunitarización de la política comercial en virtud del Tratado de la Comunidad Europea, también se adhirieron los Estados miembros de las Comunidades Europeas (en atención a que sus competencias residuales resultaban afectadas).¹¹ Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea ha sustituido a las Comunidades Europeas como miembro de la OMC (Art.

¹¹ V. Dictamen 1/94 del TJUE, Rec. 1994, I-5267 - Acuerdo sobre la OMC.

1.3 III TUE). En las relaciones externas, las obligaciones multilaterales del Derecho de la OMC vinculan *pro indiviso* a la Unión Europea y sus Estados miembros. En caso de infracciones generadas por medidas de un Estado miembro de la Unión Europea, el Estado en cuestión y la Unión responden de manera solidaria frente a terceros. No importa si las medidas nacionales sirven para implementar el Derecho de la Unión o no. Los demás Estados miembros de la OMC no tienen que tomar en consideración el reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros.

En las votaciones de la OMC, la Unión Europea dispone de un número de votos igual al de sus Estados miembros (art. IX. 1. III Acuerdo OMC). Por lo general, la Unión Europea, representada por la Comisión Europea, actúa también en nombre de sus Estados miembros. Previamente a ello, la Comisión consensúa su posición con la de sus Estados miembros. En controversias sobre medidas de política comercial de los Estados miembros, la Unión trata de actuar, en lo posible, como parte única.¹²

Entretanto, la OMC cuenta con ciento cincuenta y tres Estados y otros miembros en el sentido del art. XII.1.I del Acuerdo OMC (por ejemplo, zonas con régimen aduanero independiente como Hong Kong o Macao). La República Popular China se incorporó en diciembre de 2001 y Taiwán en enero de 2002. Rusia se encuentra todavía fuera de la OMC. 19

3. Acuerdos Comerciales “Multilaterales” y “Plurilaterales”

El núcleo del nuevo orden comercial mundial lo constituyen los denominados Acuerdos Comerciales “Multilaterales” que, junto con el sistema institucional de la OMC, conforman un ordenamiento unitario. Los Acuerdos “Multilaterales” vinculan a todos los miembros de la OMC (art. II.2 Acuerdo OMC). Por el contrario, los denominados Acuerdos Comerciales “Plurilaterales” sólo son vinculantes para un círculo restringido de miembros (art. II. 3 Acuerdo OMC). Tanto los acuerdos multilaterales como los plurilaterales, aparecen en los anexos al Acuerdo - OMC. 20

a) Acuerdos Multilaterales

21

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
- Acuerdo sobre la Agricultura.
- Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
- Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido.
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

¹² En cuanto a restricciones comerciales impuestas por Francia, v. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto* WT/DS 135/AB/R (2001).

- Acuerdo en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio.
- Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
- Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
- Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición.
- Acuerdo sobre Normas de Origen.
- Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación.
- Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
- Acuerdo sobre Salvaguardias.
- Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

22 b) Acuerdos plurilaterales todavía en vigor

- Acuerdo sobre Contratación Pública.
- Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles.

4. El GATT de 1994 y los acuerdos complementarios

- 23 Entre los acuerdos multilaterales, el más importante es el GATT en la versión de 1994 (GATT-94). El GATT se completa por nuevos acuerdos multilaterales sobre Medidas *Antidumping* (Acuerdo relativo a la Aplicación del art. VI del GATT, APA), así como por el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM Agreement*).
- 24 En el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) (*Agreement on Sanitary and Phyto-Sanitary Measures, SPS Agreement*) y en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) (*Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT Agreement*) se contienen normas más detalladas sobre barreras comerciales admisibles.
- 25 En el sector de la prestación de servicios, tiene mucha importancia el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services, GATS-AGCS*). Este Acuerdo, como instrumento para la reducción de los obstáculos al comercio, tiene menor alcance que el GATT.¹³ En materia de prestación de servicios estrechamente relacionados con mercancías, los ámbitos de aplicación del GATT y del GATS pueden

¹³ V. *infra*, tema 10, nota al margen 10.

coincidir. Este hecho lo resaltó el Órgano de Apelación (*Appellate Body*) en la controversia de los bananos:¹⁴

Podría considerarse que determinadas medidas están comprendidas exclusivamente en el ámbito del GATT de 1994, cuando afectan al comercio de mercancías como tales. Otras medidas, en cambio, podrían considerarse comprendidas exclusivamente en el ámbito del AGCS, cuando afectan al suministro de servicios como tales. Sin embargo, hay una tercera categoría de medidas que podrían considerarse comprendidas tanto en el ámbito del GATT de 1994 como en el del AGCS. Son las medidas que se refieren a un servicio relacionado con determinada mercancía o a un servicio suministrado conjuntamente con determinada mercancía. En todos los casos incluidos en esta tercera categoría, la medida de que se trate podría ser examinada tanto en el marco del GATT de 1994 como en el del AGCS.

Por otra parte, entre los acuerdos “multilaterales” del nuevo sistema OMC se encuentra el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*Trade-Related Intellectual Property Rights*, TRIPS - ADPIC).¹⁵ De acuerdo con el Artículo 7 del Acuerdo TRIPS, la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual “deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”. El Acuerdo TRIPS mejora claramente la protección de las patentes, marcas, derechos de autor y derechos sobre el *software* informático. 26

Asimismo, entre los Acuerdos “Multilaterales” se encuentra el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (*Trade-Related Investment Measures*, TRIMS-AMIC¹⁶). En relación con las inversiones relacionadas con el comercio de mercancías (MIC) (art. 1), el Acuerdo TRIMS establece que los Estados miembros no deben imponer a los inversores de otros Estados medidas incompatibles con el principio de trato nacional o con la prohibición de establecer restricciones cuantitativas (art. 2.1 Acuerdo TRIMS). Ello se refiere sobre todo a preceptos que obligan a un inversor a utilizar un cierto porcentaje de materias primas o insumos nacionales en su producción en dicho país, o a cumplimentar allí un cierto porcentaje de ventas (*local content*/ 27

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS 27/AB/R (1997), num. 221.

¹⁵ V. *infra*, tema 15, nota al margen 2.

¹⁶ Brewer, T. L., Young, S.: “Investment Issues at the WTO: the Architecture of Rules and the Settlement of Disputes”, JIEL, 1998, pp. 457 ss.

local performance requirements). Los Estados Unidos no pudieron imponer su exigencia de liberalizar con carácter general el acceso a los mercados en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías. En este círculo de acuerdos multilaterales sectoriales, también se encuentra el Acuerdo sobre Agricultura y, antaño, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido.

- 28 En caso de conflicto, los demás acuerdos multilaterales tienen primacía sobre el GATT-94 (regla general de interpretación al Anexo 1 A del Acuerdo OMC).
- 29 Entre los acuerdos plurilaterales (aún vigentes) se encuentran el Acuerdo sobre Contratación Pública (*Agreement on Government Procurement*)¹⁷ y el Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles (*Agreement on Trade in Civil Aircraft*).

5. Principios fundamentales del GATT

Bibliografía recomendada: Carreau, D., Juillard, B.: *Droit international économique*, 4.^a ed., 1998, pp. 105 ss.; Jackson, J. H.: *The World Trading System*, 2.^a ed., 1997; Mavroidis, P.C.: *The General Agreement on Tariffs and Trade. A Commentary*, 2005; Senti, R.: *Die neue Welthandelsordnung nach der Uruguay-Runde*, 2.^a ed., 1999; Wolfrum, R., Stoll, P.-T., Hestermeyer, H. R.: *WTO: Trade in Goods*, 2011.

- 30 El GATT tiene por objeto la creación de un sistema económico mundial, orientado por los principios de la economía de mercado. El Tratado pretende una liberalización del tráfico comercial internacional a través de la progresiva reducción de los obstáculos al comercio y debe impedir injerencias proteccionistas en la libre competencia en el mercado mundial.
- 31 A pesar de que el GATT es un documento denso, sus principios rectores destacan con claridad: la prohibición de discriminación, la reciprocidad en los compromisos, así como la reducción de los aranceles y la prohibición de obstáculos no tarifarios al comercio.¹⁸ Estos principios, tendentes a la liberalización del comercio mundial, quedan sujetos a numerosas restricciones y excepciones, que, a menudo, carecen de perfiles definidos. Ello afecta considerablemente a la fuerza normativa del GATT.
- 32 El principio de reciprocidad es una directriz importante para todas las negociaciones que se lleven a cabo en el marco del GATT. La noción de reciprocidad se menciona ya en el propio Preámbulo (tercer párrafo). Con ella, se quiere indicar que las ventajas comerciales concedidas por los Estados entre sí deben mantenerse en equilibrio y que las ventajas

¹⁷ Hoekman, B.M., Mavroidis, P.C. (ed.): *Law and Policy in Public Purchasing: the WTO Agreement on Government Procurement*, 1997.

¹⁸ V. el párrafo III del Preámbulo del GATT.

comerciales otorgadas por un Estado deben corresponderse con concesiones del mismo valor por parte de los otros Estados.¹⁹ Desde un punto de vista de política económica, el principio de reciprocidad de derechos y deberes es problemático. Si se entiende, como lo hacen los defensores del libre comercio, que cada medida liberalizadora (por ejemplo, la supresión de una restricción a la importación) beneficia también desde el punto de vista económico global al Estado que la impuso, este principio resulta difícil de fundamentar. Los países en vías de desarrollo pueden hacer valer una excepción al principio de reciprocidad. De ellos no se esperan concesiones que sean incompatibles con sus necesidades especiales (art. XXXVI. 8).

a) Trato de la nación más favorecida

Un elemento esencial del sistema GATT es el principio de la nación más favorecida. Al 33 respecto, el Artículo I.1 GATT 1994 establece lo siguiente:

Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

En el GATT, el principio de la nación más favorecida informa las restricciones cuantitativas interiores (art. III. 7), la libertad de tránsito (art. V), las denominaciones de origen (art. IX. 1), las restricciones cuantitativas a las importaciones y exportaciones (art. XIII. 1) y las empresas comerciales estatales (art. XVII. 1). 34

Mientras no se logre eliminar plenamente las barreras comerciales, este principio tiene una función central para la consecución de la igualdad de oportunidades competitivas. El trato general de nación más favorecida significa que las ventajas comerciales (por ejemplo, las relacionadas con los aranceles aduaneros, los impuestos o los derechos sobre la importación y la exportación) deben concederse en igual medida a todos los Estados miembros. Tan pronto como un Estado parte otorga a otro determinadas prerrogativas, éstas deben extenderse al resto de los miembros del GATT. Sobre la base de la remisión al Artículo II. 2 y Artículo III. 4. del GATT, el principio de nación más favorecida del

¹⁹ En cuanto a la importancia de la reciprocidad, v. por ejemplo: art. XXIII y XXVIII.

Artículo I. 1 alcanza también a los impuestos y otras cargas que repercuten en el comercio exterior, y a otras disposiciones sobre la circulación interior de mercancías. La extensión de ventajas comerciales sobre la base de este principio debe producirse “inmediata e incondicionadamente”. Por consiguiente, no puede hacerse depender de contraprestaciones por parte de otro Estado miembro.

El principio de la nación más favorecida se aplica a “productos similares” (*like products*). La noción de “producto similar” aparece en el Derecho de la OMC en varios contextos normativos (por ejemplo, en los artículos I. 1, II. 2, III. 2, III. 4, VI. 1, IX. 1, XI. 2 letra c, XIII. 1, XVI. 4 y XIX. 1 del GATT). El Órgano de Apelación ha utilizado la metáfora de un acordeón que se expande o se pliega según el caso:²⁰

no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es ‘similar’. El concepto de ‘similaridad’ es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de ‘similaridad’ se extiende y se contrae en diferentes lugares, a medida que se aplican las distintas disposiciones del Acuerdo sobre la OMC.

De todas maneras, hasta ahora la jurisprudencia considera que la existencia de una similitud, en el sentido del artículo III. 2,²¹ es suficiente para establecer similitud en el sentido del artículo I. 1.²²

El principio de la nación más favorecida se aplica también a ventajas y privilegios escondidos e indirectos que favorecen sólo a mercancías procedentes de determinados países.²³

- 35 Existe una serie de excepciones al principio de la nación más favorecida. Entre ellas, son de especial relevancia las excepciones a favor de las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio (art. XXIV. 4-10).²⁴ De este modo, el GATT quiere honrar los beneficios que las asociaciones económicas regionales reportan al conjunto de la economía mundial. Las excepciones al principio de la nación más favorecida deben favorecer sólo a aquellas uniones aduaneras y zonas de libre comercio que abarquen, con respecto a aranceles y otras barreras al comercio, “lo esencial de los intercambios comerciales” (*substantially all the trade*) (art. XXIV. 8, letras a y b). De todas maneras, las zonas de libre comercio

²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 21.

²¹ V. *infra*, tema 10, nota al margen 5 b).

²² Informe del grupo especial, *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS 54, 55, 59, 64/R (1998), núm. 14.141

²³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS 139/AB/R (2000), num. 77 ss. Este asunto trata de la concesión de preferencias arancelarias para automóviles y partes de automóviles de productores extranjeros que disponían de una planta de producción doméstica; las preferencias se referían a productos de productores estadounidenses y se basaban en un acuerdo bilateral entre Canadá y los Estados Unidos.

²⁴ Kallmayer, A.: *Verbot und Rechtfertigung von Präferenzabkommen im GATT*, 2005; Bartels, L., Ortino, F.: *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, 2007.

y las uniones aduaneras tienen que incluir la mayor parte de los respectivos volúmenes comerciales. Si además tienen que abarcar todos los sectores económicos esenciales es una cuestión controvertida. El rápido crecimiento de zonas regionales de libre comercio (sobre todo en Europa, América del Norte, América del Sur y Asia) motivó la creación en 1996 del Comité para Acuerdos Regionales de Comercio (*Committee on Regional Trade Agreements - CRTA*). Este Comité vela por la compatibilidad de los acuerdos comerciales regionales con el Derecho de la OMC. En la actualidad, existen casi 200 acuerdos comerciales regionales y otros acuerdos que conceden un trato preferencial (*Preferential Trade Agreements - PTA*).

Para ilustrar la coexistencia y el entrelazamiento de zonas de libre comercio, uniones aduaneras y comunidades económicas, se suele recurrir a la metáfora de un plato de espagueti (*spaghetti bowl*).

En la práctica, la proliferación de acuerdos comerciales regionales y otros acuerdos comerciales de trato preferencial ha causado una notable erosión del principio de la nación más favorecida. Esta tendencia subraya la importancia de una reducción general de los aranceles, que neutralizaría en gran medida los privilegios inherentes en acuerdos preferenciales.

La ampliación del GATT en una parte IV (Comercio y Desarrollo), en 1965, permitió 36 incluir excepciones al principio de la nación más favorecida para los Estados en vías de desarrollo. Con ellas, se estableció la posibilidad de otorgar privilegios aduaneros generales a productos manufacturados y semielaborados procedentes de estos países.

Otra importante excepción al principio de la nación más favorecida es la cláusula de re- 37 nuncia (*waver clause*) del artículo XXV. 5. En virtud de este precepto, los Estados parte, con una mayoría de dos tercios, pueden conceder exenciones a determinados países, en forma de permisos especiales.

Sobre la base de esta autorización, se permitiría un trato preferente a favor de los Estados 38 en vías de desarrollo. Contraviniendo el principio de la nación más favorecida, estos países pueden obtener ventajas comerciales en forma de privilegios aduaneros. Los países en vías de desarrollo también pueden crear entre ellos, y sobre la base de condiciones menos exigentes, zonas de libre comercio y otros regímenes de relaciones comerciales privilegiadas. Fundamental a estos efectos es la Decisión de los Estados parte sobre “trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo” de 28 de noviembre de 1979,²⁵ que establece lo siguiente:

1. No obstante las disposiciones del Artículo primero del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable

²⁵ GATT, 26th Supp. BISD.; Yusuf, A.: “Differential and More Favourable Treatment: The GATT Enabling Clause”, JWT, 14/1980, pp. 488 ss.

a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes.

2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán:
 - (a) al trato arancelario preferencial concedido por partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en desarrollo de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencias;
 - (b) al trato diferenciado y más favorable con respecto a las disposiciones del Acuerdo General relativas a las medidas no arancelarias que se rijan por las disposiciones de instrumentos negociados multilateralmente bajo los auspicios del GATT;
 - (c) a los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las PARTES CONTRATANTES, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo;
 - (d) al trato especial de los países en desarrollo menos adelantados en el contexto de toda medida general o específica en favor de los países en desarrollo.

39 Las mercancías de los países en vías de desarrollo obtienen así una ventaja competitiva. Esta decisión de las Partes Contratantes supone una base duradera para un sistema general de preferencias arancelarias (*Generalized System of Preferences, GSP*), a favor de los países en vías de desarrollo. Sin embargo, la cláusula no permite una diferenciación entre países en vías de desarrollo que atribuya privilegios a sólo algunos de ellos.

40 Es por esta razón que el Acuerdo de Cotonú de 2000 entre la Comunidad (ahora Unión) Europea y sus Estados miembros, por un lado, y los llamados Estados ACP por el otro, mantiene una relación tensa con el GATT, como ya sucediera con los anteriores Acuerdos de Lomé. Fue necesario conseguir una autorización especial (*waiiver*) para el Acuerdo de Cotonú, que fue concedida para un plazo limitado, hasta 2007. El Acuerdo fue modificado en 2005 y 2010. Los Acuerdos de Partenariado Económico celebrados posteriormente con base en el Artículo 37 del Acuerdo de Cotonú entre la Unión Europea y con algunos Estados ACP y grupos de Estados debían ser formulados conforme al GATT. Frente a lo que sucede con los demás países en vías de desarrollo, los privilegios en términos de intercambio de mercancías que los nuevos Acuerdos confieren a los Estados ACP deben ser justificables sobre la base de las reglas aplicables a zonas de libre comercio (art. XXIV. 8 letra b GATT: “lo esencial de los intercambios comerciales”).²⁶

²⁶ Al respecto Zimmermann, A.: “Die neuen Wirtschaftspartnerschaftsabkommen der EU: WTO-Konformität versus Entwicklungsorientierung?”, *EuZW* 2009, pp. 1 ss.

Son países en vías de desarrollo los Estados “cuya economía sólo puede ofrecer a la población un bajo nivel de vida y que se halla en las primeras fases de su desarrollo” (art. XVIII.1 GATT). La clasificación como país en vías de desarrollo es un acto unilateral, que un miembro de la OMC ejecuta para sí mismo. Por lo general, esta autclasificación suele contar con la aquiescencia de los demás miembros. 41

El Derecho de la OMC confiere una posición especialmente favorable a los Estados que las Naciones Unidas reconocen como los países menos adelantados (*Least Developed Countries, LDCs*). A este grupo de países particularmente pobres, las obligaciones recogidas en los acuerdos multilaterales de la OMC se aplican sólo “en la medida compatible con las necesidades de cada uno de ellos en materia de desarrollo, finanzas y comercio o con sus capacidades administrativas e institucionales” (art. XI. 2 Acuerdo OMC). 42

b) Prohibición de discriminación (trato nacional)

aa) Artículo III. 1 GATT: El objetivo de condiciones iguales de competencia

El principio de no discriminación trato nacional, principio de *nacional treatment*) es uno de los pilares del GATT. Se encuentra consagrado en el artículo III y apunta al establecimiento de condiciones iguales para mercancías extranjeras y nacionales frente a impuestos y preceptos legales nacionales, que afecten a su distribución y venta en el sentido amplio de la palabra. El principio de no discriminación, que implica la igualdad de trato entre las mercancías nacionales y las importadas, no sólo sirve para equilibrar las oportunidades competitivas, sino también para reducir de forma efectiva las restricciones comerciales. Sobre la base de este principio, todas las barreras de acceso al mercado que se erijan (por ejemplo, en forma de impuestos o reglamentaciones) deben extenderse también a los productos domésticos. Esta regla contribuye a frenar la tendencia a establecer medidas con objetivos proteccionistas, que van contra la liberalización lograda a través de la reducción de los aranceles. 43

El artículo III. 1 se opone a la aplicación de reglamentaciones interiores con el objetivo de proteger productos nacionales. Según este precepto, las partes contratantes reconocen: 44

que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

El objetivo que subyace en el artículo III. 1 es la “igualdad de las condiciones de competencia para mercancías importadas con respecto a mercancías domésticas”.²⁷ Este objetivo sirve de guía para interpretar los siguientes párrafos del artículo III.

El principio de no discriminación se aplica también a mercancías no sujetas a los aranceles establecidos de conformidad con el Artículo II del GATT.²⁸

Se considera impuesto o ley interior en el sentido de este precepto toda regla que “se aplique al producto importado y al producto nacional similar y que haya de ser percibido o impuesto, en el caso del producto importado, en el momento o en el lugar de la importación” (Anexo I, nota interpretativa al Artículo III del GATT). Según esta nota interpretativa, las medidas interiores (como, por ejemplo, restricciones a la distribución y venta para proteger la salud pública o el medio ambiente) constituyen barreras al comercio cuando se aplican específicamente a la importación de mercancías y tienen un efecto restrictivo sobre ella.

Según la nota al Artículo III del GATT, las reglamentaciones interiores deben aplicarse a las respectivas mercancías, y no al proceso de su producción. Reglamentaciones que no conciernen al producto, sino al proceso de producción (por ejemplo, la prohibición de ciertos métodos de pesca, y restricciones a la distribución y venta apoyadas en ella), no se rigen por el artículo III, sino por el Artículo XI del GATT.²⁹

bb) Artículo III. 2 GATT: Trato igual con respecto a impuestos y otras cargas

- 45 El Artículo III. 2 del GATT extiende el principio de no discriminación a los impuestos y las otras cargas que graven la importación de mercancías desde el territorio de una parte contratante al territorio de otra parte contratante:

Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, 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 enunciados en el párrafo 1.

La primera frase rige el supuesto en que los productos extranjeros cumplen los estándares interiores del país receptor, volviéndolos “similares” a los productos nacionales (*like products*). La segunda frase prohíbe el proteccionismo, esto es, el trato desigual de

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 16.

²⁸ *Ibid.*, p. 16.

²⁹ Informe del Grupo Especial (no aprobado), *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, WT/DS29/R (1994), num. 5.8 ss.

productos “comparables”, es decir, de productos que compiten directamente entre sí para satisfacer la misma demanda o que, por su idoneidad para el mismo fin, son mutuamente sustituibles (*directly competitive or substitutable*). El trato desigual de tales productos comparables está prohibido cuando se fundamenta en motivos proteccionistas, es decir, cuando sirve para proteger una mercancía nacional (art. III. 2 y Anexo I al GATT, notas y reglas complementarias al art. III).³⁰

De la coexistencia de las dos reglas de comparación en el Artículo III. 2 del GATT se desprende que el requisito de “similitud” en la primera frase debe ser interpretado de manera estricta (dicho de otro modo, la mera competencia directa o la sustituibilidad entre productos no es suficiente para que sean “similares”).³¹ En cambio, una vez establecida la similitud de los productos en el sentido del Artículo III. 2, primera frase, del GATT, ya no es necesario comprobar si el trato desigual tiene el efecto de distorsionar la competencia o no.

Para determinar si unos productos son similares o no en el sentido del Artículo III. 2, primera frase, del GATT, se atiende sobre todo a los siguientes cuatro criterios:

- la naturaleza y las cualidades de los productos
- los usos a los que son destinados
- las actitudes y costumbres de los consumidores, y
- la clasificación arancelaria.³²

Aplicando estos cuatro criterios, el informe del grupo especial en el asunto *Mexico – Refrescos* concluyó que el azúcar de caña y el azúcar de remolacha usados en refrescos o jarabes son productos similares en el sentido del Artículo III. 2, primera frase, del GATT.³³

El uso de determinadas materias primas no es un criterio decisivo para la “similitud” de productos. Más bien, es determinante la relación de competencia entre los productos en cuestión (es decir, si son intercambiables o no en el respectivo mercado). En el asunto *Filipinas – Impuestos sobre aguardientes*, el Órgano de Apelación se pronunció en

³⁰ “Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto, y, por otra parte, un producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar”.

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), pp. 19 ss., en particular p. 21.

³² Informe del Grupo de Trabajo, *Ajustes fiscales en frontera*, BISD 185/97, párrafo 18 (1970); Informe del Órgano de Apelación, *Canada – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones* (1997), p. 20. El recurso a la clasificación aduanera como parámetro de comparación ha aparecido más tarde en la jurisprudencia, v. Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), pp. 20 ss. El Informe del Grupo Especial en el asunto *Mexico – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), num. 8.29, habla de “las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; sus usos finales en un mercado determinado; los gustos y hábitos del consumidor; y la clasificación arancelaria de los productos sobre la base del Sistema Armonizado”.

³³ Informe del Grupo Especial *Mexico – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), núm. 8.24. ss.

este sentido acerca de la discriminación tributaria entre aguardientes elaborados a partir de azúcar o de otras materias primas (en su gran mayoría, aguardientes importados):³⁴

Consideramos que, a pesar de las diferencias en las materias primas utilizadas para elaborar los productos, éstos pueden ser considerados ‘similares’, en el sentido del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994, si dichas diferencias no afectan a los productos finales. La primera frase del párrafo 2 del artículo III se refiere a los ‘productos similares’, no a las materias primas en que éstos se basan. Si las diferencias en las materias primas no modifican en lo fundamental la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de esas diferencias no impedirá necesariamente una constatación de ‘similitud’ en el marco del párrafo 2 del artículo III. Como hemos explicado *supra*, la determinación de lo que constituyen los ‘productos similares’ en el sentido del párrafo 2 del artículo III no se centra exclusivamente en las características físicas de los productos, sino que también se refiere a la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos. Consideramos, pues, que siempre que las diferencias entre productos, incluidas las diferencias en las materias primas en que éstos se basan, no modifiquen en lo fundamental la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de esas diferencias no impide a un grupo especial formular una constatación de ‘similitud’ si, al examinar todos los factores, puede llegar a la conclusión de que la relación de competencia entre los productos es tal que se justifica una constatación de ‘similitud’ en el marco del párrafo 2 del artículo III.

La relación de competencia pertinente entre productos nacionales e importados depende de las condiciones de mercado en el respectivo país. Diferencias significativas en un país (por ejemplo, entre el *cognac* y otros aguardientes en Francia, o entre biocombustibles y otros carburantes en un país especialmente sensible a la protección del medio ambiente) pueden ser irrelevantes en otros mercados nacionales. Así lo enfatizó el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas – Impuestos sobre aguardientes*.³⁵

La determinación de la ‘similitud’ en el sentido de la primera frase del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994 debe hacerse caso por caso. El hecho de que se considere que dos aguardientes son ‘productos similares’ en un mercado dado no significa necesariamente que se considerarían ‘productos similares’ en otro mercado. Por tanto, es concebible que el brandy y el whisky elaborados a partir de materias primas designadas y los elaborados a partir de materias primas no designadas puedan ser considerados ‘productos similares’ por los consumidores

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 125.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 168.

§ 10. El GATT y el nuevo sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

en el mercado filipino, pero no lo sean por los consumidores en otro mercado. Como hemos explicado más arriba, estimamos que un grupo especial, para establecer si dos productos son ‘similares’ en el sentido del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994, tiene que examinar la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos, que dependerán del mercado donde esos productos compiten.

Esta manera concreta de ver las cosas deja un espacio considerable para tomar en consideración la diversidad cultural. En la relación de competencia entre productos nacionales e importados, no solamente es relevante el comportamiento actual de los consumidores. Si fuera así, los impuestos discriminatorios, conducentes a precios prohibitivamente altos para las mercancías importadas, podrían, desde el principio, excluir la sustituibilidad. Por lo tanto, debe recurrirse a una demanda latente en caso de eliminación de la restricción al comercio, como lo explicó el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas – Impuestos sobre aguardientes*.³⁶

No estamos de acuerdo con Filipinas en que la segunda frase del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994 requiere *identidad* en la ‘naturaleza y frecuencia’ del comportamiento del poder de compras del consumidor. De ser así, la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales en un mercado dado sólo se determinaría por referencia a las preferencias *actuales* de los consumidores. Sin embargo, como el Órgano de Apelación mantuvo expresamente en *Corea – Bebidas alcohólicas*, ‘la relación exigida *puede* existir entre productos que no son, en un momento determinado, considerados por los consumidores como sustitutos uno del otro pero que, no obstante, *pueden* ser sustituidos el uno por el otro’.³⁷ Por tanto, requerir la identidad en la frecuencia y la naturaleza de las decisiones de compra de los consumidores, como sugiere Filipinas, no tendría suficientemente en cuenta la demanda *latente* de aguardientes importados en el mercado filipino.

Una cuestión controvertida es hasta qué punto los objetivos y efectos (*aims and effects*) de una medida que grava de manera desigual los productos nacionales e importados determinan la “similitud” de estos productos en el sentido del Artículo III. 2 (primera frase) del GATT. Por ejemplo, el nivel de emisiones nocivas de un producto (con los correspondientes efectos medioambientales) puede ser un criterio relevante para clasificar un producto. Cuando una medida de política comercial, teniendo en cuenta su objetivo y efecto típico, confiere ventajas significativas a productos nacionales, ello sirve como

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 218.

³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, núm. 114. (las cursivas figuran en el original).

indicio de su carácter proteccionista. Sólo la ponderación de posibles objetivos y efectos no proteccionistas puede “salvar” a tales restricciones al comercio.

En el asunto *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*,³⁸ el informe (no aprobado) del grupo especial analizó, entre otras cosas, la aplicación de impuestos más elevados sobre automóviles con un consumo particularmente alto de energía, para ahorrar energía y preservar combustibles fósiles (*gas guzzler tax*). Según el informe, ni el objetivo ni el efecto de esta tributación diferenciada dejaban entrever un motivo proteccionista y, por ello, esta medida constituía un criterio idóneo para distinguir entre productos. Consecuentemente, el informe llegó a la conclusión de que los automóviles con un consumo particularmente alto de energía, en comparación con vehículos energéticamente eficientes, no son productos similares en el sentido del Artículo III. 2, primera frase del GATT.

La jurisprudencia reciente se muestra crítica respecto de la toma en consideración de objetivos y efectos en la evaluación de la “similitud” en el marco del Artículo III. 2, primera frase del GATT. En el asunto *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, el informe del grupo especial advirtió de los excesivos márgenes de interpretación que se abren a través de este criterio. El informe del grupo consideró, además, que, al distinguir según objetivos y efectos, se elude el catálogo de justificaciones admisibles del Artículo XX del GATT.³⁹

El informe del grupo especial en el asunto *México – Refrescos y otras bebidas* resume el esquema para examinar la compatibilidad de una medida con el Artículo III. 2, segunda frase, del GATT, de la siguiente manera:⁴⁰

para determinar si una medida fiscal es incompatible con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III deben examinarse tres elementos distintos: i) si los productos en cuestión son directamente competidores o pueden sustituirse directamente entre sí; ii) si los productos directamente competidores ‘no están sujetos a un impuesto similar’; y iii) si los impuestos diferentes se aplican ‘de manera que se proteja la producción nacional’.

El Artículo III. 2, segunda frase, del GATT establece, por tanto, tres condiciones para que un trato desigual resulte inadmisibles:

- la existencia de una relación de competencia inmediata o de sustituibilidad entre los productos comparados, dado que son destinados a los mismos usos;
- que la medida grave los productos nacionales en bastante menor medida que los importados;

³⁸ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*, DS31/R (1994), núm. 5.24-5.26.

³⁹ Informe del Grupo Especial *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/R (1996), núm. 6.16. En el mismo sentido, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 18.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), núm. 8.66.

- que la carga desigual tenga un efecto proteccionista a favor del producto nacional.⁴¹

Se desprende de la nota al Artículo III.2 del GATT que la aptitud de los productos de ser usados para el mismo fin es decisiva para juzgar si son comparables. En particular, la idoneidad para servir el mismo fin (existencia de una relación competitiva) puede derivarse de precios suficientemente elásticos para que los productos se vuelvan sustituibles.⁴² Una vez que conste de forma objetiva que la carga desigual en cuestión favorece a un producto nacional, ya no importan los motivos para el trato desigual.

A veces, la distinción entre la primera y la segunda frase del Artículo III.2 del GATT es bastante sutil. Así, fueron clasificados como productos similares, en el sentido de la primera frase, el vodka y el licor japonés *shochu*. Por otro lado, el whisky, el brandy y otros licores destilados fueron clasificados como productos comparables en el sentido de la segunda frase.⁴³ Japón gravaba el *shochu* con impuestos menos elevados que los otros licores.

El criterio determinante para distinguir entre “similitud” en el sentido del Artículo III.2, primera frase, del GATT y la relación exigida por el Artículo III.2, segunda frase, del GATT, es la cercanía entre los respectivos productos en términos de competencia (“relación de competencia”), y con ello, el grado de sustituibilidad. Productos que son completamente, o aproximadamente, sustitubles son “similares” en el sentido de la primera frase, mientras que productos con un menor grado de sustituibilidad caen en el ámbito de la segunda frase. Así lo aclaró el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas – Impuestos sobre aguardientes*.⁴⁴

Observamos que tanto el análisis de la ‘similitud’ en el marco de la primera frase del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994 como el análisis de la competitividad o posibilidad de sustitución en el marco de la segunda frase de dicho párrafo exigen un examen de la relación de competencia entre los productos nacionales e importados. Sin embargo, la categoría de ‘similares’ es más restringida que la de ‘directamente competidores o que pueden sustituirse directamente’ entre sí. Por consiguiente el grado de competencia y posibilidad de sustitución que prescribe la primera frase del párrafo 2 del artículo III debe ser mayor al que prescribe la segunda frase de ese mismo párrafo. (...) En la diferencia *Corea – Bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación observó que “[l]os ‘productos similares’ son una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí”, por lo que “los productos perfectamente sus-

⁴¹ Informe del Grupo Especial *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/R (1996), núm. 6.33. El criterio del efecto proteccionista (“de manera que se proteja la producción nacional”) se encuentra en el Artículo III.1 del GATT (al final).

⁴² *Ibid.*, p. 25.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996).

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011)

tituibles entre sí están comprendidos en la primera frase del párrafo 2 del artículo III”, mientras que “los productos imperfectamente sustituibles entre sí pueden considerarse comprendidos en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.⁴⁵

“Consideramos (...) que, en el marco de la primera frase, pueden ser ‘productos similares’ aquellos que son casi perfectamente sustituibles entre sí, mientras que los productos que compiten en menor grado estarían comprendidos en el ámbito de la segunda frase”.⁴⁶

cc) Artículo III. 4 GATT: principio general de no discriminación

- 46 El artículo III. 4 prescribe el trato nacional para los productos extranjeros que son “similares” a productos nacionales:

Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior.

Dado que el objetivo general del Artículo III. 4 del GATT es contrarrestar distorsiones de la competencia que favorezcan a productos nacionales (art. III.1 GATT), se trata, sobre todo, de establecer si los productos nacionales y extranjeros en cuestión compiten en el mismo mercado. Por consiguiente, en el Artículo III. 4 del GATT (a diferencia del artículo III. 2, primera frase), la existencia de una relación competitiva directa y la sustituibilidad de los productos influyen de manera determinante en la decisión de si son “similares”. Respecto a productos “similares”, el ámbito de aplicación que la jurisprudencia del Órgano de Apelación le atribuye al artículo III. 4 es más amplio que el del artículo III. 2, primera frase del GATT. De hecho, el Órgano de Apelación incluye supuestos de comparación en el sentido del artículo III. 2, segunda frase, sin atribuir a esta decisión un carácter definitivo:⁴⁷

concluimos que el alcance del término ‘similares’ empleado en el párrafo 4 del artículo III es más amplio que el del término ‘similares’ de la primera frase de su párrafo 2. No obstante, señalamos (...) que el párrafo 2 del artículo III no sólo abarca los ‘productos... similares’, sino también los productos que sean ‘directa-

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 148

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 149.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), núm. 99.

§ 10. El GATT y el nuevo sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

mente competidor[es] o que pueda[n] sustituirlo[s] directamente' mientras que el párrafo 4 sólo abarca los 'productos similares'. Habida cuenta de esta diferencia en el lenguaje empleado, y aunque no tenemos que resolver, y no resolvemos, acerca del alcance preciso del párrafo 4 del artículo III en lo que a los productos se refiere, concluimos que ese alcance, aunque es más amplio que el de la *primera* frase del párrafo 2 del artículo III, ciertamente *no* es más amplio que el alcance *combinado*, en lo que se refiere a los productos, de las *dos* frases del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994.

De todas maneras, supuestos "similares" en el sentido del artículo III. 2, primera frase, constituyen el núcleo del concepto de "similitud" en el artículo III. 4 (aunque es de reconocer que éste último tiene un ámbito más amplio). Por consiguiente, el Órgano de Apelación se centra en los mismos cuatro criterios relevantes en el marco del artículo III. 2, primera frase:⁴⁸

Señalamos que estos cuatro criterios comprenden cuatro categorías de 'características' que pueden compartir los productos de que se trata: i) las propiedades físicas de los productos; ii) la medida en que los productos pueden destinarse a los mismos usos finales o a usos finales similares; iii) la medida en que los consumidores perciben y tratan a los productos como distintos medios posibles de cumplir determinadas funciones a fin de satisfacer una necesidad o demanda determinada, y iv) la clasificación internacional de los productos a efectos arancelarios.

En el asunto *Comunidad Europea – Amianto*, el Órgano de Apelación destacó que los riesgos para la salud generados por la estructura física de un producto suponen un criterio relevante de distinción que puede excluir la "similitud" de productos.

El objeto de la controversia era una prohibición de distribuir y vender fibras y productos de fibras de amianto en Francia, que se fundamentó en las cualidades cancerígenas de estas últimas. Canadá hizo valer que las fibras de amianto y otras fibras sin amianto (fibras ACV) que se utilizan para los mismos fines fueran "similares". El Órgano de Apelación refutó este argumento, poniendo de relieve la relación entre las propiedades cancerígenas y las actitudes de los consumidores:⁴⁹

(...) los elementos de prueba relativos a los gustos y hábitos del consumidor demostrarían que los riesgos para la salud asociados con las fibras de amianto crisotilo influyen en el comportamiento del consumidor ante las diferentes fibras de que se trata. Observamos, por lo que se refiere a las *fibras de amianto crisotilo* y *de ACV*, que el consumidor de las fibras es un *fabricante* que las incorpora en

⁴⁸ *Ibid.*, núm. 101.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), núm. 122.

otros productos, tales como productos de cemento o guarniciones de frenos. No queremos especular acerca de lo que los elementos de prueba referentes a estos consumidores habría indicado; deseamos en cambio destacar que los gustos y hábitos de los consumidores relativos a las *fibras*, incluso cuando se trate de empresas comerciales, por ejemplo, manufactureras, estarán conformados muy probablemente por los riesgos para la salud asociados con un producto que se sabe que es altamente carcinógeno. Un fabricante no puede, por ejemplo, hacer caso omiso de las preferencias del consumidor final de sus productos. Si los riesgos creados por un producto determinado son suficientemente grandes, el consumidor final puede simplemente abstenerse de comprarlo en lo sucesivo. Esto afectaría, sin duda alguna, a las decisiones de los fabricantes en el mercado. Además, en el caso de productos que crean riesgos para la salud humana, estimamos probable que influyan en las decisiones de los fabricantes otros factores, tales como las posibles responsabilidades civiles que puedan derivarse de la comercialización de productos que crean ese riesgo para el consumidor final, o los costos adicionales de los procedimientos de seguridad necesarios para utilizar tales productos en el proceso de fabricación (...).

La toma en consideración de las preocupaciones de los consumidores por temas de salud coincide con la justificación prevista en el artículo XX, letra b. Sin embargo, el criterio de la “similitud” concierne a la relación competitiva entre mercancías y no a la justificación de restricciones unilaterales del comercio impuestas por un miembro de la OMC.⁵⁰

El uso de las actitudes y costumbres de los consumidores en un mercado nacional como criterio de distinción entre productos puede proporcionar una ventaja local a ciertos productos, pero siempre en la medida en que no equivalga a una distorsión palpable de la competencia. Se trataría, simplemente, de una expresión de la diversidad de las culturas en las cuales los mercados nacionales se encuentran incardinados.

- 47 Existe una discriminación prohibida (un trato menos favorable) cuando una medida deteriora la situación competitiva de los productos extranjeros frente a los productos nacionales en el mercado relevante y, al mismo tiempo, brinda protección a la producción nacional.⁵¹ En su informe sobre el asunto *Corea – Medidas afectando a las importaciones de carne fresca y refrigerada y carne congelada de res*, el Órgano de Apelación se pronunció acerca de un sistema dual de ventas para alimentos nacionales e importados:

(...) la medida coreana separa formalmente la venta de carne vacuna importada y de la carne vacuna nacional. Sin embargo, esa separación formal, *en sí y de por sí*, no impone necesariamente la conclusión de que el trato así otorgado a la carne

⁵⁰ *Ibid.*, núm. 115.

⁵¹ *Ibid.*, núm. 100.

vacuna importada sea menos favorable que el trato otorgado a la carne vacuna nacional. Para determinar si el trato dado a la carne vacuna importada es menos favorable que el dado a la carne vacuna nacional debemos (...) averiguar si el sistema dual de venta al por menor que Corea aplica a la carne vacuna modifica o no las *condiciones de competencia* en el mercado coreano de la carne vacuna en desventaja del producto importado.⁵²

El principio de no discriminación se aplica tanto a las desventajas que afecten a las mercancías extranjeras de manera directa, como a los tratos desiguales indirectos.

Un ejemplo de trato desigual que afecta a la competencia entre productos es una reglamentación que requiere la aplicación de un sello fiscal en paquetes de cigarrillos, bajo la supervisión de las autoridades fiscales del país importador. Una medida de este tipo implica costes adicionales para comercializar cigarrillos importados y perjudica las ventas de los mismos (asunto *República Dominicana – Cigarrillos*).⁵³

dd) Excepciones al principio de no discriminación

Las excepciones generales recogidas en el Artículo XX del GATT (especialmente en 48 las letras b y g) son de gran importancia a la hora de justificar medidas discriminatorias.

c) Desmantelamiento de derechos aduaneros y obstáculos no tarifarios al comercio

El objetivo de los principios de la nación más favorecida y de no discriminación es crear 49 condiciones iguales de competencia en términos de acceso a los mercados. En cambio, otros principios rectores apuntan directamente a la liberalización del tráfico económico mundial o al desmantelamiento de obstáculos al comercio.

El principio de admitir barreras al comercio sólo en forma de aranceles (supresión de 50 obstáculos no tarifarios, máxima *Tariffs only*) persigue ese último objetivo.

aa) Desmantelamiento de derechos aduaneros

Las primeras rondas comerciales del GATT tenían como objeto, principalmente, las reducciones arancelarias. Los resultados de estas negociaciones se plasmaron en las denominadas listas de compromisos, que son parte integrante de la parte I del GATT en virtud de su artículo II. 7. Para el acceso a los mercados, los compromisos en materia de aranceles y otras cargas relacionadas a la importación que se encuentran en las listas

⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Medidas afectando a las importaciones de carne fresca y refrigerada y carne congelada de res*, WT/DS 161/AB/R (2000), núm. 144.

⁵³ Informe del Grupo Especial *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS 302/R (2004), núm. 7.195 ss.

de compromisos de cada una de las Partes contratantes son de suma importancia (art. II. 1, letra b). Los aranceles previstos para cada una de las mercancías constituyen límites superiores (*bound tariffs*). En la práctica, los límites superiores suelen no aplicarse, y con mucha frecuencia, los aranceles aplicados resultan sustancialmente más bajos.

La llamada “nomenclatura”, a través de una clasificación altamente ramificada, engloba todas las mercancías imaginables. La clasificación se inspira en el “sistema armonizado” de la Organización Mundial de Aduanas.

La Declaración Ministerial sobre el comercio de productos de tecnología de información de 1996 prevé una amplia exención arancelaria para ciertos productos de tecnología de la información.⁵⁴

bb) Eliminación de obstáculos no tarifarios al comercio: Prohibición de restricciones comerciales relativas a la importación o la exportación

51 En el ámbito del GATT, las barreras comerciales no tarifarias se consideran obstáculos al comercio sospechosos, que se pretenden evitar. Entre estas barreras no tarifarias, se encuentran restricciones que no consisten en aranceles aduaneros, ni en exacciones de efecto equivalente, como, por ejemplo, las restricciones cuantitativas, las subvenciones, las normas técnicas o los procedimientos aduaneros abusivos. Con la creciente reducción de aranceles, muchos Estados han intentado utilizar medidas no tarifarias como instrumentos proteccionistas, incluso cuando muchas de ellas no persiguen objetivo de política económica alguno (por ejemplo, estándares técnicos para los automóviles en aras de la seguridad o de la protección del medio ambiente).

52 En el trasfondo del rechazo de los obstáculos no tarifarios se encuentra la idea de que los aranceles aduaneros (y otras exacciones equivalentes) son más fáciles de vigilar, controlar y comparar que otras barreras comerciales. Esto facilita las negociaciones multilaterales sobre la reducción de los aranceles aduaneros y las exacciones de efecto equivalente.

Una obligación específica de convertir obstáculos no tarifarios en aranceles (*tarification*) se encuentra en el Artículo 4.2 del Acuerdo sobre Agricultura.

53 Aun partiendo de que las barreras no tarifarias no son deseables, el GATT no las prohíbe con carácter general. Sólo las restricciones cuantitativas son objeto de una prohibición general (art. XI). Complementariamente, el principio de no discriminación del artículo III sanciona las barreras no tarifarias, apostando por la igualdad de trato de las mercancías importadas y las nacionales.

El artículo XI. 1 prohíbe de manera global las restricciones cuantitativas a la importación y la exportación:

⁵⁴ WT/MIN(96)/16.

Ninguna parte contratante 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 otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.

Las medidas relativas a las importaciones se consideran restricciones en el sentido del Artículo XI.1 del GATT si, en atención a su estructura concreta y aplicación práctica, impiden el acceso al mercado, aumentan significativamente los costes de transacción o crean inseguridad jurídica, teniendo un efecto disuasorio sobre las importaciones (por ejemplo, a través de condiciones indeterminadas para la obtención de autorizaciones oficiales o de una práctica administrativa imprevisible). Así se pronunció el informe del grupo especial en el asunto *Colombia – Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*:

...varios grupos especiales del GATT y la OMC han reconocido que el párrafo 1 del artículo XI es aplicable a medidas que crean incertidumbre y afectan a los planes de inversión, restringen el acceso de las importaciones a los mercados o hacen que la importación sea prohibitivamente costosa, circunstancias todas que tienen repercusiones en la posición competitiva de un importador. Parece, además, que las constataciones formuladas en cada uno de esos casos se basaron en el diseño de la medida y en la posibilidad de que afectara adversamente a la importación, y no en un análisis autónomo de la repercusión efectiva de la medida en las corrientes comerciales.⁵⁵

El GATT somete a un control estricto las restricciones aplicables a las importaciones. Los 54 exigentes estándares de justificación dejan poca libertad a los miembros de la OMC. Sin embargo, los miembros tienen carta blanca en lo que concierne a restricciones interiores de acceso al mercado, que pueden incluso extender a productos importados. En este caso, sólo tienen que observar el principio de no discriminación del artículo III. Por consiguiente, la distinción entre restricciones al comercio (que el Artículo III del GATT permite en tanto que respeten el principio de no discriminación) y restricciones a las importaciones (que el Artículo XI del GATT prohíbe con carácter general) es de suma importancia.⁵⁶

Al respecto, la nota interpretativa al Artículo III del GATT deja claro que la aplicación de medidas interiores a productos importados se rige por el Artículo III (y no por el artículo XI) del GATT:

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, *Colombia – Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*, WT/DS 366/R (2009), núm. 7. 240.

⁵⁶ Al respecto Vranes, E.: “The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services”, *JIEL* 12 (2009), pp. 953 ss.

Todo impuesto interior u otra carga interior, o toda ley, reglamento o prescripción de la clase a que se refiere el párrafo 1, que se aplique al producto importado y al producto nacional similar y que haya de ser percibido o impuesto, en el caso del producto importado, en el momento o en el lugar de la importación, será, sin embargo, considerado como un impuesto interior u otra carga interior, o como una ley, reglamento o prescripción de la clase mencionada en el párrafo 1, y estará, por consiguiente, sujeto a las disposiciones del artículo III.

Según la nota interpretativa al Artículo III del GATT, aquel precepto se aplica sólo a restricciones al comercio cuyo objeto son *productos*.⁵⁷ En cambio, restricciones a raíz del proceso de producción empleado (*production and process methods, PPMs*) se rigen por la prohibición del Artículo XI. 1 del GATT. Las restricciones al comercio con base en métodos de producción sirven, sobre todo, como instrumento para proteger el medio ambiente (por ejemplo, especies amenazadas u otros recursos naturales).⁵⁸

En consecuencia, restricciones generales a la distribución y venta de determinadas mercancías no son prohibidas de forma general por el GATT. No obstante, el principio de no discriminación del artículo III. 4 requiere que las restricciones existentes se apliquen de igual manera a productos nacionales e importados.

A diferencia del Derecho de la Unión Europea (art. 34 TFUE), el GATT no contiene ninguna prohibición con carácter general, de restricciones al tráfico transfronterizo de mercancías. En cuanto a medidas no discriminatorias, tampoco exige una justificación a la luz de intereses públicos universalmente reconocidos y del principio de proporcionalidad. En este sentido, se puede afirmar que el GATT no protege el acceso ilimitado, sino el acceso no discriminatorio al mercado para productos importados. Por su parte, los Acuerdos sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF⁵⁹) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC⁶⁰) contienen estándares más exigentes que prohíben, con carácter general, restricciones desproporcionadas.

Una prohibición de comercializar productos alcohólicos basada en motivos religiosos no sería compatible ni con el GATT ni con el acuerdo MSF. En cambio, una prohibición basada en razones de salud pública se regiría por el Acuerdo MSF.

- 55 También se prevén numerosas reglas especiales que relativizan esta prohibición. El Artículo XI.2 GATT enumera una serie de excepciones. De acuerdo con el Artículo XI.2, letra a, GATT, la prohibición del Artículo XI.1 GATT no se aplicará a "(p)rohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora".

⁵⁷ V. *supra*, n. marg. 44.

⁵⁸ V. *infra*, n. marg. 62 ss.

⁵⁹ V. *infra*, tema 10, nota al margen 8.

⁶⁰ V. *infra*, tema 10, nota al margen 9.

Esta excepción ganó en importancia como consecuencia de la disputa sobre las medidas adoptadas por la República Popular de China para restringir las exportaciones de determinadas materias primas utilizadas en varias industrias (*China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*).⁶¹ La excepción sólo permite restricciones “temporales” y, por ende, sólo es aplicable en caso de escasez temporal de determinadas mercancías (por ejemplo, debido a una catástrofe natural). La preservación permanente de minerales y otros recursos naturales agotables sólo se puede justificar con base en el Artículo XX, letra g, del GATT. Al resumir el contenido de la excepción del Artículo XI.2, letra a, del GATT, el informe del grupo especial en el asunto *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* le dio una interpretación muy restrictiva:

El párrafo 2 a) del artículo XI permite aplicar restricciones o prohibiciones ‘temporalmente’ para hacer frente a una ‘escasez aguda’ de ‘productos esenciales’. El Grupo Especial ha concluido que un producto puede ser ‘esencial’ en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XI cuando es ‘importante’ o ‘necesario’ o ‘indispensable’ para un Miembro en particular. Esto puede incluir un producto que sea un insumo para un producto o industria importantes. Para determinar si un producto en particular es ‘esencial’ para un Miembro es preciso tener en cuenta las circunstancias específicas que prevalecen en este Miembro en el momento en que éste trata de justificar una restricción o prohibición al amparo del párrafo 2 a) del artículo XI. El Grupo Especial ha concluido que la expresión ‘escasez aguda’ que figura en el párrafo 2 a) del artículo XI alude a situaciones o eventos que son graves o que provocan crisis y que pueden prevenirse o remediarse mediante la aplicación de medidas con carácter ‘temporal’, y no indefinido o permanente.⁶²

Otra excepción importante la constituye el Artículo XII del GATT. Esta norma autoriza restricciones a la importación para proteger la balanza de pagos.

6. Estándares de justificación de los obstáculos al comercio

Bibliografía recomendada: Bartels, L.: “Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction. The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights”, *JWT*, 36/2002, pp. 353 y ss.; Eisenhut, D.: Sovereignty. National Security and International Treaty Law, AVR 48/2010, pp. 437 y ss.; Hahn, M. J.: “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, *Michigan Journal of International Law*, 12/1991, pp. 558 ss.; *id.*: “Balancing or Bending? Unilateral Reactions to Safeguard Measures”, *JWT* 39/2005, pp. 301 y ss.; Lee, Y. –S.: *Safeguard Measures in*

⁶¹ Informe del Grupo Especial, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS 394 & 395 & 398/R (2011).

⁶² Informe del Grupo Especial, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS 394 & 395 & 398/R (2011), núm. 7.354.

World Trade Law: The Legal Analysis, 2004; Makatsch, T.: *Gesundheitsschutz im Recht der WTO*, 2004; Neumann, J., Türk, E.: “Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After Korea-Beef, EC-Asbestos and EG-Sardines”, *JWT*, 37/2003, pp. 199 ss.

a) Excepciones generales del Artículo XX del GATT: presentación general y cuestiones principales

- 56 Junto a las excepciones especiales para reglas individuales, el GATT contiene una serie de excepciones que se refieren, con carácter general, a las obligaciones derivadas del Tratado. Las de más amplio alcance son las excepciones generales del artículo XX.
- 57 El Artículo XX del GATT contiene un catálogo de excepciones mediante las cuales se pueden justificar determinadas medidas restrictivas. Este catálogo incluye a:
- medidas para proteger la moral pública (letra a),
 - medidas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (letra b),
 - medidas relativas a la importación o a la exportación de oro o plata (letra c),
 - medidas necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error (letra d),
 - medidas relativas a los artículos fabricados en las prisiones (letra e),
 - medidas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico (letra f),
 - medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales (letra g),
 - medidas adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de acuerdos sobre productos básicos (letra h),
 - medidas que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización (letra i), y
 - medidas esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local (letra j).

Desde una perspectiva lingüística, los casos de excepción del artículo XX, letras a, b, y d, se encuentran mucho más claramente definidos en las versiones (auténticas) inglesa y castellana que en la traducción oficial alemana, porque aquellas hablan de medidas “necesarias para...” donde la versión alemana habla de medidas “para proteger...”.

La justificación de medidas restrictivas del comercio sobre la base del catálogo del artículo XX se apoya siempre en la cláusula general que encabeza el precepto (*chapeau* de la excepción): “...que no se apliquen las medidas...en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”.

La posible justificación de restricciones comerciales sobre la base del Artículo XX del GATT debe fundamentarse, en primer lugar, en las excepciones reglamentadas en las letras a) a j). En principio, las restricciones comerciales que se correspondan con una de estas excepciones son justificables.

Según la decisión del Órgano de Apelación en el asunto Camarón-Tortugas (*Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*), el *chapeau* es, a fin de cuentas, una expresión del principio de buena fe y de la prohibición del ejercicio abusivo de derechos. Reflejando el conflicto entre intereses comerciales opuestos, las condiciones derivadas de este principio para justificar obstáculos al comercio pretenden establecer un balance adecuado entre obligaciones convencionales y excepciones. La justificación de una medida basada en la reserva general del artículo XX sólo puede ser denegada si la misma se fundamenta en una concepción discriminatoria o se aplica de manera abusiva o arbitraria (lo que incluye a medidas desproporcionadas):

El preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe. Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, de forma razonable. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado. Habiendo dicho esto, nuestra labor en este caso consiste en interpretar el texto del preámbulo, buscando una orientación interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional. (...)

La tarea de interpretar y aplicar el preámbulo equivale esencialmente, por lo tanto, a la delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción al amparo del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el artículo XI) del GATT de 1994, de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprimirá el otro y de esa forma distorsionará, anulará o menoscabará el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido en ese Acuerdo. La ubicación de la línea de equilibrio conforme se expresa en el preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos.⁶³

61 Tales abusos pueden manifestarse, por ejemplo, mediante la imposición completamente intransigente de estándares nacionales o la negativa a entablar negociaciones con miras a encontrar un balance adecuado de intereses.⁶⁴ En cuanto a medidas que pretenden proteger intereses reconocidos (por ejemplo, limitar los gastos administrativos), una discriminación entre mercancías nacionales y extranjeras es inadmisibles si hay alternativas razonables, aceptables y menos incisivas que puedan evitar o reducir el efecto discriminatorio.⁶⁵ Pero hasta las restricciones al comercio que no tienen carácter discriminatorio deben tener una justificación sobre la base del artículo XX que contiene el principio de proporcionalidad.

62 La decisión del Órgano de Apelación (*Appellate Body*) de la OMC, en el Asunto Camarón-Tortugas,⁶⁶ es fundamental para concretar el significado de las excepciones del artículo XX en lo que atañe a restricciones comerciales no directamente referidas a mercancías.

En este asunto, se trataba de una controversia entre varios países asiáticos y los Estados Unidos acerca de la prohibición estadounidense de importar camarones (y productos derivados de éstos) a causa de la utilización de métodos de captura que los Estados Unidos desaprobaban. El rechazo de estos métodos y la consiguiente prohibición de importar se basaban en el peligro que corrían las tortugas marinas al utilizar estos métodos de pesca del camarón.

⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núm. 158 ss.

⁶⁴ Así sobre medidas en interés de la protección de especies animales amenazadas v. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núm. 166 ss.

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS 2/AB/R (1996).

⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM, 38/1999, pp. 118 ss.

La restricción comercial no se dirigía aquí contra un producto como tal, sino más bien contra el proceso de producción, los denominados “PPM” (*Production and Process Methods*). Restricciones al comercio con base en los PPM se emplean, sobre todo, en interés de la protección del medio ambiente (por ejemplo, para proteger especies amenazadas u otros recursos naturales). Estas restricciones suelen tener una dimensión extraterritorial, ya que pretenden proteger (entre otras cosas) bienes que se encuentran en otros Estados o en alta mar, o bienes colectivos (como la atmósfera terrestre). Dicha dimensión extraterritorial plantea problemas complejos en el campo de la justificación de restricciones comerciales, particularmente en materia de protección del medio ambiente. Este tipo de restricciones, que persiguen establecer determinados estándares de producción, es especialmente controvertido, ya que agravan las distorsiones de la libre competencia en perjuicio de los países en vías de desarrollo, a causa de los costes asociados a ellas. En las decisiones adoptadas en el marco del antiguo GATT, los grupos de expertos se mostraron bastante reacios a una posible justificación de este tipo de medidas en aras de la protección del medio ambiente.⁶⁷ De esta jurisprudencia se apartó el Órgano de Apelación en el asunto Camarón-Tortugas (*Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*), que siguió al informe del grupo especial en el segundo Asunto Atún (*Estados Unidos – Atún/Delfines II*).⁶⁸ Según esta decisión, las restricciones de importaciones con base en métodos y procesos de producción son, generalmente, idóneas para constituir medidas de preservación de recursos naturales agotables en el sentido del artículo XX, letra g.⁶⁹ Este pronunciamiento permite afirmar un cambio de tendencia, que permitiría establecer obstáculos al comercio para imponer determinados estándares de protección medioambiental.

b) Medidas para proteger la moralidad pública (art. XX, letra a del GATT)

Los miembros disponen de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de concretar la noción de “moral pública” (*public morals*), ya que el contenido de este concepto depende de una serie de factores variables en el tiempo y el espacio, como los valores sociales, culturales, éticos y religiosos predominantes en un país. Así es como el informe del grupo especial en el asunto *Estados Unidos – Juegos de Azar* entendió el precepto paralelo en el GATS (art. XIV letra a).⁷⁰ El Órgano de Apelación, en el asunto *China – Publicaciones*

⁶⁷ V., por ejemplo, los informes en el primer Asunto Atún (*Estados Unidos – restricciones en la importación de atún*), DS 21/R-39S/155 (1991), núm. 5.24 ss. ILM, 30/1991, p. 1594, núm. 5.24 ss.

⁶⁸ Informe del Grupo Especial en el segundo Asunto Atún, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún II*, DS 29/R (1994), ILM 33 (1994), p. 839, núm. 5.20.

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núm. 121 ss., 141.

⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), núm. 6.461, 6.465.

y *productos audiovisuales de esparcimiento*, compartió esta interpretación de la noción de “moral pública” a efectos del artículo XX, letra a, del GATT.⁷¹

c) Medidas para proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales (art. XX, letra b del GATT)

- 65 La excepción “medidas para proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales” permite prohibir importaciones y aplicar otras restricciones al comercio con base en las propiedades nocivas de una mercancía (art. XX, letra b). Sobre esta base se pueden imponer, por ejemplo, restricciones a la comercialización de gasolina, destinadas a limitar la contaminación del aire,⁷² o se pueden prohibir importaciones de materiales nocivos, como productos de amianto.⁷³

No está claro si un Estado puede también invocar el artículo XX, letra b, para proteger la vida y la salud en el país de origen de una mercancía. A favor de tal interpretación, conviene resaltar el alcance extraterritorial del precepto paralelo del Artículo XX, letra g, del GATT, que pretende proteger los recursos naturales agotables.⁷⁴ Este argumento tiene fuerza por lo menos en cuanto a la imposición de estándares universales de derechos humanos (por ejemplo, la prohibición del trabajo infantil y de otras condiciones indignas de trabajo).

- 66 La excepción de la letra b del artículo XX (“Medidas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”) provoca problemas especiales en los casos en que entran en confrontación diferentes filosofías normativas sobre la forma de tratar con riesgos reales o presuntos en el empleo de tecnologías controvertidas. Un

⁷¹ ILM 49/2010, pp. 519 ss.; Informe del Grupo Especial, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R (2009), núm. 7.759: “Observamos que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos – Juegos de azar examinaron el sentido de la expresión ‘moral pública’ como se utiliza en el apartado a) del Artículo XIV del AGCS, que es la disposición del AGCS que corresponde al apartado a) del artículo XX. El Grupo Especial encargado de ese asunto, en una interpretación que no cuestionó el Órgano de Apelación, constató que “la expresión ‘moral pública’ denota normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación”.⁵³⁹ El Grupo Especial dijo también que “el significado de esos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio, en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan”.⁵⁴⁰ El Grupo Especial señaló a continuación que al aplicar conceptos sociales similares, “debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de ‘moral pública’ ... en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores”.⁵⁴¹ Dado que el apartado a) del artículo XX utiliza el mismo concepto que el apartado a) del artículo XIV, y puesto que no vemos ninguna razón para desviarnos de la interpretación de la expresión ‘moral pública’ elaborada por el Grupo Especial en el asunto Estados Unidos – Juegos de azar, adoptamos la misma interpretación a efectos de nuestro análisis del apartado a) del artículo XX”.

⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* WT/DS 2/AB/R (1996), núm. 155 ss.

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001).

⁷⁴ V. *infra*, tema 10, nota al margen 7, letra e).

especial potencial conflictivo presentan los cálculos diferentes para valorar los posibles escenarios de daños respecto de cursos causales empíricamente no comprobados. El Acuerdo MSF contiene, para las medidas sanitarias y fitosanitarias, unas obligaciones de motivación que, una vez satisfechas, hace que las propias medidas se consideren también conformes con el GATT (particularmente, con su artículo XX, letra b).⁷⁵ El Acuerdo OTC contiene reglas especiales sobre preceptos técnicos que obstaculizan el comercio. En lo que concierne a la salud y la seguridad de las personas, los animales y los vegetales, el Acuerdo OTC coincide en gran medida con el Artículo XX, letra b, del GATT.⁷⁶ El GATT y los acuerdos multilaterales complementarios dejan un margen considerable para el control preventivo del riesgo. Sin embargo, someten la gestión del principio de cautela a estándares objetivables, teniendo en cuenta que todo conocimiento científico debe considerarse susceptible de ser refutado.

En relación con las medidas para proteger la salud, un miembro puede alegar riesgos patológicos científicamente comprobados, de acuerdo con el artículo XX, letra b, sin necesidad de que el riesgo deba ser cuantificado de forma más concreta.⁷⁷ El nivel de protección de la salud anhelado se sitúa –respecto de un curso causal determinado– en el margen de decisión de cada miembro de la OMC.⁷⁸ 67

d) Medidas para lograr la observancia de leyes y reglamentos (art. XX, letra d del GATT)

El Artículo XX, letra d, del GATT permite adoptar medidas necesarias para la aplicación de preceptos compatibles con el GATT (por ejemplo, leyes o reglamentos en materia aduanera o tributaria, o relativos a la protección de las patentes). Las medidas en cuestión serán examinadas con base en dos criterios, a saber, el propósito de la medida (lograr la observancia de normas *per se* compatibles con el GATT), y la proporcionalidad.⁷⁹ El examen de proporcionalidad procedente en estos casos permite a los miembros un cierto margen de apreciación: porque la calificación de una medida como “necesaria” (...) entraña en cada caso un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores entre los que figuran principalmente la contribución de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o 68

⁷⁵ V. *infra*, tema 10, nota al margen 8.

⁷⁶ V. *infra*, tema 10, nota al margen 9.

⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas – *Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), núm. 167.

⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas – *Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), num. 168: “...los Miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que consideren apropiado para una situación dada”.

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Medidas afectando a las importaciones de carne fresca y refrigerada y carne congelada de res*, WT/DS 161/AB/R (2000), núm. 157.

valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones”.⁸⁰

En el marco del examen de proporcionalidad, la búsqueda de alternativas menos incisivas es de gran relevancia. En el asunto *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, el Órgano de Apelación consideró, estimando el fallo de la instancia i, que no era admisible la exigencia impuesta por la norma dominicana de que los paquetes de cigarrillos a la venta en dicho país ostentasen una estampilla fiscal; en su lugar, el Órgano de apelación remitió a la alternativa de que el sello fiscal se incorporase durante el proceso de producción, previo a la importación.⁸¹

Por lo general, los obstáculos al comercio pueden justificarse mejor si el interés jurídico protegido es realmente importante:

Nos parece que un intérprete de tratados que evalúe una medida que se alegue necesaria para lograr la observancia de una ley o reglamento compatible con la OMC puede, en casos apropiados, tener en cuenta la importancia relativa de los intereses o valores comunes que la ley o el reglamento que se deban hacer cumplir estén destinados a proteger. Cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como ‘necesaria’ una medida concebida como instrumento para lograr la observancia.⁸²

e) Medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables (art. XX, letra g del GATT)

- 69 La justificación de restricciones comerciales para la conservación de los “recursos naturales agotables” prevista en el artículo XX, letra g, juega en diferentes situaciones un papel importante: de una parte, a través de la conservación de materias primas (minerales, fósiles y otras) para la producción de energía, de otra parte, para la protección del medio ambiente.

Entre los recursos naturales agotables se encuentra también el aire (puro). En este sentido se pronunció el grupo especial en el Asunto *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional)*, cuyo pronunciamiento fue asumido finalmente por el Órgano de Apelación:

In the view of the Panel, clean air was a resource (it had value) and it was natural. It could be depleted. The fact that the depleted resource was defined with respect to its qualities was not, for the Panel, decisive. Likewise, the fact that a resource was renewable could not be an objection. A past panel had accepted the renewable stocks of salmon could constitute an exhaustible natural resource. Accordingly, the Panel found that a policy to

⁸⁰ *Ibid.*, núm. 164.

⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS 302/AB/R (2005), núm. 72.

⁸² Informe del Órgano de Apelación, *Medidas afectando a las importaciones de carne fresca y refrigerada y carne congelada de res*, WT/DS 161/AB/R (2000), núm. 162.

*reduce the depletion of clean air was a policy to conserve a natural resource within the meaning of Article XX(g).*⁸³

El clima, como tal, se deja difícilmente clasificar como recurso natural agotable. Lo mismo es predicable de la capa de ozono, puesto que no permiten su utilización o manipulación como otros recursos naturales. Por ello, son problemáticos los intentos de casar los criterios de sostenibilidad a fin de ganar biomasa (como los propuestos por la Unión Europea) con el Artículo XX, letra g GATT.⁸⁴

Las medidas para la conservación de materias primas deben “ser empleadas en conexión con limitaciones de la producción interna o del consumo interior”. De ahí se desprende la obligación de aplicar el principio de trato igual a la producción nacional y extranjera, o al consumo interno y externo (*even-handedness*). Como el grupo especial en el Asunto *China – Medidas relativas a la exportación de varias materias primas* deja claro, la conservación de los recursos naturales agotables no permite preferir la producción nacional frente a la competencia extranjera a través de dar entrada a materias primas nacionales:

*...paragraph (g) of Article XX can justify GATT-inconsistent trade measures if such measures along with parallel domestic restrictions aimed at the conservation of natural resources and are primarily aimed at rendering effective parallel domestic restrictions operating for the conservation of natural resources. A contrario, Article XX(g) cannot be invoked for GATT-inconsistent measures whose goal or effects is to insulate domestic producers from foreign competition in the name of conservation.*⁸⁵

La excepción del Artículo XX, letra g GATT no sólo contiene medidas para proteger materias primas no vivas como los minerales, sino también prohibiciones de importar animales en peligro de extinción que se encuentren fuera del territorio del respectivo Estado miembro de la OMC (por ejemplo, en aguas internacionales).

En el Asunto *Camarón-Tortugas*, el Órgano de Apelación estableció que la migración constituía un nexo suficiente con la protección de las tortugas amenazadas y que la comunidad de Estados reconoce, entre tanto, que la conservación de esa especie en peligro es de interés común.⁸⁶ Además de lo dispuesto en los acuerdos universales sobre la protección de especies amenazadas, tiene relevancia en este contexto el compromiso con el “desarrollo sostenible” contenido en el Preámbulo del Tratado OMC.

⁸³ Informe del grupo especial *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R (1996), núm. 6.37.

⁸⁴ V. Douma, W. Th.: *Legal Aspects of the European Union's Biofuels Policy: Protection or Protectionism?*, *German Yearbook of International Law*, 53/2010, pp. 371 ss.

⁸⁵ Informe del grupo especial *China – Medidas relativas a la exportación de varias materias primas*, WT/DS 394, 395, 398/R (2011), núm. 7408.

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núm. 131.

f) Otras excepciones

- 70 El Artículo XXI GATT permite adoptar medidas especiales para salvaguardar la seguridad. La excepción prevista en la letra b de este artículo está redactada de forma particularmente amplia. Según ella, un Estado parte puede adoptar las medidas “que estime necesarias”, relativas:
- i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;
 - ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;
 - iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional.
- 71 El texto del precepto referido (“que estime necesarias”) implica un amplio margen de apreciación de los miembros, lo que confiere a la regla un carácter discrecional (*self-judging*). La autorización del artículo XXI, letra b, numeral iii) concede a los Estados miembros un amplio margen para restringir el comercio en tiempos de guerra o crisis.⁸⁷ Es concebible que, ante violaciones graves del Derecho internacional público como vulneraciones de derechos humanos elementales, se acuda a esta cláusula para justificar reacciones restrictivas del comercio. Ello es particularmente convincente si se considera que la violación masiva de derechos humanos elementales (entendida como una violación de obligaciones *erga omnes*) supone una injerencia en los intereses de seguridad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad de Estados. De lo contrario, no sería posible justificar sanciones unilaterales en forma de restricciones al comercio (es decir, represalias), salvo sobre la base de las reglas generales en materia de responsabilidad de Estados. Finalmente, la reserva prevista en el Artículo XXI, letra c, del GATT permite a los miembros implementar resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad basadas en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional.
- 72 El párrafo 1, letra a, de la cláusula de salvaguardia (*escape clause*) del Artículo XIX del GATT,⁸⁸ permite a los Estados parte tomar medidas para proteger sectores económicos domésticos si: “como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias (...), las importaciones de un producto (...) han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio”.
- Una excepción similar se refiere a la importación de mercancías que son objeto de una preferencia arancelaria (art. XIX. 1, letra b).

⁸⁷ Al respecto Hahn, M. J.: *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, 1996.

⁸⁸ Al respecto Müller, F.: *Schutzmaßnahmen gegen Warenimporte unter der Rechtsordnung der WTO*, 2006; Sykes, A. O.: *The WTO Agreement on Safeguards: A Commentary*, 2006.

La aplicación de estas excepciones se rige por un procedimiento especial. Los detalles están reglamentados en el Acuerdo sobre Salvaguardias (*Agreement on Safeguards*).

En la práctica, la aplicación de la cláusula de salvaguardia del artículo XIX solía tener un papel más restringido que el pacto de excepciones fuera del GATT. Así, para determinados sectores particulares, se ha desarrollado un régimen especial paralelo al del GATT. Por ejemplo, el Acuerdo Textil Mundial en el que se pactan cuotas a la importación. Una serie de auto-restricciones voluntarias a la exportación (*voluntary export restraints*),⁸⁹ en forma de acuerdos interestatales o medidas unilaterales, conduce, en muchos ámbitos, a una erosión de los principios del GATT (trato de nación más favorecida o prohibición de barreras no tarifarias). A largo plazo, este tipo de medidas auto-restrictivas generan un aislamiento de los mercados, un perjuicio para los consumidores y una pérdida de impulsos innovadores. El desarrollo de estos regímenes especiales ha conducido, en muchos ámbitos, a un “GATT a la carta”. En virtud del Artículo 11.1, letra b, del Acuerdo sobre Salvaguardias, tales pactos “de autolimitación” ya no están permitidos. 73

La cláusula de renuncia del Artículo XXV. 5 GATT (*waiver clause*) tiene gran relevancia práctica. En virtud de este precepto, “en circunstancias excepcionales distintas de las previstas en otros artículos del presente Acuerdo” y con una mayoría de dos tercios, los Estados parte pueden decidir eximir a un Estado miembro de las obligaciones del GATT y autorizarle, por ejemplo, a adoptar medidas de protección unilaterales. 74

g) Carga de la prueba

La jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC reconoce que un miembro, al afirmar en un recurso legal la incompatibilidad de una medida de otro Estado miembro con el Derecho de la OMC, sólo tiene que aportar una prueba *prima facie* (prueba por apariencia). En cambio, la justificación de una medida (por ejemplo, en el marco del Artículo XX del GATT), que se fundamenta en hechos discutidos, requiere una prueba completa.⁹⁰ 75

7. Regulación de las subvenciones y medidas *antidumping*

El ámbito de las subvenciones estatales encierra un potencial extraordinariamente problemático desde la perspectiva de las medidas de distorsión de la competencia.⁹¹ La 76

⁸⁹ Al respecto, v. Jones, K.: “Voluntary Export Restraint: Political Economy, History and the Role of the GATT”, JWT, 23, núm. 3/1989, pp. 125 ss.

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), núm. 160.

⁹¹ V. Poretti, P.: *The Regulation of Subsidies Within the General Agreement on Trade in Services of the Wto: Problems und Prospects*, 2009. En cuanto al problema de las subvenciones y su relevancia en la economía mundial, v. Informe

mayoría de las subvenciones son concedidas en los países industrializados, en particular en el sector de la agricultura. Aunque las subvenciones representan un instrumento muy apreciado de intervención estatal, el GATT sólo les dedica una regulación fragmentaria. Los Estados gozan de gran libertad de acción a la hora de recurrir al arsenal de subvenciones. En virtud del artículo XVI. 1, sólo existe una obligación general en cuanto a la notificación de las subvenciones. Sin embargo, el GATT no ofrece un contenido claro al concepto de subvención. De acuerdo con el artículo XVI. 2-4, debe actuarse, ante todo, contra las subvenciones a la exportación. En el Código sobre Subvenciones de 1979, las partes de este acuerdo se comprometieron a no subvencionar más la importación de productos manufacturados. La posibilidad de que los Estados parte apliquen derechos compensatorios frente a las mercancías subvencionadas, sobre la base del Artículo VI. 3 del GATT, tiene mucha importancia práctica. Un derecho compensatorio de este tipo presupone que la importación de la mercancía subvencionada daña, o puede dañar, un sector económico de forma comprobable. Asimismo, los derechos compensatorios sólo deben amortiguar la ventaja competitiva obtenida mediante la subvención y nunca pueden conducir a una distorsión mayor de la libre competencia. Respecto a la exportación de productos básicos, la prohibición de subvenciones en el GATT tiene un carácter “blando” (art. XVI. 3 del GATT).

a) Subvenciones y derechos compensatorios

- 77 Al final de la Ronda Uruguay consiguió dar perfiles más claros al régimen del GATT en cuanto a la defensa frente a las subvenciones a través del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*). Este Acuerdo ofrece, por primera vez, una definición clara de subvenciones estatales (art. 1.1).⁹² Se trata de contribuciones financieras, u otros beneficios públicos con valor monetario, otorgados a determinados sectores económicos o empresas (art. 1.1, letra a).

El valor monetario puede consistir también en la condonación, o la renuncia a la recaudación, de impuestos [art. 1.1, letra a (ii)], o en el suministro de bienes [art. 1.1, letra a (iii)] por parte de un Estado.

Para establecer si existe un “beneficio” en el sentido del artículo 1.1, letra b, es necesario recurrir a una perspectiva mercantil. El criterio decisivo es si el receptor obtiene el beneficio financiero a mejores condiciones que las ofrecidas por el mercado. Al respecto, el grupo en el asunto *Canadá – Aeronaves civiles* expuso lo siguiente:

Creemos también que la palabra ‘beneficio’, tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1, implica algún tipo de comparación. Esto debe ser así, porque no

sobre el Comercio Mundial de 2008, pp. 34 ss., en el sitio web http://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr08_s.htm.

⁹² Slotboom, M. S.: “Subsidies in WTO Law and in EC Law. Broad and Narrow Definitions”, *JWT*, 36/2002, pp. 517 ss.

puede haber un ‘beneficio’ para el receptor a menos que la ‘contribución financiera’ lo coloque en una situación mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución. A nuestro juicio, el mercado proporciona una base de comparación apropiada al determinar si se ha otorgado un ‘beneficio’, porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una ‘contribución financiera’ pueden identificarse determinando si el receptor ha recido una ‘contribución financiera’ en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado.⁹³

La comparación referida equivale a la denominada “prueba del inversor racional”. El Acuerdo SMC reglamenta la admisibilidad de subvenciones “específicas”, esto es, de subvenciones que favorecen a una determinada empresa o a un determinado sector económico (art. 1.2 en relación con art. 8.2). Los privilegios otorgados sobre la base de criterios neutrales de aplicación general (por ejemplo, asistencia financiera para empresas recién fundadas, o privilegios por contratar desempleados de larga duración) carecen del carácter de “específicos”. Algunas subvenciones, como ayudas a empresas domiciliadas en una determinada área geográfica (art. 2.2) o subsidios a la exportación (art. 2.3), se consideran, sin lugar a excepciones, como “específicas”.

Según la opinión jurídica prevalente, las manipulaciones del tipo de cambio con el fin de mantener el valor de una moneda artificialmente bajo para facilitar las exportaciones, no confieren ninguna “ventaja específica”.⁹⁴ Tampoco están supeditadas a resultados de exportación, así que no constituyen ninguna subvención prohibida a la exportación en el sentido del Artículo 3.1, letra a, del Acuerdo MSF.

El Acuerdo SMC solía emplear un sistema de tres grados para determinar la admisibilidad de las subvenciones. A modo de un semáforo, el sistema distingue entre: 78

- subvenciones prohibidas (“rojas”) (*red box*)
- subvenciones anulables (“amarillas”) (*amber box*), y
- subvenciones no recurribles (“verdes”) (*green box*); habiendo devenido esta última categoría obsoleta en la actualidad.

Las subvenciones lícitas (no recurribles) se encuentran reglamentadas en el catálogo de justificaciones del Artículo 8 del Acuerdo SMC. Entre tanto, esta disposición ya no está en vigor (art. 31 del Acuerdo SMC). Por consiguiente, sólo subsisten subvenciones prohibidas y anulables. Los países en vías de desarrollo pueden reclamar un trato especial y diferenciado (art. 27).

Según el artículo 3.1, se prohíben con carácter general:

⁹³ Informe del Grupo Especial *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/R (1999), núm. 9.111 ss.

⁹⁴ Zimmermann, C. D.: “Exchange Rate Misalignment And International Law”, *AJIL*, vol. 105, 2011, pp. 423 y ss. (esp. p. 447-448).

- las subvenciones a la exportación (letra a), y
- las subvenciones supeditadas a la preferencia de productos nacionales sobre productos importados (letra b).

En las subvenciones a la exportación, la conexión entre la contribución financiera y el resultado de las exportaciones puede ser el resultado de una conexión jurídica (*de iure export-consistency*) o fáctica (*de facto export-consistency*). En caso de una mera conexión *de facto*, cabe examinar si la subvención aspira a crear incentivos a la exportación que se encuentran anulados debido a distorsiones en el juego de oferta y demanda.

Así es como el Órgano de Apelación evaluó los incentivos ajenos al mercado en el asunto *Fall CE-Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*.⁹⁵

Al llegar a esta interpretación de la norma de la supeditación *de facto* a la exportación de conformidad con el párrafo 1 a) del Artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC*, no queremos decir que el criterio se cumple simplemente porque la concesión de la subvención tenga por objeto aumentar la producción del receptor, aunque se exporte todo el aumento de la producción. *Tampoco* queremos decir que el hecho de que la concesión de la subvención pueda, además de aumentar las exportaciones, aumentar *también* las ventas internas del receptor impide una constatación de supeditación *de facto* a la exportación. Consideramos en cambio que la norma de la supeditación *de facto* a la exportación prevista en el párrafo 1 a) del Artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC* se cumple cuando la subvención se concede con el fin de dar al receptor un incentivo para exportar de una manera que no sea un simple reflejo de las condiciones de la oferta y la demanda en los mercados interno y de exportación no distorsionados por la concesión de la subvención.

Un indicio de si una subvención ayuda *de facto* a promover las exportaciones se puede encontrar en la proporción entre las exportaciones y las ventas nacionales antes y después de la concesión de la subvención. Además, se puede comparar la proporción entre exportaciones y ventas nacionales que una empresa con ánimo de lucro lograría con la subvención y sin ella.⁹⁶

(...)(C)uando hay pruebas pertinentes, la evaluación podría basarse en una comparación entre, por un lado, la proporción de exportaciones *previstas* y ventas en el mercado interno del producto subvencionado que se registraría como consecuencia de la concesión de la subvención y, por otro lado, la situación en caso

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, 18 de mayo de 2011, núm. 1045.

⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, 18 de mayo de 2011, núm. 1047.

de que no hubiese subvención. La situación en caso de que no haya subvención puede interpretarse sobre la base de las ventas históricas del mismo producto que haya realizado el receptor en el mercado interno y el mercado de exportación antes de que se concediese la subvención. En el caso de que no haya datos históricos no afectados por la subvención, o de que el producto subvencionado sea un producto nuevo sobre el que no haya datos históricos, la comparación podría hacerse con los resultados que hipotéticamente cabría esperar que lograse una empresa que maximizase los beneficios en los mercados de exportación e interno sin la existencia de subvención. Cuando las pruebas demuestran, quedando invariables los demás factores, que la concesión de la subvención proporciona un incentivo para desviar hacia la exportación las ventas previstas, en comparación con los resultados históricos del receptor o con los resultados hipotéticos de una empresa que maximizase los beneficios sin la existencia de subvención, ello sería una indicación de que la concesión de la subvención está de hecho vinculada a las exportaciones previstas en el sentido del párrafo 1 a) del Artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC*.

Son anulables otras subvenciones, que ocasionan perjuicios a los intereses de otros Estados miembros (art. 5 y ss.) El Acuerdo SMC establece en su artículo 5, letra c.: “Ningún Miembro deberá causar, mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones a que se refieren los párrafos 1 y 2 del artículo 1, efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros, es decir [...] perjuicio grave a los intereses de otro Miembro”.

Según el Artículo 6. 3, letra c, del Acuerdo SMC, existe un perjuicio relevante (“serio”) a los intereses de otros Estados en el sentido del artículo 5, letra c, en caso de que: “[...] la subvención tenga por efecto una significativa subvaloración de precios del producto subvencionado en comparación con el precio de un producto similar de otro Miembro en el mismo mercado, o tenga un efecto significativo de contención de la subida de los precios, reducción de los precios o pérdida de ventas en el mismo mercado”.

En el asunto *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*,⁹⁷ el Órgano de Apelación de la OMC esbozó las condiciones aplicables a subvenciones agrarias en el sentido del Artículo 6.3, letra c del Acuerdo SMC. En este asunto, Brasil había presentado una demanda contra los Estados Unidos por una serie de medidas de apoyo para la industria estadounidense del algodón con un valor de varios miles de millones de dólares. El Órgano de Apelación rechazó la opinión de que un mercado relevante en el sentido del Artículo 6.3, letra c del Acuerdo SMC es necesariamente un mercado nacional. Según el Órgano, cuando una mercancía subvencionada compite a nivel mundial con una mercancía similar de otro miembro, bajo regímenes de competencia y costos de transporte comparables, ha de asumirse que el mercado relevante es el mundo entero:

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005); v. también el comentario de Steinberg, R. H., *AJIL* 99/2005, pp. 852 ss.

[...] recordando que una de las acepciones de ‘market’ (‘mercado’) es ‘*the area of economic activity in which buyers and sellers come together and the forces of supply and demand affect prices*’ (‘la zona de actividad económica en la que compradores y vendedores se unen y las fuerzas de la oferta y la demanda afectan a los precios’), parece razonable la conclusión de que dos productos se encuentran en el mismo mercado si están en competencia efectiva o potencial en ese mercado. Por lo tanto, dos productos pueden estar ‘en el mismo mercado’ aunque no se vendan necesariamente al mismo tiempo y en el mismo lugar o país. Como señaló con acierto el Grupo Especial, el alcance del ‘mercado’, a los efectos de determinar la zona de competencia entre dos productos, puede depender de varios factores, como la naturaleza del producto, la homogeneidad de las condiciones de competencia y los costos de transporte. Ese mercado de un determinado producto puede ser perfectamente un ‘mercado mundial’.⁹⁸

Las ventajas concedidas por algunos Estados a sus industrias aeronáuticas implican un potencial considerable de conflictos.

Así, los Estados Unidos incoaron un procedimiento contra el consorcio Airbus por subvenciones estatales (por ejemplo, en forma de ayudas del Banco Europeo de Inversiones o apoyo financiero por parte de Estados miembros de la Unión Europea – asunto *Comunidad Europea – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*).⁹⁹ La Unión Europea, por su parte, inició un procedimiento en el marco del mecanismo de solución de diferencias, a raíz de las subvenciones concedidas por los Estados Unidos a Boeing (a través de la licitación de contratos públicos en el sector militar bajo términos y condiciones que desfavorecían a proveedores extranjeros).¹⁰⁰

80 El Acuerdo SMC contiene un procedimiento propio de solución de diferencias y permite el empleo de remedios legales específicos (arts. 4 y 7). Uno de los remedios previstos es la reclamación de subvenciones ya pagadas. Entre las contramedidas, el instrumento con mayor relevancia práctica es la imposición de derechos compensatorios (art. 19). En virtud del Artículo 32.1 del Acuerdo SMC, “[n]o podrá adoptarse ninguna medida específica contra una subvención de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo”.

En el asunto *Byrd Amendment (Estados Unidos – Continued Dumping and Subsidy Offset Act de 2000)*, el Órgano de Apelación consideró que una medida es “específica” en el sentido del Artículo 32.1 del Acuerdo SMC, cuando supone una reacción a acciones

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005), núm. 408.

⁹⁹ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/R (2010). La Unión Europea ha apelado el informe del Grupo Especial en la diferencia de las ayudas concedidas a Airbus.

¹⁰⁰ *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS 317/2.

en las cuales la subvención tiene un papel “constitutivo”.¹⁰¹ El Órgano de Apelación dejó claro que una medida se dirige contra “exportaciones subvencionadas” cuando afecta negativamente al régimen de subvenciones practicado por otro Estado, o si tiene efectos disuasorios sobre él.¹⁰² Tales medidas defensivas deben ser conformes a los mecanismos de reacción permitidos por el Acuerdo SMC. Ello conlleva una notable reducción del margen de acción de los miembros del Acuerdo.¹⁰³

El objeto del asunto *Byrd Amendment (EE.UU. – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000)* era una ley que obligaba a la administración aduanera de los Estados Unidos a hacer pagos compensatorios a favor de empresas estadounidenses perjudicadas por subvenciones o actos de *dumping* prohibidos. El Órgano de Apelación consideró que esa reglamentación violaba el derecho de la OMC por exceder las reacciones admisibles que el Acuerdo SMC enumera de manera exhaustiva.¹⁰⁴

b) Subvenciones en el sector agropecuario

Las subvenciones que afectan al comercio de productos agropecuarios son un tema especialmente delicado.¹⁰⁵ La Unión Europea tiene una destacada responsabilidad en las distorsiones de la competencia en el mundo, a raíz de las ayudas que concede a su sector agropecuario. Lo mismo se puede decir, aunque en bastante menor medida, de los Estados Unidos y Japón. Los países emergentes y en vías de desarrollo sufren particularmente por causa de las subvenciones a la exportación. También las medidas internas de apoyo, esto es, las ayudas concedidas a los sectores agropecuarios de los países industrializados que no tienen nexo con la exportación de sus productos, falsean la competencia. Al mismo tiempo, las subvenciones de los países industrializados contribuyen a reducir el nivel mundial de precios para muchos productos agropecuarios. Esto favorece a algunos países en vías de desarrollo que son importadores netos de productos agropecuarios. Aunque los Estados de la OCDE han reducido sustancialmente sus subvenciones agrarias, todavía desembolsaron ayudas con un valor total de 265 mil millones de euros en 2008.

El Acuerdo sobre Agricultura (AA o *Agreement on Agriculture – AoA*) persigue una reducción gradual de las subvenciones agropecuarias, dentro de un plazo de implementación que ya ha expirado. El Acuerdo SMC exceptúa de las subvenciones prohibidas o anulables las ayudas a la exportación permitidas por el Acuerdo sobre Agricultura (arts.

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), núm. 242.

¹⁰² *Ibid.*, núm. 247.

¹⁰³ *Ibid.*, núm. 273.

¹⁰⁴ *Ibid.*, núm. 265.

¹⁰⁵ Beierle, T.: “Agricultural Trade Liberalization – Uruguay, Doha, and Beyond”, *JWT* 36/2002, pp. 1089 ss.; Das, D. K.: “The Doha Round of Multilateral Trade Negotiations and Trade in Agriculture”, *JWT* 40/2006, pp. 259 ss.; Koo, W. / Kennedy, P. L.: “The Impact of Agriculture Subsidies on Global Welfare”, *American Journal of Agriculture and Economics* 88/2006, pp. 1219 ss.

3.1 y 5, segunda frase). Cada excepción debe fundarse en una justificación explícita en el Acuerdo sobre Agricultura.¹⁰⁶

El Acuerdo sobre Agricultura modifica el “enfoque de semáforo” del Acuerdo SMC. El Acuerdo sobre Agricultura no contiene ningún listado de ayudas prohibidas (“rojas”). Apoyos con un efecto netamente distorsionador del comercio y de la competencia, así como medidas sujetas a compromisos de reducción gradual, entran en la llamada “caja amarilla” (*amber box*) (art. 6.1 a 6.4 AA). Las medidas permitidas entran en la llamada “caja verde” (*green box*). Además, hay ciertas medidas de tipo “caja azul” (*blue box*) que están exentas en condiciones específicas de la obligación de reducción gradual.

Los artículos 6 y 7, y el Anexo 2 del AA reglamentan subvenciones no relacionadas con la exportación (medidas de “ayuda interna”). Algunas subvenciones internas, como medidas de fomento motivadas por consideraciones de política regional, social o ambiental, y ciertos pagos directos no relacionados con la producción, cuentan como medidas de tipo “caja verde” (*green box*) y están exentas de los compromisos de reducción. Están también exentas de estos compromisos las medidas de tipo *blue box*, como pagos directos en el marco de programas para limitar la producción agropecuaria que remuneren, por ejemplo, la retirada de tierras de la producción (art. 6.5, letra a, AA). En cambio, las subvenciones a la exportación (en el sentido del art. 1, letra e, del AA) sí son objeto de compromisos de reducción (art. 3.3 y 9 AA). Tomando los años de 1986 a 1990 como período de referencia, el volumen de las subvenciones concedidas por los países industrializados debía caer en un 36%, y la cantidad de productos que se beneficiasen de subvenciones a la exportación debía caer en un 21% (art. 9.2, letra b, numeral iv AA). A escala internacional, las subvenciones a la exportación concedidas por la Unión Europea a su sector agropecuario son de lejos las más altas.

Según el artículo 10.1 AA, un miembro de la OMC no puede otorgar subvenciones de forma que constituya una elusión de los compromisos en materia de subvenciones a la exportación. Una cuestión controvertida en este contexto es si los créditos a la exportación (con los cuales los países industrializados otorgan ayudas financieras a otros países para que éstos últimos importen productos agropecuarios del país donante) son también objeto de los compromisos de reducción. En la sexta Conferencia Ministerial de la OMC de Diciembre de 2005 en Hong Kong, los miembros convinieron eliminar hasta el año 2013 las subvenciones a la exportación y otras medidas utilizadas en la “carrera por exportar”.¹⁰⁷

c) *Dumping* y medidas *antidumping*

- 82 Como sucede con las subvenciones, el GATT tampoco prohíbe con carácter general las prácticas de *dumping*. En este último caso, se trata de la oferta de bienes para la exportación a precios inferiores a los existentes en el país de origen (art. VI. 1, primera frase,

¹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005), núm. 529 ss. (545).

¹⁰⁷ V. Declaración Ministerial de 22 de diciembre de 2005, WT/MIN (05)/DEC.

del GATT). El *dumping* es un mecanismo bastante difundido entre las empresas para introducirse en mercados extranjeros. A veces, el precio de exportación no cubre ni siquiera los costes de producción. Frente al posible falseamiento de la libre competencia provocado por las prácticas de *dumping*, el GATT reacciona mediante la autorización, prevista en el artículo VI. 2, de percibir un derecho *antidumping* que no exceda del “margen de *dumping*” relativo a dicho producto.¹⁰⁸

El Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (*Agreement on Implementation of Art. VI of the GATT-94* o Código *Antidumping*) contiene importantes precisiones.¹⁰⁹ De manera similar al Acuerdo SMC, el Código *Antidumping* somete “medidas específicas” contra exportaciones subvencionadas de otro miembro a estándares específicos de justificación y admite sólo un *numerus clausus* de medidas defensivas.¹¹⁰

Las normas del GATT sobre subvenciones y *dumping*, así como sobre las posibles contramedidas defensivas, son también problemáticas en cuanto a su eficiencia. Las empresas se esfuerzan mucho para eludir el régimen del GATT y obtener de esta forma ventajas competitivas en el mercado mundial.

Esto puede ilustrarse a través del ejemplo del “*dumping* por ensamblaje” (las denominadas “fábricas-destornillador”) con el que se pretendía eludir la normativa *antidumping*. En estos casos, se importan, no los productos acabados, sino las piezas fabricadas en el extranjero con un nivel bastante avanzado de elaboración, por lo que pueden ensamblarse en el Estado importador con escaso coste, convirtiéndose en productos manufacturados nacionales. Las dificultades para atajar jurídicamente estas prácticas de elusión se ponen de manifiesto en la controversia sobre la compatibilidad del Reglamento de la Comunidad Europea relativo a la defensa de las importaciones que sean objeto de *dumping* o de subvenciones por parte de países no miembros de la CEE y el GATT. En el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC, un grupo de expertos (*panel*) consideró que el Reglamento de la Comunidad Europea vulneraba el GATT (art. III. 2 y 4) y rechazó su justificación sobre la base del Artículo XX. d del GATT.¹¹¹

La Comunidad Europea y otros miembros de la OMC han desarrollado mecanismos sutiles para defenderse de las estrategias de elusión.¹¹² Hasta nuestros días no existe un régimen satisfactorio en la OMC de medidas para la defensa frente al fraude.

¹⁰⁸ En relación con estas contramedidas, v.: Bierwagen, R.: *GATT Article VI and the Protectionist Bias in Anti-dumping Laws*, 1990.

¹⁰⁹ Al respecto, Vermulst, E.: *The WTO Anti Dumping Agreement: A Commentary*, 2005.

¹¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), núm. 264 f.

¹¹¹ Informe del Grupo Especial de 22 de marzo de 1990, GATT Doc. L/6657; adoptado por el Consejo el 16 de mayo de 1990, GATT Doc. C/M/241, p. 26. Al respecto, por ejemplo: Hahn, J.: “‘Assembly-Dumping’ in der EG un den USA”, RIW, 9/1991, p. 739.

¹¹² V. Birnstiel, A.: *Die Abwehr der Umgehung von Antidumpingmaßnahmen im EG-Recht*, 2000.

8. Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias

Bibliografía recomendada: Wolfrum, R., Stoll, P. T., Seibert-Fohr, A.: *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007.

- 85 La concreción de los estándares de justificación de las medidas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales, o para preservar los vegetales, se lleva a cabo en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (*Agreement on Sanitary and Phyto-Sanitary Measures, SPS-Agreement, Acuerdo-MSF*). Este Acuerdo es aplicable “a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional” (art. 1. 1, primera frase), y obliga a los miembros de la OMC a elaborar y aplicar tales medidas “de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo” (art. 1.1, segunda frase).

Las medidas sanitarias y fitosanitarias están definidas en mayor detalle en el Anexo A, numeral 1. Todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que cumplen esta definición se rigen por el Acuerdo MSF, incluso cuando persiguen ulteriores objetivos como la protección del medio ambiente.¹¹³ La propagación indeseada de organismos genéticamente modificados entra dentro de la noción de lucha contra las “plagas”, en el sentido del Anexo A, numeral 1, letras a, c y d.¹¹⁴

Como marco legal general para todas las medidas enumeradas con efectos restrictivos sobre el comercio internacional, el Acuerdo MSF tiene relevancia propia más allá del GATT. Sin discriminar, el Acuerdo somete a un test de necesidad, según criterios científicos, a todas las restricciones al comercio, tengan o no tengan un nexo con la importación de mercancías.

Además, el Acuerdo despliega gran relevancia práctica, al concretar los estándares de justificación impuestos por el GATT. Las medidas sanitarias y fitosanitarias abarcadas por el Acuerdo MSF y conformes a este último, se consideran también conformes al GATT (particularmente, con su artículo XX, letra b). El Acuerdo MSF limita tales medidas a las “necesarias” y con la intensidad necesaria (arts. 2.1 y 2.2). Además, el Acuerdo-MSF exige que la aplicación de una medida de este tipo esté basada en principios científicos (art. 2.2): “Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5”.

¹¹³ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), núm. 7.203.

¹¹⁴ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), núm. 7.231 ss.

Por regla general, los miembros deben apoyarse en normas, directrices o recomendaciones internacionales cuando existan (art. 3.1). Las medidas conformes con tales estándares internacionales son consideradas necesarias (art. 3.2). El Acuerdo exige una justificación especialmente rígida conforme a parámetros científicos, cuando un miembro de la OMC, en su evaluación del riesgo, se aparta de los estándares internacionales reconocidos (art. 3.3). Al respecto, el Acuerdo remite en particular a los trabajos de la Comisión *Codex Alimentarius*, de la Oficina Internacional de Epizootias, y de las organizaciones internacionales y regionales que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (art. 3.4). Para la valoración del riesgo y la determinación del nivel de protección adecuado, el Acuerdo-MSF exige que el miembro tenga en cuenta las técnicas de evaluación elaboradas por las organizaciones internacionales competentes (art. 5.1). Para ello, los Estados parte deben tener en cuenta el material probatorio científico disponible (art. 5.2). 86

En relación con el necesario fundamento científico, tiene gran importancia el Informe del Órgano de Apelación de la OMC en el denominado Asunto-Hormonas.¹¹⁵ 87

En el Asunto-Hormonas, Estados Unidos recurrió la prohibición de la Comunidad Europea de importar carne bovina tratada con hormonas. Mediante esta prohibición de importar, la Comunidad Europea quería alcanzar un nivel de protección mayor que el correspondiente a los estándares internacionales de la Comisión del *Codex Alimentarius* (CCA). La Comunidad Europea exigía un nivel absoluto de pureza en cuanto a los residuos de hormonas artificiales en la carne, mientras que el *Codex* fijaba valores máximos de estos residuos. La Comunidad Europea invocó como justificación los posibles riesgos para la salud. Pero a Estados Unidos esto le parecía una alegación de “riesgos fantasma”.

En el Asunto-Hormonas, el Órgano de Apelación no consideró cada una de las incertidumbres teóricas sobre los efectos dañinos de ciertas sustancias en la salud humana como justificación científica suficiente. El riesgo a afrontar debe ser palpable (*scientifically identifiable risk*), y no debe limitarse a la posibilidad teórica de efectos dañinos.¹¹⁶ La valoración del riesgo debe fundamentarse en un mínimo de hechos empíricos relevantes. Para el Órgano de Apelación, es determinante que exista una “relación razonable” entre la evaluación del riesgo y la restricción al comercio en cuestión.¹¹⁷ Al respecto, el informe

¹¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), parcialmente publicado en *EuZW*, 1998, pp. 157 ss.; al respecto por ejemplo, Eggers, B.: Die Entscheidung des WTO Appellate Body im Hormonfall, *EuZW* 1998, pp. 147 ss.; Slotboom, “The Hormones Case: An Increased Risk of Illegality of Phyto-Sanitary Measures”, *CMLREV.*, 36/1999, pp. 471 ss.; Walker, V. R.: “Keeping the WTO from Becoming the ‘World Trans-Science Organization’: Scientific Uncertainty, Science Policy and Factfinding in the Growth Hormones Dispute”, *Cornell International Law Journal*, 31/1998, pp. 251 ss.;

¹¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), núm. 186.

¹¹⁷ *Ibid.*, núm. 193-194.

del Órgano de Apelación permite que la evaluación del riesgo se funde en una opinión científica minoritaria sobre los riesgos discutidos:

No creemos que una evaluación del riesgo tenga que llegar a una conclusión monolítica que coincida con la conclusión o la opinión científica implícita en la MSF. La evaluación del riesgo podría establecer la opinión imperante que representa la 'tendencia principal' de la opinión científica, así como las opiniones de los científicos que sostienen una opinión discrepante. El párrafo 1 del artículo 5 no exige que la evaluación del riesgo tenga que plasmar necesariamente sólo la opinión de una mayoría de la comunidad científica competente. En algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen puede indicar un estado de incertidumbre científica. Algunas veces la divergencia puede indicar un equilibrio aproximadamente igual de opinión científica, que en sí es quizá una forma de incertidumbre científica. En la mayoría de los casos, los gobiernos responsables y representativos suelen basar sus medidas legislativas y administrativas en la opinión científica 'principal'. En otros casos, gobiernos igualmente responsables y representativos pueden actuar de buena fe sobre la base de lo que puede ser, en un momento dado, una opinión discrepante procedente de fuentes competentes y respetadas. En sí, esto no es forzosamente un indicio de la falta de una relación razonable entre la MSF y la evaluación del riesgo, especialmente cuando el riesgo de que se trata tiene un carácter de amenaza contra la vida y se percibe como una amenaza clara e inminente contra la salud y la seguridad públicas. La determinación de la presencia o ausencia de esa relación sólo se puede efectuar caso por caso, después de tener en cuenta todas las consideraciones que racionalmente guardan relación con la cuestión de los posibles efectos adversos sobre la salud.¹¹⁸

Por lo demás, el Órgano de Apelación no recurre a la evaluación del riesgo en condiciones de laboratorio, sino que adopta un enfoque práctico, dejando margen para su apreciación, según las condiciones de la vida real. Es decisiva "la posibilidad efectiva de que se produzcan efectos adversos para la salud humana en el mundo real en el que las personas viven, trabajan y mueren".¹¹⁹

En lo que atañe al caso concreto, la fundamentación demasiado abstracta de la Comunidad Europea no bastó para colmar las exigencias de racionalidad de base científica.

- 88 De acuerdo con el principio de cautela, la fundamentación científica exigida por el Acuerdo MSF permite medidas para combatir riesgos cuando todavía no hay certeza sobre

¹¹⁸ *Ibid.*, núm. 194.

¹¹⁹ *Ibid.*, núm. 187.

los nexos causales.¹²⁰ En el Asunto-Hormonas, el Órgano de Apelación resaltó que el Acuerdo MSF deja margen para el juego del principio de cautela, como lo demuestra, por ejemplo, la opción abierta a cada miembro de la OMC de establecer un nivel particularmente elevado de protección (Preámbulo, párrafo 6, y art. 3.3), así como de adoptar medidas unilaterales (art. 5.7). El principio de cautela influye sobre todo en la exigencia de “testimonios científicos suficientes” (art. 2.2). Sin embargo, consideraciones de cautela no permiten desviarse de los deberes de motivación establecidos por el artículo 5, párrafos 1 y 2:

Nos parece importante señalar, sin embargo, algunos aspectos de la relación del principio de cautela con el *Acuerdo MSF*. En primer lugar, ese principio no ha sido incluido en el texto del *Acuerdo* como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones de dicho *Acuerdo*. En segundo lugar, el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 de dicho *Acuerdo*. Coincidimos, al mismo tiempo, con las Comunidades Europeas, en que no es necesario suponer que la pertinencia del párrafo 7 del artículo 5 se agota en el principio de cautela. Éste también se refleja en el sexto párrafo del preámbulo y en el párrafo 3 del artículo 3. Estos textos reconocen expresamente el derecho de los Miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, que puede ser más elevado (es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes. En tercer lugar, el Grupo Especial que se ocupe de determinar, por ejemplo, si existen ‘testimonios científicos suficientes’ para justificar que un Miembro mantenga determinada medida sanitaria o fitosanitaria puede, por supuesto, y debe tener presente que los gobiernos responsables y representativos generalmente actúan desde una perspectiva de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo la terminación de la vida, para la salud de los seres humanos. Por último, y a pesar de ello, el principio de cautela, por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios (de derecho internacional consuetudinario) normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del *Acuerdo MSF*.¹²¹

La debida apreciación de riesgos no exige que un riesgo científicamente fundado se cuantifique en el sentido de atribuirle una magnitud determinada.¹²² Un miembro puede

¹²⁰ Sobre el principio de cautela v. *supra*, tema 8, nota al margen 3.

¹²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), núm. 124.

¹²² *Ibid.*, núm. 186.

también optar por la exclusión completa del riesgo residual (*zero risk level*).¹²³ Por consiguiente, el Acuerdo MSF permite tomar en consideración diferentes niveles de aversión a riesgos que puedan existir en una sociedad.

89 En el asunto Australia-Salmón, el Órgano de Apelación de la OMC ha dado perfiles más definidos a los requisitos de valoración del riesgo conforme al Artículo 5.1 del Acuerdo MSF.¹²⁴ De acuerdo con ello, el Estado debe analizar en tres pasos

- los diferentes escenarios de daños a combatir (incluyendo los posibles efectos biológicos y económicos de la propagación de enfermedades),
- la probabilidad de tales escenarios de daños, y
- la eficacia de las medidas de defensa:

Sobre la base de esta definición, consideramos que, en este caso, una evaluación del riesgo a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 debe:

- 1) *identificar* las enfermedades cuya entrada, radicación o propagación un Miembro desea evitar en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades;
- 2) *evaluar la probabilidad* de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y
- 3) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades *según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse*.¹²⁵

90 En el asunto Japón-Manzanas (*Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*).¹²⁶ El grupo especial y el Órgano de Apelación concretaron aún más los criterios para la evaluación de riesgos y su gestión a través de medidas que tienen el efecto de limitar las importaciones.

El asunto trataba de amplias restricciones a la importación de manzanas procedentes de los Estados Unidos impuestas por Japón. Las medidas en cuestión pretendían prevenir la introducción del añublo quemador del manzano en Japón, y abarcaban exámenes estrictos, puestas en cuarentena, así como la prohibición completa de las importaciones.

¹²³ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998), núm. 125.

¹²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998).

¹²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998), núm. 121.

¹²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003).

Según el informe del grupo especial en el Asunto *Japón – Manzanas*, que fue confirmado por el Órgano de Apelación, los “testimonios científicos suficientes” en el sentido del Artículo 2.2 del Acuerdo MSF deben fundamentarse en métodos científicos reconocidos. Recurrir a información insuficientemente contrastada y a hipótesis no comprobadas no es suficiente para satisfacer este requisito.¹²⁷ Un Estado que no alcanza a cumplir estos estándares no puede justificar restricciones a las importaciones con el argumento de que su propia evaluación del riesgo sea preferible a otra. Cabe destacar, en particular, la función del principio de proporcionalidad como criterio de control. De acuerdo con este principio, la relación entre la medida en cuestión y los conocimientos científicos no es “racional” u “objetiva” cuando existe una clara desproporción (*clear disproportion*) entre las medidas tomadas y el riesgo comprobable.¹²⁸

91 Cuando no haya conocimientos científicos fiables sobre los contextos del riesgo, el Artículo 5.7 del Acuerdo MSF admite medidas provisionales. Un Estado, tras adoptar este tipo de medidas provisionales, debe esforzarse por hallar más información y examinar las medidas dentro de un plazo razonable. Así lo ha decidido el Órgano de Apelación en el asunto *Japón-Agricultural Products*.¹²⁹ En el asunto *Japón – Manzanas*, el Órgano de Apelación dejó en claro que los testimonios científicos disponibles son “insuficientes” en el sentido del Artículo 5.7 Acuerdo MSF cuando no permiten una evaluación adecuada de los riesgos con base en el Artículo 5.1 Acuerdo MSF: “los ‘testimonios científicos pertinentes’ serán ‘insuficientes’ en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*”.¹³⁰

92 Los estándares de justificación establecidos por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC son de notable relevancia en los conflictos comerciales, como los que pueden producirse en el ámbito de la biotecnología como consecuencia de una gestión de riesgos demasiado rígida por parte de la Comunidad Europea.¹³¹ En definitiva, las reservas “socioeconómicas” contra los productos genéticamente modificados (como alimentos y semillas) no son adecuadas para satisfacer estándares racionales de justificación de prohibiciones a la importación y restricciones comerciales en el sentido del Acuerdo-MSF.¹³²

¹²⁷ Informe del Grupo Especial *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), núm. 8.92 f.

¹²⁸ *Ibid.*, núm. 8.198 f.; Informe del Órgano de Apelación en el mismo asunto, núm. 163.

¹²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a los productos agropecuarios*, WT/DS 76/AB/R (1998), núm. 92.

¹³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), núm. 179.

¹³¹ Covelli, N., Hohots, V.: “The Health Regulation of Biotech Foods under The WTO Agreements”, *Journal of International Economic Law*, 2003, pp. 773 ss.

¹³² V., por ejemplo, Herdegen, M.: “Biotechnology and Regulatory Risk Assessment”, Bermann, G., Herdegen,

En el asunto *Comunidades Europeas – Medidas afectando la aprobación y el mercadeo de productos biotecnológicos*, los Estados Unidos y otros Estados incoaron un procedimiento de solución de diferencias contra la moratoria de la Comunidad Europea (de 1998 a 2004), respecto a la aprobación de alimentos genéticamente modificados que equivalía a una prohibición absoluta a la importación.¹³³ Los Estados Unidos, además, consideraban el Reglamento relativo a alimentos y piensos genéticamente modificados, así como el Reglamento relativo a la trazabilidad y al etiquetado de alimentos y piensos producidos a partir de organismos genéticamente modificados,¹³⁴ como restricciones al comercio que carecían de fundamento científico y que eran, por ende, injustificadas. El informe del grupo especial competente concluyó que esta moratoria *de facto* a la aprobación de productos biotecnológicos entraba en el campo de aplicación del Acuerdo SPS, tal como lo define su Anexo A, numeral 1. Sin embargo, el grupo no clasificó la moratoria como “medida” restrictiva del comercio en el sentido del Anexo A, numeral 1, sino que constató una infracción al deber de garantizar un procedimiento sin demoras indebidas en el sentido del Artículo 8 y el Anexo C, numeral 1, letra a, del Acuerdo SPS. Al respecto, el grupo resaltó que una moratoria no puede suplantar la apreciación de riesgos exigida por el Acuerdo,¹³⁵ y que el principio de cautela no puede neutralizar el deber de garantizar un procedimiento rápido.¹³⁶

9. Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio

Bibliografía recomendada: Wolfrum, R., Stoll, P.T., Seibert-Fohr, A.: *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007.

93

Otros límites a posibles restricciones del comercio se encuentran en el Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio (Acuerdo OTC). El Acuerdo OTC abarca “reglamentos técnicos”, por ejemplo, relativos al etiquetaje y normas relativas a la producción (Anexos 1 y 2). Los reglamentos técnicos están sujetos al principio de no discriminación y al de trato de la nación más favorecida (art. 2.1 Acuerdo OTC). Además, el Acuerdo prohíbe restricciones excesivas, es decir, no justificadas por objetivos legítimos derivados del interés general (art. 2.2). Entre los objetivos legítimos de los reglamentos técnicos están, según el Acuerdo OTC, entre otros, “los imperativos de la seguridad nacional; la prevención

M., Lindseth, P. (eds.): *Transatlantic Regulatory Cooperation*, 2001, pp. 301 ss.; id.: “Risiken für Umwelt und Gesundheit im Spannungsfeld nationaler und internationaler Regulierungsphilosophien”, Breuer, R. (ed.): *Regelungsmaßstab und Steuerungskraft des Umweltrechts, Recht der Wasser- und Energiewirtschaft*, 27/ 2000, pp. 61 ss.

¹³³ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006).

¹³⁴ V. *infra*, tema 8, nota al margen 7.

¹³⁵ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), núm. 7.1517.

¹³⁶ *Ibid.*

de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente”.

Las normas técnicas en el sentido del Acuerdo OTC constituyen una amenaza mucho menor al comercio internacional que las restricciones contempladas en el Acuerdo-MSF, las cuales bloquean por completo el acceso de los productos al mercado. Este hecho justifica un mayor margen de acción para los miembros de la OMC, a la hora de erigir obstáculos técnicos al comercio. 94

La toma en consideración de normas internacionales prescrita por el Artículo 2.4 Acuerdo-OTC tiene una relevancia particular, ya que limita los márgenes nacionales de acción:

Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

En este contexto, las normas técnicas de la Comisión *Codex Alimentarius* tienen gran relevancia, porque sirven de directrices para los reglamentos imperativos de carácter técnico de los miembros de la OMC.¹³⁷ 95

Las normas internacionalmente reconocidas sirven como directrices y estándares de referencia, incluso cuando son más recientes que los reglamentos estatales en cuestión. El Órgano de Apelación confirmó este carácter dinámico de los estándares internacionales en el Asunto-Sardinias (*Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinias*),¹³⁸ confirmando el informe del grupo especial. Ello significa que los miembros de la OMC tienen que ajustar sus reglamentos técnicos a las exigencias de nuevas normas internacionales, incluso con efecto retroactivo, para evitar divergencias injustificables con éstas últimas. 96

10. EL GATS

Bibliografía recomendada: Delimatsis, P.: *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency and Regulatory Diversity*, 2008; Matoo, A., Stern, R. M., Zanini, G.: *A Handbook of International Trade in Services*, 2007; Krajewski, M.:

¹³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinias*, WT/DS 231/AB/R (2002), núm. 217 ss.

¹³⁸ *Ibid.*, núm. 205.

National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, 2003; Reinold, T.: *Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS*, 2009; Wolfrum, R., Stoll, P. T., Feinaugle, C.: *WTO – Trade in Services*, 2008.

- 97 El GATS se aplica a las medidas adoptadas por los miembros (art. I.1) que afecten al comercio de servicios (art. I.2), y cubre toda clase de servicios en todos los sectores excepto “los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales” (art. I.3, letra b).

El GATS contiene una obligación general de trato de la nación más favorecida (art. II.1). Las excepciones al art. II están enumeradas en un anexo al GATS. De manera similar al GATT, el GATS contiene una excepción al trato de la nación más favorecida respecto a acuerdos que liberalicen aun más el comercio de servicios (art. V).

Varios preceptos importantes del GATT tienen un ámbito de aplicación limitado, porque sólo son aplicables en el marco de compromisos “específicos” contraídos por los miembros en determinados sectores de servicios (como, por ejemplo, servicios de telecomunicaciones).¹³⁹ Este grupo abarca preceptos de reglamentación nacional de carácter general (art. VI.1, 3, 5 y 6), así como compromisos en cuanto al libre acceso a mercados (art. XVI) y de trato nacional (art. XVII). Además, el GATS prevé un régimen excepcional para algunos sectores (como la industria cinematográfica, los servicios financieros o la navegación).

Algunas obligaciones prohíben hasta restricciones no discriminatorias (por ejemplo, en cuanto a títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias, arts. VI:4 y 5 GATS).

En cambio, el Artículo XIV GATS establece excepciones (es decir, posibilidades de imponer restricciones) con carácter general:

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

- a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público;
- b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a:

¹³⁹ Mathews, B.: *The WTO Agreements on Telecommunications*, 2003.

§ 10. El GATT y el nuevo sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

- i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;
 - ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;
 - iii) la seguridad;
- d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros;
- e) incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición o de las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición contenida en cualquier otro acuerdo o convenio internacional que sea vinculante para el Miembro.

En cuanto a medidas para proteger la moral o el orden público (art. XIV, letra a GATS), los miembros gozan de un amplio margen de apreciación para tomar en consideración valores y opiniones sociales prevalentes en sus poblaciones.¹⁴⁰

Los miembros sólo pueden invocar la excepción de orden público cuando “se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad” (nota al art. XIV, letra a GATS).

Para ser admisibles, las restricciones al comercio de servicios siempre deben ser proporcionadas a, y justificadas de acuerdo con, los intereses mencionados en el artículo XIV. Ello implica en cada caso una ponderación de los intereses afectados, así como la comparación entre la medida restrictiva del comercio por un lado, y alternativas menos incisivas, por el otro.¹⁴¹

En el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, el Órgano de Apelación se ocupó de medidas impuestas por la República Popular de China para proteger la moral pública respecto de la importación de medios impresos y productos audiovisuales de esparcimiento. En el sistema atacado por los Estados Unidos, no sólo el control del contenido, sino también la importación, estaban en manos de empresas estatales chinas. El Órgano de Apelación consideró que un monopolio de la importación es una medida desproporcionada, porque existen alternativas menos incisivas (importa-

¹⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), num. 299; Informe del Grupo Especial, WT/DS285/R (2004), núm. 6.461 ss.

¹⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), núm. 306 ss.; Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS 363/AB/R (2009), núm. 244 ss.

ción también por parte de empresas privadas, posiblemente con participación extranjera, mientras el control del contenido queda en manos del Estado).¹⁴²

98 La obligación de abrir los mercados que resulta de la prohibición de restricciones cuantitativas en el Artículo XVI. 2 del GATS es de gran relevancia:

En los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente:

- a) limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- b) limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- c) limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y
- f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas.

En el asunto *Estados Unidos – Juegos de Azar*,¹⁴³ el Órgano de Apelación consideró que la prohibición completa de ciertos servicios, al constituir un “contingente cero”, entra en la categoría de “contingentes numéricos”.

¹⁴² Informe del Grupo Especial, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R (2009), núm. 7.868; Informe del Órgano de Apelación en el mismo asunto, WT/DS 363/AB/R (2009), núm. 250 ss.

¹⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005); hierzu der Beitrag von J. Trachtman, AJIL 99 (2005), pp. 861 ss.

El asunto se remonta a una demanda del pequeño Estado de Antigua y Barbuda contra leyes federales de los Estados Unidos que declaraban radicalmente ilegal todo servicio transfronterizo de juegos de azar y apuestas en todo el mercado estadounidense.

El Órgano de Apelación extendió la regla sobre contingentes numéricos del Artículo XVI.2, letras a y c GATS a las restricciones absolutas de acceso al mercado:

Así pues, por ‘contingente numérico’, en el párrafo 2 a) del artículo XVI, parece entenderse un límite cuantitativo al número de proveedores de servicios. El hecho de que el término ‘numérico’ abarque cosas que ‘tienen las características de un número’ sugiere que las limitaciones ‘en forma de contingente numérico’ abarcarían las limitaciones que tienen las características de un número aunque de por sí no lo sean. Puesto que el cero es *cuantitativo* por naturaleza, en nuestra opinión se puede considerar que tiene las ‘características de’ un número, es decir, que es ‘numérico’ (núm. 227).

Ente los compromisos específicos contraídos por los miembros de la OMC con respecto a determinados sectores, los referidos a las telecomunicaciones son de particular relevancia (Anexo sobre telecomunicaciones y catálogos de compromisos específicos de los Miembros). 99

Destacan las obligaciones para garantizar el acceso de proveedores de otros miembros a redes y servicios públicos de telecomunicaciones. Para facilitar dicho acceso, el Anexo sobre telecomunicaciones exige “términos y condiciones razonables y no discriminatorios” (párrafo 5, letra a), así como el permiso de conectar equipos terminales e interconectar circuitos privados (párrafo 5, letra b).

Los catálogos que contienen los compromisos específicos remiten a unos denominados “documentos de referencia”, que especifican en mayor detalle los compromisos contraídos. Incluyen también compromisos de abstenerse de ciertas prácticas que restrinjan la competencia. De ahí que una función (aunque sea muy limitada) del Derecho de la OMC sea proteger la competencia.

En el asunto *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*,¹⁴⁴ un informe del grupo especial constató, por primera vez, una infracción a los preceptos relativos a la competencia del GATS. Se descubrió un pacto colusorio, entre el ente regulador de las telecomunicaciones de México y la empresa más grande de telecomunicaciones del país, Telmex, con respecto a la determinación de las tarifas para llamadas entrantes originadas en el exterior. Este pacto tenía el efecto de restringir la competencia: mientras Telmex fijaba las tarifas para todos los proveedores extranjeros, los demás proveedores domésticos no podían cobrarles tarifas más bajas, y tampoco podían exceder las cuotas de llamadas entrantes asignadas a ellos, que se fijaban en función de la cuantía de las llamadas

¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS 204/R (2004); al respecto, Fox, E.: “The WTO’s First Antitrust Case – Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition”, *JIEL* 9/(2006), pp. 271 ss.

al extranjero que realizaban sus usuarios. Este sistema de fijación de tarifas equivalía a un cártel que consolidaba y petrificaba las cuotas del mercado. En este asunto, que tiene carácter de precedente, el Derecho de la OMC puso límites a la mezcla entre regulación estatal y actividad empresarial privada. Según el informe del grupo especial, México no sólo había cometido una infracción a los compromisos contraídos en virtud del Anexo sobre telecomunicaciones (párrafo 5, letras a y b), sino que, además, había violado sus compromisos contenidos en su Documento de Referencia, referidos a tomar medidas adecuadas para impedir comportamientos anticompetitivos por parte de proveedores dominantes y a asegurar que las tarifas para la interconexión se orienten en los costes:

(...) c) México no ha cumplido las obligaciones dimanantes del párrafo a) de la sección 5 del Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS, ya que no ha asegurado el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y la utilización de los mismos, en términos razonables, a los proveedores de servicios de los Estados Unidos para el suministro transfronterizo, sobre la base de infraestructura situada en México, de los servicios de telecomunicaciones básicas en cuestión;

d) México no ha cumplido las obligaciones dimanantes del párrafo b) de la sección 5 del Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS, ya que no se ha asegurado de que las comercializadoras de los Estados Unidos, cuya presencia comercial en México se ha comprometido a permitir, tengan acceso a circuitos privados arrendados dentro del territorio mexicano o a través de sus fronteras, y de que se les permita interconectar estos circuitos a redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones o con circuitos de otros proveedores de servicios.

11. Aplicación interna del Derecho de la OMC

Bibliografía recomendada: Danwitz, Th. v.: “Der EuGH und das Wirtschaftsvölkerrecht – ein Lehrstück zwischen Europarecht und Politik”, *JZ*, 2001, pp. 721 ss.; Ehlermann, C. -D.: “Die innergemeinschaftliche Anwendung von Regeln des GATT in der Praxis der EG”, *Hilf, M., Petersmann, E. -U. (ed.): GATT und Europäische Gemeinschaft*, 1986, pp. 203 ss.; *Hilf, M.: “Die Anwendung des GATT im deutschen Recht”*, *Hilf, M., Petersmann, E. -U. (ed.): op. cit.*, pp. 11 ss.; *Hudec, R. E.: “Das GATT in der Rechtsordnung der Vereinigten Staaten von Amerika”*, *Hilf, M., Petersmann, E. -U. (ed.): op. cit.*, pp. 243 ss.; *Sauer, H.: “Die innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen – Begriffliche und dogmatische Klärungen”*, *EuR* 2004, pp. 463 y ss.

- 100 Por lo general, en el Derecho de los Estados parte, no se reconoce efecto directo a las normas del GATT. Esto significa que los particulares no pueden invocar las reglas del GATT ni ante los órganos administrativos, ni ante los tribunales nacionales, así como tampoco hacer valer ante ellos sus vulneraciones.

Asimismo, el TJUE rechaza, en principio, la eficacia directa del GATT en el Derecho de la Unión Europea; de tal forma que la Unión Europea está obligada por el GATT, pero los particulares o las empresas, en principio, no pueden alegar que las medidas de las instituciones de la Unión han violado el GATT.¹⁴⁵ El Tribunal de Justicia fundamenta esta posición restrictiva en la imprecisión de las reglas generales del GATT y en la previsión de mecanismos especiales de solución de diferencias sobre las obligaciones derivadas del Acuerdo. Otro argumento más es la remisión a la práctica de otros Estados miembros (reciprocidad).

En el Asunto-Bananos, el TJUE tuvo la oportunidad de poner a prueba su posición esencialmente contraria a la invocación de preceptos del GATT como criterio de análisis de las actuaciones de las instituciones de la Unión Europea.¹⁴⁶

En este caso, se trataba de restricciones masivas a la importación de bananos procedentes de Estados terceros, para favorecer la venta de los procedentes de determinados Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados ACP (Estados de Asia, Caribe y Pacífico vinculados a la Comunidad Europea en el marco de una asociación para el desarrollo). Esta restricción a la importación afectaba especialmente a los países productores de bananos de América Central y América Latina (se utilizaban aranceles extraordinariamente elevados para importaciones que superaran una determinada cuota) y produjo una subida generalizada de los precios, principalmente en Alemania. En el marco de un recurso de anulación, el Gobierno alemán alegó que las medidas proteccionistas de prohibición de las importaciones vulneraban los principios del GATT (violación del principio de la nación más favorecida del artículo I, de los compromisos arancelarios del artículo II y del mandato de trato nacional del artículo III).¹⁴⁷ El TJUE rechazó la posibilidad de analizar los reglamentos comunitarios recurridos a la luz de los preceptos del GATT y alegó para ello el argumento –poco convincente– de que los preceptos del GATT no tienen carácter incondicional. Con razón, esta decisión ha sido objeto de severas críticas.

Según una decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC de septiembre de 1997, dentro de esta pugna en relación con la importación de bananos,¹⁴⁸ la Unión Europea vulneró diversos preceptos del GATT (art. I y II. 4) y, a través de la regulación discriminatoria de procedimientos de importación y comercialización, también el GATS

¹⁴⁵ TJUE, As. 21-24/72, *International Fruit Company, Rec.*, 1972, p. 1219 (1227 ss.).

¹⁴⁶ TJUE, As. C-280/93, *Bananos, Rec.* 1994, I-4973; al respecto, v. por ejemplo Beneyto, J. M.: “Direct Effect of the New Dispute Settlement System?”, *EuZW*, 1996, pp. 295 ss.; Everling, U.: “Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts”, *Common Market Law Review*, 33/1996, pp. 401 ss.

¹⁴⁷ En el marco de una diferencia bajo el GATT, un Grupo Especial constató una infracción contra preceptos del mismo, v. Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Régimen de importación del banano (“Banano II”)*, WT/DS 38/R (1994), al respecto Hahn, M. J., Schuster, G.: “Zum Verstoß von gemeinschaftlichem Sekundärrecht gegen das GATT”, *EuR*, 1993, pp. 261 ss.

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS 27/R (1997), ILM, 37/1998, pp. 243 ss.; al respecto Meier, G.: “Der Endbericht der WTO-Panels im Bananenrechtsstreit”, *EuZW*, 1997, pp. 566 ss.

(el principio de la nación más favorecida del Artículo II GATS y el principio de trato nacional del artículo XVII).

- 102 La expectativa de que el TJUE modificara su jurisprudencia tras la entrada en vigor de la nueva ordenación del comercio mundial con el nuevo régimen de la OMC y el procedimiento de solución de diferencias no se ha cumplido hasta el momento.¹⁴⁹ En el Preámbulo a la Decisión sobre la celebración de los tratados de comercio mundial,¹⁵⁰ el Consejo de la Unión Europea rechazó rotundamente la aplicabilidad directa del Derecho de la OMC, sustentándose en la jurisprudencia del TJUE y considerando: “que por su propia naturaleza el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros”.

No obstante lo anterior, el TJUE debería aceptar la aplicabilidad del Derecho de la OMC, por lo menos a medida que determinadas reglas de la OMC sean concretadas a través de decisiones vinculantes del Órgano de Solución de Diferencias. Pero, incluso para estos casos, el TJUE se empeña en una negación sin matices.

El TJUE ha mostrado hasta el momento una sorprendente falta de sensibilidad respecto de la vinculación de la Unión Europea a las obligaciones de Derecho internacional derivadas del sistema GATT/OMC. También es llamativo que ni siquiera los Estados miembros de la Unión Europea, en su capacidad de Estados parte del GATT/OMC, puedan obligar al TJUE a controlar la observancia de las obligaciones derivadas de esos Acuerdos (en el marco de un recurso de anulación).

- 103 En el asunto *van Parys*, el TJUE se negó a revisar un precepto del Derecho derivado de la Comunidad Europea sobre la organización del mercado común de los bananos a la luz del Derecho de la OMC, aun cuando el plazo prudencial para implementar las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias en el sentido del Artículo 21.3 del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias ya había expirado. Para justificar su decisión, el TJUE remitió a la posibilidad abierta a las partes, de que solucionen sus diferencias sobre el significado y contenido del deber de implementar recomendaciones y las contramedidas admisibles a través de una solución negociada.¹⁵¹ La solución del TJUE, de remitir al Derecho internacional público para el arreglo de conflictos, puede sustentarse en la *praxis* de los mecanismos de solución de diferencias, que suelen implicar disputas de larga duración sobre cómo las medidas discutidas deben ser conformes con el Derecho de la OMC. Sin embargo, este punto de vista descuida el hecho de que las

¹⁴⁹ El TJUE sigue manteniendo una posición restrictiva en su nueva doctrina: As. C-149/96, *Portugal c. Consejo*, Rec., 1999, p. I-8395, núms. 25 ss; As. C-307/99, *OGT Fruchthandelgesellschaft*, Rec., 2001, p. I-3159, n. marg. 22 y ss. En ellas, el TJUE establece que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben rechazar la eficacia directa de las normas de la OMC. En cuanto a la aplicación conforme con los Acuerdos de la OMC del Derecho procesal nacional, v.: TJUE, As. C-300/98 – *Parfums Christian Dior*, Rec., 2000, p. I-11307.

¹⁵⁰ DOCE 1994 L 336, p. 1.

¹⁵¹ TJUE, As. C-377/02, *van Parys*, Rec. 2005, I-1465, n. marg. 45 ss.

contramedidas no dispensan de las obligaciones primarias establecidas en el Derecho de la OMC (art. 22.1, primera frase, del Entendimiento), y que el nivel de la suspensión de concesiones se rige también por el grado de la anulación o menoscabo del Tratado (art. 22.4 del Entendimiento).

De todos modos, el TJUE ha reconocido efecto directo a algunas disposiciones de procedimiento del Acuerdo-TRIPS, sin que por ello haya cambiado su posición esencial en relación con el Derecho de la OMC. De ahí la exigencia impuesta por el TJUE en el asunto *Dior*, de que los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea tomen en consideración el Artículo 50 del ADPIC, al conceder medidas provisionales para proteger la propiedad intelectual: 104

Por lo que respecta a los ámbitos en los que se aplica el Acuerdo ADPIC y en los que la Comunidad ya ha legislado, como es el caso de las marcas (...) se desprende que, en virtud del Derecho comunitario, las autoridades judiciales de los Estados miembros están obligadas, cuando han de aplicar sus normas nacionales para ordenar medidas provisionales con objeto de proteger los derechos pertenecientes a dicho ámbito, a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad del Artículo 50 del Acuerdo ADPIC.¹⁵²

Desde hace mucho tiempo, los tribunales estadounidenses también se muestran reacios a la invocación del GATT como instrumento de control interno de medidas de política económica.¹⁵³ La ratificación del nuevo sistema GATT por parte del Congreso de Estados Unidos se ligó a la formulación, extraordinariamente problemática, según la cual las normas del GATT no eliminan el Derecho nacional existente. Estas posiciones restan fuerza normativa al sistema GATT. 105

Rigen entonces ciertas especialidades si un precepto nacional (o una disposición del Derecho de la Unión Europea) realiza una remisión al GATT o a otro instrumento del Derecho de la OMC y permite a los particulares invocar el GATT judicialmente. Este tipo de reglas existe tanto en el Derecho de la Unión Europea, como en el Derecho estadounidense. Se trata de instrumentos de Derecho procesal, a través de los cuales las violaciones del GATT por parte de otros Estados, o las cláusulas de salvaguardia a favor de la propia industria, pueden hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Un procedimiento de este tipo se prevé en el Derecho estadounidense, en la Sección 301 del *Trade Act* de 1974. Este precepto permite a las empresas privadas, sobre la base de una ley, poner en entredicho determinadas medidas gubernamentales.¹⁵⁴ 106

¹⁵² TJUE, As. C-300/98 y C-392/98, *Parfums Christian Dior*, Rec. 2000, I-11 307, n. marg. 47; v. también TJUE, As. C-53/96, *Hermès International*, Rec. 1998, I-3603.

¹⁵³ Sudamérica de Aleaciones Laminadas, C. A. c. Estados Unidos, 966, F. 2d 660 (Fed. Cir. 1992).

¹⁵⁴ En cuanto a esta posibilidad y otras similares, conforme al Derecho americano, v.: Bhagwati, J. N., Patrick, H.

107 El homólogo europeo de esta clase de mecanismos es el Reglamento (CE) 3286/1994 sobre obstáculos al comercio,¹⁵⁵ que constituye el “nuevo instrumento de política comercial” de la Comunidad Europea (Reglamento 2641/84/CEE).¹⁵⁶ En virtud del mismo, los productores domiciliados en la Unión Europea o un Estado miembro pueden presentar una denuncia a la Comisión, para conseguir que la Unión Europea adopte medidas contra las prácticas comerciales de terceros Estados que den lugar a obstáculos contrarios a normas convencionales internacionales (artículos 3.1 y 4.1 en relación con el artículo 2.1 del Reglamento).

En un primer momento, se discutía si un denunciante privado podía invocar el GATT ante el TJUE, cuando la Comisión rechazara la existencia de una contravención del mismo y, por ello, se negara a intervenir.

En el asunto *Fediol III* de 1989, el Tribunal de Justicia afirmó que el denunciante individual tiene derecho a recurrir ante el TJUE la decisión negativa de la Comisión, para que se examine si la medida de un tercer Estado denunciada es compatible con el GATT.¹⁵⁷ Es cierto que, en principio, los ciudadanos comunitarios no pueden alegar directamente preceptos del GATT. No obstante, la remisión del Artículo 2.1 del Reglamento 2641/84 a las normas comerciales internacionales incluiría también el GATT.

Además, el Tribunal de Justicia examinó la compatibilidad del Reglamento *anti-dumping* del Consejo con el Código *Antidumping* de 1979, y estableció al respecto que los propios considerandos del Reglamento se refieren a dicho Código.¹⁵⁸

12. Solución de diferencias

Bibliografía recomendada: Bronckers, M., van den Broek, N.: “Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement”, *Journal of Economic Law*, 8/2005, pp. 101 y ss.; Cottier, T.: “Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and structural implications for the European Union”, *Common Market Law Review*, 35/1998, pp. 325 ss.; Gouhua, Y., Mercurio, B., Yong, L., Yang, G., Li, Y.: *WTO Dispute Settlement Understanding: A Detailed Interpretation*, 2005; Hsu, L.: “Non-violation complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements”, *JWT* 39/2005, pp. 205 y ss.; Jürgensen, T.: “Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System”, *JWT* 39/2005, pp. 327 y ss.; Mavroidis, P.C.: “No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts”, *AJIL* 102/2008, pp. 412 y ss.; Pescatore, P., Stewart, T. P.,

C. (ed.): *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, 1990; Clubb, B. E.: *United States Foreign Trade Law*, 191, T. 1, pp. 232 ss.; Nettesheim, M.: “Section 301 of the Trade Act of 1974: Response to Unfair Foreign Trade”, Grabitz, E., Bogdandy, A. v. (ed.): *U. S. Trade Barriers: A Legal Analysis*, 1991, pp. 355 ss.

¹⁵⁵ DOCE, 1994, L 349, p. 71.

¹⁵⁶ Al respecto, v.: Berrisch, G. M., Kamann, H. –G.: “Die Handelshemmnis-Verordnung”, *EuZW*, 1999, p. 101.

¹⁵⁷ TJUE, As. 70/87, Rec., 1989, p. 1781 (pp. 1830 ss.).

¹⁵⁸ TJUE, As. C-69/89, Nakajima, Rec., 1991, p. 2069 (pp. 2177 ss.).

Dwyer, A.: *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement* (tres tomos), 2007; Petersmann, E. –U.: *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, 1997; Sauer, H.: “Die innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen – Begriffliche und dogmatische Klärungen”, *EuR* 2004, pp. 463 y ss.; Schollendorf, K.: *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO)*, 2005; Schwartzmann, R.: *Private im Wirtschaftsvölkerrecht*, 2005; Vázquez, C. M., Jackson, J. H.: “Some Reflections on Compliance with WTO Dispute Settlement Decisions”, *Law and Policy in International Business*, vol. 33/2002, pp. 555 ss.; Vranes, E.: “Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation”, *EuZW*, 2001, pp. 10 ss.; Wolfrum, R., Stoll, P.T., Kaiser, K.: *WTO Institutions and Dispute Settlement*, 2006; World Trade Organisation (ed.): *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, 2004.

Como mecanismos de solución de diferencias, el GATT prevé, por una parte, la celebración de consultas conforme al artículo XXII y, por otra, el procedimiento de solución de diferencias del artículo XXIII, al cual los Estados parte le han otorgado, más allá del parco texto legal, características similares a las de un tribunal arbitral. Los dos procedimientos no están necesariamente interrelacionados, sino que se sitúan uno al lado del otro. Hasta ahora, la solución de diferencias del GATT tenía como objetivo, en primer término, lograr el acuerdo entre las partes y no la adopción de una decisión cuasijudicial. En este punto, se ha producido una reforma fundamental en el sistema de solución de diferencias como consecuencia de la nueva OMC. 108

Según el modelo original, en virtud del Artículo XXIII del GATT, la solución de la diferencia quedaba, en última instancia, en manos de los Estados miembros representados en el Consejo. En un momento bastante temprano de la historia del GATT, el Consejo procedió a encomendar esta tarea a un grupo de expertos (*panel*), que elaboraría un informe previo, el así denominado Informe del grupo especial. El grupo especial se componía, por regla general, de tres destacados especialistas independientes. El informe del grupo especial como tal sólo tenía el carácter de una recomendación y no producía efectos jurídicos. Si los Estados parte lo adoptaban, este informe se convertía en Derecho secundario del GATT. Para decidir sobre esta adopción, las partes en conflicto también tenían derecho a votar. Aunque la adopción de un informe requería una mayoría simple entre los Estados parte (art. XXV. 4), en la práctica, esta decisión se alcanzaba por consenso. Algunos informes no se adoptaban formalmente, sino que solamente se divulgaban. Lo habitual era que los informes cuya fundamentación resultaba evidente fueran adoptados. 109

Cuando una de las partes del conflicto no cumplía con una recomendación del informe, los Estados miembros podían autorizar a uno o más de ellos a suspender el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General (art. XXIII). 110

El Entendimiento relativo a las Normas y los Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*) 111

constituye uno de los elementos esenciales de la reforma del sistema GATT en la Ronda Uruguay. Para administrar las normas de este Entendimiento, se estableció, en primer término, un Órgano de Solución de Diferencias (OSD o *Dispute Settlement Body - DSB*) que se encuadra en el sistema de la OMC (art. 2.1 del Entendimiento). Entre las competencias de este Órgano se encuentra la constitución de los grupos especiales, la admisión de las solicitudes para la solución de diferencias, el control y seguimiento de las decisiones y las recomendaciones y, en último lugar, como sanción al incumplimiento de los tratados por parte de un miembro, la autorización a alguno de los otros Estados miembros de suspender el cumplimiento de determinadas obligaciones (art. 2.1).

112 Modificaciones esenciales de Derecho procesal son el extraordinariamente simplificado procedimiento de adopción de las recomendaciones de los grupos especiales, así como la introducción de una apelación. Además, la duración del procedimiento se acorta. Los informes de los grupos especiales deben ser adoptados dentro de los sesenta días siguientes desde su aprobación, en una sesión del OSD. En esta sede, la aplicación del principio del consenso se invierte, a favor de la aceptación: el informe se considera adoptado a menos que una de las partes de la controversia plantee formalmente apelación, o que el OSD decida por consenso no adoptarlo (art. 16. 4 del Entendimiento).

113 Con el fin de revisar los informes de los grupos especiales se creó un Órgano de Apelación de carácter permanente (art. 17 del Entendimiento). Los informes que emita este Órgano serán adoptados por el OSD, salvo que se decida, por consenso y en el plazo de treinta días, no aprobarlos (art. 17.14). Las partes deben cumplir sin reserva los informes que hayan sido adoptados. El período comprendido entre la fecha de establecimiento del grupo especial y la fecha en que el OSD examina el informe de éste (o del Órgano de Apelación) no debe durar, por regla general, más de nueve meses (o doce cuando se haya interpuesto apelación) (art. 20.1).

El Órgano de Apelación ha admitido la posibilidad de tomar en consideración informes presentados por personas naturales y jurídicas, así como por organizaciones no gubernamentales (ONGs), en calidad de *amicus curiae*. Algunos miembros de la OMC han duramente criticado esta práctica.¹⁵⁹

114 Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación, al controlar una medida impugnada, llegan a la conclusión de que ésta es incompatible con un Acuerdo-OMC incluido en el Entendimiento, han de recomendar que el correspondiente miembro ponga la medida en conformidad con el Acuerdo en cuestión (art. 19.1, primera frase, del Entendimiento). Además de formular recomendaciones, los grupos especiales o el Órgano de Apelación pueden sugerir la forma en que el miembro afectado podrá aplicarlas (art. 19.1, segunda frase, del Entendimiento).

¹⁵⁹ Schwartmann, R.: *Private im Wirtschaftsvölkerrecht*, 2005, pp. 428 ss.

Dentro de un plazo de 30 días a partir de la adopción del informe del grupo especial, el miembro al que se dirijan las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias, tiene que explicar sus propósitos de cómo aplicarlas (art. 21.3, primera frase, del Entendimiento). En caso de que no sea factible cumplir las recomendaciones y resoluciones de inmediato, el miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo (art. 21.3, segunda frase, del Entendimiento). El plazo prudencial es uno de los sugeridos por el miembro afectado, si el Órgano de Solución de Diferencias así lo aprueba; de lo contrario, se determina por acuerdo entre las partes o será determinado por un árbitro (art. 21.3 del Entendimiento).

Las controversias que puedan surgir sobre la aplicación correcta de las recomendaciones serán decididas por el Órgano de Solución de Diferencias (con intervención, si fuera posible, del grupo especial que haya conocido inicialmente del asunto). Por regla general, el informe del grupo especial deberá ser completado dentro de 90 días (art. 21.5 del Entendimiento). 115

Cuando un Estado miembro no acate las recomendaciones o las resoluciones vinculantes del OSD, el Estado miembro que haya entablado el procedimiento podrá solicitar que se le autorice a tomar contramedidas como, por ejemplo, una compensación o la suspensión al miembro afectado de la aplicación de concesiones y otras obligaciones frente al Estado incumplidor (art. 22 del Entendimiento). La fijación de una compensación presupone el consentimiento del miembro que está en mora (art. 22.1, tercera frase, del Entendimiento). 116

Al no llegarse a un entendimiento negociado respecto de la compensación dentro de un determinado plazo (20 días después de la expiración del plazo prudencial en el sentido del Artículo 21.3 del Entendimiento), el miembro afectado por la violación del acuerdo puede solicitar la suspensión de sus compromisos convencionales frente al miembro en mora: 117

Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21, ese Miembro, si así se le pide, y no más tarde de la expiración del plazo prudencial, entablará negociaciones con cualesquiera de las partes que hayan recurrido al procedimiento de solución de diferencias, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados (art. 22.2 del Entendimiento).

- 118 La autorización para tomar contramedidas debe ser concedida dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial en el sentido del Artículo 21.3 del Entendimiento, a menos que se decida por consenso desestimar la petición (art. 22.6, primera frase, del Entendimiento). Si el miembro afectado impugna las contramedidas autorizadas, la cuestión se someterá a arbitraje ante el mismo grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, o ante un árbitro nombrado por el Director General (art. 22.6, segunda y tercera frase del Entendimiento).

Es difícil hacer coincidir los plazos previstos para la solución de una diferencia sobre la debida aplicación de las correspondientes recomendaciones en virtud del Artículo 21.5 del Entendimiento, y los plazos del procedimiento para la autorización de contramedidas en virtud del Artículo 22.2 del Entendimiento. De todas maneras, la imposición unilateral de contramedidas, sin previo acuerdo del Órgano de Solución de Diferencias, es inadmisibles. Así lo afirmó este último en la “controversia de los bananos” entre los Estados Unidos y la Comunidad Europea.¹⁶⁰ En la práctica, tanto el procedimiento de solución de diferencias establecido en el Artículo 21.5 del Entendimiento, como el procedimiento de autorización de contramedidas del Artículo 22.2 del Entendimiento, se incoan inmediatamente después de la expiración del plazo prudencial del Artículo 21.3 del Entendimiento. Mientras tanto, un procedimiento con base en el Artículo 22.6 del Entendimiento se suspende hasta la solución de la diferencia conforme al Artículo 21.5 del Entendimiento.

- 119 El Artículo 22.3 del Entendimiento contiene ciertos principios rectores para la suspensión de concesiones y otras obligaciones. La idea rectora es preservar la simetría entre las infracciones constatadas y sus contramedidas (letra a). Si la reacción simétrica fuera impracticable, o disminuyera la efectividad de las contramedidas, se ha de permitir también la aplicación de contramedidas a otros sectores cubiertos por el mismo Acuerdo (letra b). Por ejemplo, como respuesta a un incumplimiento del Acuerdo en el sector del automóvil, puede establecerse una sanción en el sector del mantenimiento electrónico. En la escala de sanciones, la más incisiva es la suspensión de concesiones u de otras obligaciones con base en otro Acuerdo, distinto al Acuerdo OMC que hubiera sido infringido. Las contramedidas aplicadas a sectores o Acuerdos distintos de aquellos vulnerados por las infracciones de la otra parte se llaman *cross-retaliation*. Esta posibilidad de imponer sanciones incrementa los riesgos no calculables derivados del incumplimiento de los Acuerdos y debería contribuir a reforzar de forma sustancial la nueva ordenación del comercio mundial. La suspensión de obligaciones a favor del Estado perjudicado no sólo sirve como aliciente de comportamientos conformes al Acuerdo, sino que también persigue –de forma prospectiva– la compensación de la desventaja económica sufrida por la vulneración del Acuerdo.

¹⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS 165/ AB/R (2000), núm. 93 ss.

De gran trascendencia es la estricta primacía de los nuevos mecanismos de solución de diferencias frente a medidas unilaterales (art. 23 del Entendimiento). Por lo tanto, es inadmisibles que los órganos de un Estado miembro constaten de manera legalmente vinculante la vulneración de un acuerdo antes de la conclusión del procedimiento multilateral de solución de diferencias. Las medidas de un miembro contra las infracciones de otro deben basarse en decisiones del OSD y no tendrán un alcance mayor del indispensable de acuerdo con la autorización de contramedidas correspondiente (art. 23). Esta primacía del procedimiento multilateral de solución de diferencias plantea preguntas fundamentales en cuanto a la admisibilidad de determinados instrumentos del Derecho nacional adoptados frente a obstáculos comerciales no deseados o distorsiones de la libre competencia por parte de otros miembros del sistema OMC. La reforma del procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC logró contener el empleo de tales contramedidas nacionales y obligó a algunos miembros a cortar las reacciones excesivas contra empresas de otros Estados (ya sea a través de modificaciones legislativas o de su aplicación de conformidad con el Acuerdo). Esto es especialmente cierto para el Derecho estadounidense (con el potencial de reacción de la Sección 301 del *Trade Act* e instrumentos similares) y también, aunque en menor medida, para los instrumentos similares de la Unión Europea.

No sería correcto entender que los mecanismos de sanción suponen una alteración o retracción de las obligaciones convencionales. Existe una controvertida teoría según la cual el pago de compensaciones y la suspensión de obligaciones sustituyen al requisito de cumplir las obligaciones convencionales. Pero un Estado no puede “librarse” de su obligación de lealtad a los Acuerdos celebrados por él: la obligación primaria de someterse a las reglas comerciales del régimen de la OMC permanece inalterable. En este orden de ideas, el Artículo 22 del Entendimiento establece en la primera y segunda frase de su párrafo 1:

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados.

El actual régimen de compensaciones adolece de varios problemas fundamentales. Por ejemplo, las contramedidas no conllevan compensación de daños a las empresas afectadas. A ello se añade que las contramedidas, como excepciones a las concesiones comerciales acordadas a favor del miembro afectado, pueden tener efectos muy sensibles para empresas ajenas a la disputa original. Con frecuencia, los países en desarrollo no tienen la capacidad de hacer un uso económicamente razonable de posibles contramedidas. Todo ello ofrece motivos para ampliar la gama de posibles sanciones a adoptar en el marco del procedimiento de solución de diferencias, proponiéndose que se incorpore el derecho a

una compensación financiera por infracciones a los Acuerdos-OMC que no presupongan el consentimiento de la otra parte.

- 122 La relación entre el procedimiento de solución de diferencias de la OMC y los mecanismos especiales de solución de diferencias previstos en otros tratados de libre comercio es problemática. En el asunto *México – Medidas fiscales sobre refrescos y otras bebidas*, el Órgano de Apelación decidió que por regla general un grupo especial no tiene que ejercer su competencia cuando las partes pueden también acudir a la solución de diferencias en el marco del TLCAN.¹⁶¹

El asunto *Brasil – Medidas que afecta a la importación de neumáticos recauchutados* concierne a una restricción a la importación de neumáticos recauchutados impuesta por Brasil en interés de la protección de la salud y del medio ambiente. Un tribunal arbitral del Mercosur consideró que esta restricción constituía una infracción a las reglas de libre comercio del Mercosur. Acto seguido, Brasil decretó una excepción a favor de neumáticos provenientes de otros Estados miembros del Mercosur. Para el Órgano de Apelación, esta excepción constituía una discriminación arbitraria y no justificada en términos del Artículo XX del GATT, a pesar de que Brasil sólo quiso cumplir sus obligaciones derivadas del laudo arbitral en el marco del Mercosur. El Órgano de Apelación se apoyó en que Brasil, en el procedimiento arbitral en el Mercosur, no había invocado preceptos paralelos al Artículo XX, letra b del GATT de uno de los acuerdos regionales de libre comercio aplicable a los países del Mercosur. Con base en este argumento, el Órgano de Apelación concluyó que la regla de excepción no derivaba necesariamente de un conflicto entre el Derecho de la OMC y el Derecho del Mercosur.¹⁶²

- 123 La intensa juridificación de la solución de controversias refleja un profundo cambio en el sistema de comercio mundial, en el que el acento deja de estar en la lucha por el consenso político para colocarse en las decisiones del órgano de solución de diferencias. Hasta ahora, la mayoría de los grupos especiales se ha ocupado de obstáculos no tarifarios.¹⁶³ También tienen un papel importante las controversias sobre aranceles *antidumping*.

- 124 Las prácticas “patológicas” en términos del cumplimiento de las decisiones del Órgano de Apelación se aprecian claramente en el uso de estrategias dilatorias por parte de los miembros y en las dificultades que tienen a la hora de tomar contramedidas eficaces.

Por regla general, los Estados Unidos suelen adaptar las medidas contestadas por su contrariedad con el Derecho de la OMC cuando el ajuste incumbe a la rama ejecutiva;

¹⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/AB/R (2006), núm. 46 ss.

¹⁶² Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R (2007), núm. 234.

¹⁶³ La exposición de los procedimientos de solución de diferencias conforme al nuevo sistema se encuentran en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm#disputes. Sobre los procedimientos más importantes con base en el GATT-47, v. Bast, J., Schmidt, A.: “Das GATT-Streitschlichtungsverfahren”, RIW, 1991, pp. 929 ss.

en cambio, en el caso de medidas legislativas del Congreso, el balance es desalentador. En el asunto *Estados Unidos-Antidumping Act 1916* (15 U.S.C. 72), los Estados Unidos se negaron durante muchos años a derogar una ley que permitía la imposición de sanciones adicionales a aranceles *antidumping*. En el pasado, algunas empresas europeas se “libraron” de posibles sanciones por parte de los Estados Unidos a través de arreglos financieros bajo condición de mantener la confidencialidad. Por lo tanto, resultó difícil implementar contramedidas de la Unión Europea ajustadas al valor real de las pérdidas sufridas por las empresas europeas.

También en el asunto *Byrd Amendment*, los Estados Unidos se negaron durante años a la debida implementación de la decisión del Órgano de Apelación. Por lo tanto, tuvieron que soportar contramedidas de la Unión Europea, así como de otros Estados.

En la “controversia sobre las hormonas” (*Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*), la Comunidad Europea hubiera debido, a la expiración de un plazo determinado, bien presentar una evaluación del riesgo apoyando la prohibición de la importación de carne bovina tratada con hormonas, bien levantar la medida. Expirado el plazo, los Estados Unidos y Canadá quedaron facultados para tomar contramedidas. Aun tras la notificación de una revisión de la directiva relativa a hormonas (que representa la evaluación definitiva del riesgo), la debida implementación de la decisión del Órgano de Apelación siguió siendo objeto de controversia entre las partes. Por lo tanto, los Estados Unidos y Canadá mantuvieron sus contramedidas a título provisional.

El sistema de solución de diferencias incluye no sólo la reclamación por diferencias sobre la infracción de obligaciones convencionales, sino también la presentación de las llamadas representaciones y proposiciones por escrito sin que haya habido violación en el sentido anterior por parte del miembro reclamado (*non-violation complaints*), y ello en virtud de los artículos XXIII. 1 letra b del GATT, 26 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, XXIII. 3 del GATS, y 64 del ADPIC.¹⁶⁴ Con tales representaciones y proposiciones por escrito, un miembro puede oponerse a la frustración de una ventaja convencional por una medida readoptada por otro miembro (sea ésta legalmente admisible o no). El grupo especial en el asunto *Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo* hizo el siguiente resumen de los requisitos:¹⁶⁵

El texto del párrafo 1 b) del artículo XXIII establece tres elementos que la parte reclamante ha de demostrar que concurren para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII que pueda ser admitida a trámite: 1) la aplicación de una medida por un Miembro de la OMC; 2) una ventaja resultante

¹⁶⁴ Hsu, L.: “Non-violation Complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements”, *JWT* 39/2005, pp. 205 ss.

¹⁶⁵ Informe del Grupo Especial, *Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo*, WT/DS 44/R (1998), núm. 10.41.

del acuerdo pertinente; y 3) anulación o menoscabo de la ventaja a consecuencia de la aplicación de la medida.

13. Relaciones osmóticas entre el Derecho de la OMC y otros regímenes de Derecho internacional público

Bibliografía recomendada: Chambers, W. B.: *Inter-Linkages: The Kyoto Protocol and the International Trade and Investment Regime*, 2001; Cleveland, S. H.: "Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compability", *JIEL* 5 (2002), pp. 133 y ss.; Cottier, T., Pauwelyn, J., Bürgi, E. (eds.): *Human Rights and International Trade*, 2005; Gama Sa Cabral, J., Lucarelli De Salvio, G.: "Considerations on the Mercosur Dispute Settlement Mechanism and the Impact of its Decisions in the WTO Dispute Resolution System", *JWT* 42 (2008), pp. 1013 y ss.; Green, A.: Climate Change, "Regulatory Policy and the WTO", *JIEL* 8 (2005), pp. 143 y ss.; Haan, D.: "Linkages between International Finance and Trade Institutions", *JWT* 34 (2000), pp. 1 y ss.; Hilf, M.: "Die WTO – eine Gefahr für die Verwirklichung von Menschenrechten?", *AVR* 43 (2005), pp. 397 y ss.; Marceau, G.: "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction", *JWT* 35 (2001), pp. 1081 y ss.; *id.*: "A call for coherence in International Law", *JWT* 33 (1999), pp. 87 y ss.; Matsushita, M.: "Governance of International Trade Under WTO Agreements – Relationships between WTO Agreements and Other Trade Agreements", *JWT* 38 (2004), pp. 185 y ss.; Neumann, J.: *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen – Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, 2002; Pauwelyn, J.: *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, 2003; *id.*: "The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?", *AJIL* 95 (2001), pp. 535 y ss.

- 126 Los preceptos del Derecho de la OMC tienen múltiples conexiones con otros ordenamientos de Derecho internacional público. Por ejemplo, algunos intereses protegidos por el Derecho medioambiental pueden justificar restricciones al comercio en virtud del Artículo XX del GATT, particularmente cuando son reconocidos por tratados universales. Los tratados ratificados por la gran mayoría de Estados, como por ejemplo la Convención de Washington sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, suponen un indicio para el reconocimiento objetivo de un interés medioambiental, incluso cuando no todos los miembros de la OMC o todas las partes involucradas en una disputa comercial son Estados parte del tratado en cuestión.¹⁶⁶ Sin embargo, ello no prejuzga el resultado concreto de la ponderación entre libre comercio e intereses protegidos de acuerdo con las reglas de la OMC. Las directrices de grupos internacionales de expertos de otras organizaciones internacionales, como la Comisión *Codex Alimentarius*,

¹⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núms. 130-131.

conforman una base reconocida para la evaluación de riesgos, por ejemplo en virtud de los artículos 2.2, 3.1 y 3.2 del Acuerdo MSF.

Así, la protección del clima en virtud del Protocolo de Kyoto puede entrar en conflicto con el principio de no discriminación entre productos nacionales y extranjeros (art. III del GATT, art. 2.1 del Acuerdo OTC) o con estándares de la OMC sobre la gestión de riesgos.¹⁶⁷

Los tratados multilaterales que justifican restricciones inmediatas al comercio en interés de ciertos intereses generales y que compiten con acuerdos de la OMC, son campo abonado de conflictos. Por ejemplo, en materia de restricciones al tráfico económico de organismos genéticamente modificados, parece que el Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad confiere poderes más amplios a los Estados que el Derecho de la OMC.¹⁶⁸ También es de esperar que surjan tensiones a raíz de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la protección y el fomento de la diversidad de las expresiones culturales.¹⁶⁹ La Convención de la UNESCO reafirma la “soberanía cultural” de los Estados, así como un amplio margen de acción en materia de protección de la cultura (art. 2, numeral 2). Permite explícitamente que se impongan reglas y otras medidas de gran alcance para proteger y fomentar la protección de mercancías y servicios considerados como medios de expresión cultural, incluso a través de subvenciones (art. 6.2).

A causa de estas tensiones, los Estados Unidos se oponen rotundamente a la versión adoptada de la Convención UNESCO.

La concreción de los intereses reconocidos en el Derecho de la OMC a la luz de tratados universales (en particular, para la justificación de restricciones al comercio) ha de distinguirse de la competencia directa entre Acuerdos de la OMC y Acuerdos con un contenido diferente y divergente de los primeros.

Es reconocido que los Acuerdos de la OMC deben ser interpretados en el contexto de otras disposiciones de Derecho internacional público. Según el Artículo 3.2, segunda frase, del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, el sistema de la OMC sirve “para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”.

En este orden de ideas, el Órgano de Apelación enfatizó en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* que las reglas de la OMC no deben ser leídas “en aislamiento clínico del Dere-

¹⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), núm. 160 ss.

¹⁶⁸ Sobre esta cuestión, v. tema 8, nota al margen 6.

¹⁶⁹ <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/0014297e.pdf>; al respecto, Hahn, M.: “A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law”, *JIEL*, 9/2006, pp. 515 ss.; Wouters, J., de Meester, B.: “The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A case study in Fragmentation of International Law”, *JWT*, 42/2008, pp. 205 ss.

cho internacional público”, y con tal fin remitió a las reglas de interpretación recogidas en los artículos 31 y ss. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁷⁰

Desde el punto de vista del Derecho de la OMC, la relevancia de Acuerdos que compiten con reglas de la OMC depende en primera línea de si todos los miembros son también parte del otro régimen convencional. En cuanto a la interpretación de tratados de Derecho internacional público, la Convención de Viena prevé que se tome en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31. 3 letra c). Ningún Estado debe aceptar justificaciones para restricciones comerciales con base en convenios a los cuales no se ha adherido.

Por ejemplo, las reglas del Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad no tienen ningún efecto normativo en las relaciones comerciales entre Estados Unidos (que no se ha adherido ni a la Convención sobre la biodiversidad, ni al Protocolo sobre bioseguridad) y otros miembros de la OMC. Por lo tanto, tampoco es posible que el Órgano de Apelación las tome en consideración para perjudicar a los Estados Unidos. El grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* se pronunció de manera similar.¹⁷¹

Habida cuenta del hecho de que el párrafo 3 c) del artículo 31 obliga a tomar en consideración otras normas de derecho internacional aplicables, y de que esa consideración podría llevar al intérprete de un tratado a adoptar una interpretación en lugar de otra, creemos que es lógico interpretar que el párrafo 3 c) del artículo 31 exige que se tomen en consideración las normas de derecho internacional que sean aplicables en las relaciones entre todas las partes en el tratado que se esté interpretando. La exigencia de que un tratado sea interpretado a la luz de otras normas de derecho internacional que obligan a los Estados partes en ese tratado asegura o aumenta la compatibilidad de las normas de derecho internacional aplicables a esos Estados y, por ende, contribuye a evitar conflictos entre las normas pertinentes. (7.70)

Por lo que se refiere al Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, observamos que no entró en vigor hasta el 11 de septiembre de 2003, es decir, después de que el OSD estableciera este Grupo Especial. Entre los Miembros de la OMC partes en el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología se encuentran las Comunidades Europeas. La Argentina y el Canadá han firmado el Protocolo, pero no lo han ratificado después. Por consiguiente, no son partes en él. Los Estados Unidos no han firmado el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología. Si bien ello no impide a los Estados Unidos ratificarlo, hasta el momento no lo han hecho. Por

¹⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*/WT/DS 2/AB/R (1996), p. 17.

¹⁷¹ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006).

lo tanto, tampoco son parte en el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología. No creemos que las normas del Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología puedan considerarse aplicables a los Estados Unidos simplemente porque éstos participan en el Mecanismo de Facilitación del Protocolo. Por tanto, el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no está en vigor para la Argentina, para el Canadá, ni para los Estados Unidos. De ello deducimos que el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no es ‘aplicable’ en las relaciones entre estos Miembros de la OMC y todos los demás Miembros de la OMC. Como hemos dicho antes, a nuestro juicio, el mero hecho de que Miembros de la OMC como la Argentina y el Canadá hayan firmado el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no significa que el Protocolo les sea aplicable. Habida cuenta del hecho de que varios Miembros de la OMC, incluidas las partes reclamantes en esta diferencia, no son partes en el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, no estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que estemos obligados a tener en cuenta dicho Protocolo al interpretar los Acuerdos multilaterales de la OMC en cuestión en la presente diferencia¹⁷² (7.75).

Por lo demás, la incidencia de otros acuerdos de Derecho internacional público y de **130** Derecho consuetudinario en relaciones gobernadas por el Derecho de la OMC necesita ser examinada en detalle, incluso en el caso de que sean aplicables a todas las partes del conflicto, pero no a todos los miembros de la OMC. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de acuerdos sobre determinados niveles de protección social o de protección del medio ambiente, que se invocan como justificación especial para restringir el comercio. Por regla general, se trata de la protección de determinados estándares (de producción) con efectos extraterritoriales, que pueden encontrar una justificación en tratados especiales de Derecho internacional público. La observancia de estándares especiales no aplicables a todos los miembros de la OMC puede generar diferentes niveles de relaciones legales en el seno de la OMC. La toma en consideración de tratados universales es relativamente fácil cuando éstos concretan intereses ya reconocidos en acuerdos de la OMC y no limitan la ponderación de intereses prevista en el Derecho de la OMC (por ejemplo, para la evaluación de riesgos). Además, las normas del Derecho de la OMC sobre la justificación de restricciones al comercio tienen que ser interpretadas a la luz de las obligaciones del Derecho consuetudinario, en materia de derechos humanos y protección del medio ambiente. Sin lugar a dudas, tienen primacía estándares imperativos como los proporcionados por derechos humanos o normas consuetudinarias de Derecho internacional público (ius cogens, Art. 53 de la Convención de Viena sobre los Tratados).

¹⁷² Al respecto también McGrady, B.: “Fragmentation of International Law or ‘Systematic Integration’ of Treaty Regimes: EC – Biotech Products and the Proper Integration of Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *JWT*, 42/2008, pp. 589 y ss.

- 131 No sólo en normas sustantivas se encuentran conexiones y concurrencia entre el Derecho de la OMC y otros regímenes de Derecho internacional público, sino también en preceptos dedicados a la solución de controversias.

Ello se aprecia en el asunto *Chile - Peces espada*.¹⁷³ Se trataba de una disputa sobre las restricciones impuestas por Chile al acceso a puertos chilenos de pescadores de peces espada de otros países. La Comunidad Europea inició un procedimiento de solución de diferencias contra Chile, entre otras cosas por infracción al derecho de tránsito del Artículo V del GATT. Alegando violaciones a preceptos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, para la protección de especies altamente migratorias (arts. 64 y 116 a 119), Chile se dirigió al Tribunal Internacional del Mar. Al final, ambos procedimientos fueron suspendidos (a solicitud de ambas partes) para permitir a las partes buscar una solución consensuada.

14. Perspectivas futuras y retos del sistema OMC

Bibliografía recomendada: Bjørnskov, C., Lind, K. M.: "Where Do Developing Countries Go After Doha? An Analysis of WTO Positions and Potential Alliances", *JWT* 36 (2002), pp. 543 y ss.; Davidow, J., Shapiro, H.: "The Feasibility and Worth of a WTO Competition Agreement", *JWT* 37 (2003), pp. 49 y ss.; Senti, R.: *Die WTO im Spannungsfeld zwischen Handel, Gesundheit und Umwelt: Geltende Ordnung und Reformvorschläge*, 2006; Vranes, E.: *Trade and Environment. Fundamental Issues in International Law, WTO Law and Legal Theory*, 2009.

- 132 Entre los retos pendientes del nuevo sistema del comercio mundial se encuentra la introducción de estándares comunes en la protección del medio ambiente (*Greening the GATT*).¹⁷⁴ En la OMC, se ha establecido un Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) (*Committee on Trade and Environment, CTE*) que investiga la correlación entre la facilitación del comercio, el desarrollo económico y la protección del medio ambiente. Otro tema de importancia central es la inclusión de disposiciones básicas en materia de protección de los trabajadores (*core labour standards*) a través de la cooperación entre la OMC y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).¹⁷⁵

¹⁷³ J. Hillman, Conflicts Between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO- What Should the WTO Do? Cornell International Law Journal, Vol. 42 (2009), pp. 193 ss.; M. Rau, Comment: The *Swordfish* Case - Law of the Sea v. Trade, *ZaöRV* 62 (2002), S 37 ss.

¹⁷⁴ V. por ejemplo, Brown Weiss, E., Jackson, J. H. (ed.): *Reconciling Environment and Trade*, 2001; Sands, P.: *Principles of International Environmental Law*, vol. 1, 1995, pp. 687 ss.; Schoenbaum, T. J.: "International Trade and Protection of the Environment, The Continuing Search for Reconciliation", *AJIL*, 91/1997, pp. 268 ss.; Shaw, S., Schwarz, R.: "Trade and Environment in the WTO. State of Play", *JWT*, 36/2002, pp. 129 ss.; V. también *supra*, tema 8.

¹⁷⁵ En cuanto a la relación entre el Derecho de la OMC y los estándares del Derecho del trabajo: Addo, K.: "The Correlation between Labour Standards and International Trade. Which Way Forward?", *JWT*, 36/2002, pp. 285 ss.; MacCrudden, Ch., Davies, A.: "A Perspective on Trade and Labour Rights", *Journal of International Economic*

En noviembre de 2001, en la Conferencia Ministerial de Doha (Qatar), se abrió una nueva ronda de negociaciones. Esta Conferencia Ministerial acordó una serie de normas referidas a la implementación.¹⁷⁶ La Declaración Ministerial de Doha,¹⁷⁷ que fue aprobada en el mismo momento, contiene un programa de negociaciones para el desarrollo ulterior del sistema de la OMC. Entre los temas de las negociaciones, cabe destacar la mayor protección a los Estados menos desarrollados; una progresiva liberalización de los mercados de prestación de servicios; la aclaración de cuestiones relativas a la propiedad intelectual, por ejemplo, en relación con las patentes de descubrimientos biotecnológicos; las medidas de protección del medio ambiente y la vigilancia de las distorsiones de la libre competencia, que siguen existiendo, sobre todo a través de las subvenciones a la exportación de productos agrícolas, así como el comercio electrónico.¹⁷⁸ En la Conferencia Ministerial de Doha, se aprobó una Declaración común de los Estados miembro relativa al Acuerdo sobre el ADPIC y la salud pública.¹⁷⁹ 133

La sexta Conferencia Ministerial de diciembre de 2005 en Hong Kong adoptó un paquete de medidas para ayudar a los países menos desarrollados.¹⁸⁰ Los países industrializados y los países emergentes que se declaren dispuestos deberán conceder acceso a sus mercados, sin aranceles o contingentes, a por lo menos un 97% de los productos de aquellos países. Además deberán eliminarse, hasta el año 2013, las subvenciones a la exportación y otras medidas para fomentar las exportaciones. Por lo demás, las negociaciones deben considerarse fracasadas. Debido a las divergencias insuperables entre países industrializados y países en vías de desarrollo, así como países emergentes –sobre todo con respecto al acceso equitativo al mercado de productos agropecuarios–, la Conferencia informal de julio de 2008, que contó con la presencia de 40 ministros, no logró un consenso. En el transcurso de las rondas de negociaciones celebradas en los últimos años, se pudo apreciar un traslado de peso a favor del llamado Grupo de los 21 (G-21), liderado por la República Popular de China, India y Brasil, y en detrimento de los poderes comerciales tradicionalmente dominantes, a saber los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón. 134

Law, 3/2000, pp. 43 ss.; Leary, V. A.: “The WTO and the Social Clause: Post-Singapore”, EJIL, vol. 8, 1/1997, pp. 118 ss.

¹⁷⁶ Decisión de 20 de noviembre de 2001 sobre “Implementation-related Issues and Concerns”, WT/MIN(01)/17.

¹⁷⁷ Declaración Ministerial de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1

¹⁷⁸ Al respecto, v. Leier, K. –P.: “Elektronischer Handel in der WTO”, MMR, 2002, pp. 781 ss.

¹⁷⁹ Ver *infra*, tema 15, nota al margen 2.

¹⁸⁰ V. Declaración Ministerial de 22 de diciembre de 2005, WT/MIN(05)/DEC.

Tema 11

La gestión internacional de materias primas: comercio y seguridad del abastecimiento

1. Comercio internacional de materias primas

Bibliografía recomendada: Schorkopf, F.: “Internationale Rohstoffverwaltung zwischen Lenkung und Markt”, AVR 46/2008, pp. 233 y ss.

a) Materias primas en el GATT

- 1 El GATT-94 contiene algunas reglas específicas referidas a materias primas. El artículo XVI B:3 somete la concesión de subvenciones para la exportación de materias primas a restricciones formuladas de manera muy “blanda” (obligación de esforzarse por evitar subvenciones a la exportación, y prohibición de subvenciones con efectos inapropiados). De acuerdo con el artículo XX letra h, las excepciones generales incluyen medidas para implementar acuerdos interestatales sobre materias primas. En este contexto, el GATT remite a los principios adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en adelante, ECOSOC) en su Resolución 30 IV de 1947 (Anexo I, nota al artículo XX). Los acuerdos sobre materias primas celebrados en el marco del GATT-47 expiraron tiempo atrás. La Parte IV del GATT sobre comercio y desarrollo contiene un compromiso con el objetivo de crear condiciones más favorables para la venta de materias primas en interés de las Partes contratantes que dependen de su exportación (arts. XXXVI: 4, XXXVIII: 2 letra a). De particular relevancia para el sector energético es la excepción temporal de la prohibición de restricciones cuantitativas a las exportaciones. Esta excepción permite prohibiciones o restricciones “para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora” (art. XI: 1 letra a).

b) Mecanismos de control sobre determinadas materias primas

- 2 En algunas regiones, el tráfico con determinadas materias primas es tierra fértil para violaciones de los derechos humanos y conflictos armados internos. Un ejemplo es el tráfico con los llamados “diamantes de sangre” provenientes de África Central. El “proceso Kimberley”, en el marco de las Naciones Unidas, ha dado lugar a un sistema de certificación destinado a controlar el comercio de diamantes.¹⁸¹ Se espera que la importación y exportación de diamantes se limitará a los Estados que participen en el proceso Kimberley.

¹⁸¹ V. Anexo I del Reglamento (CE) 2368/2002 del Consejo de 20 de diciembre de 2002 por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, *DOCE* 2002, L 358, p. 28; Price, T. M.: “The Kimberley Process”, *Minnesota Journal of Global Trade*, 12/2003, pp. 1 ss.

2. Acuerdos sobre materias primas

Bibliografía recomendada: Ebenroth, C. T.: *The Economic and Legal Impact of Commodity Organizations*, 1989; Eisemann, P.: *L'organisation internationale du commerce des produits de base*, 1998; Johnston, C. R. (ed.): *Law and Policy of Intergovernmental Primary Commodity Agreements*, 2 vols., 1976; Pelikahn, H.: *Internationale Rohstoffabkommen*, 1990; Tomuschat, Ch.: "Commodities, Common Fund", *EPIL*, t. 1, 1992, pp. 683 ss.; *id.*: "Commodities, International Regulation of Production and Trade", *EPIL*, t. 1, 1992, pp. 686 ss.

En relación con numerosas materias primas, el comercio tiene lugar principalmente, o en una parte importante, en mercados internacionales (por ejemplo, en el caso de metales como el cromo, cobalto, níquel, zinc, cobre, plomo o aluminio, de petróleo y de productos agrícolas como el café, té, caucho, yute o lana). La mayoría de los países en vías de desarrollo dependen, en gran medida, de los ingresos derivados de la exportación de materias primas. Con frecuencia, los precios de las materias primas en el mercado mundial están sujetos a fluctuaciones bruscas y difíciles de pronosticar. Para favorecer una estabilización del nivel del precio y un abastecimiento constante de materias primas, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*UNCTAD* en inglés) ha impulsado la celebración de acuerdos al respecto. 3

Son especialmente relevantes los acuerdos sobre materias primas que crean una organización internacional. Varias organizaciones de este tipo unen tanto a Estados productores como a Estados consumidores. Este es el caso, por ejemplo, de la Organización Internacional del Caucho Natural,¹⁸² o de la Organización Internacional del Café.¹⁸³ Durante mucho tiempo, el mantenimiento de una reserva de estabilización (*buffer stock*) constituyó un importante mecanismo de intervención en algunos convenios sobre materias primas. A través de la venta o la compra –dependiendo de las condiciones de mercado– de la materia prima en cuestión, debían evitarse oscilaciones excesivas del precio, garantizando así una evolución calculable del mismo. En estos supuestos, los fines de una organización interestatal se alcanzan mediante la actividad comercial; la organización internacional actúa en el mercado de manera similar a una empresa privada. Entre tanto, la práctica internacional se ha apartado del control directo de los mercados. El colapso del Consejo Internacional del Estaño tuvo un papel clave en este cambio.¹⁸⁴ 4

¹⁸² V. Convenio Internacional del Caucho Natural de 1995, DOCE 1996, L 324, p.2. .

¹⁸³ El Convenio Internacional del Café de 2001 puede verse en DOCE 2001, L 326, p.23.

¹⁸⁴ McFadden, E. J.: "The Collapse of Tin: Restructuring a Failed Commodity Agreement", *AJIL*, 80/1986, pp. 811 ss.; v. también Ebenroth, C. T., Fuhrmann, L., "Die zivilrechtliche Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitgliedstaaten", *Juristenzeitung* 1989, pp. 211 ss.; Gramlich, L.: "Intergouvernementale Rohstoffregimes im Zwielicht – Lehren aus dem Zinn-Debakel", *Verfassung und Recht in Übersee* 20 /1987, pp. 486 ss.; Herdegen, M.: "Bemerkungen zur Zwangsliquidation und zum Haftungsdurchgriff bei internationalen Organisationen", *ZaöRV*, 47/1987, pp. 537 ss.; *id.*: "The Insolvency of International Organizations and the Legal Position of Creditors: Some Observations in the Light of the International Tin Council Crisis", *NILR*, 1988, pp. 135 ss.

Las transacciones arriesgadas del órgano responsable de la reserva de estabilización en la Bolsa de metales londinense condujeron al Consejo Internacional del Estaño en 1985 a la insolvencia. Esto desencadenó una serie de procedimientos ante los tribunales ingleses por parte de los acreedores del Consejo del Estaño contra la organización misma y contra sus miembros.¹⁸⁵ Los tribunales ingleses rechazaron una intervención a favor de los acreedores (en el sentido de una liquidación del Consejo del Estaño y un traslado de responsabilidad a sus miembros), a causa de los fundamentos de Derecho internacional convencional de esta organización. Finalmente, se llegó a un acuerdo transaccional entre los acreedores del Consejo del Estaño y sus miembros.

Teniendo en cuenta tales experiencias, la estabilización de los precios mediante intervenciones en el mercado cayó en desuso. Las organizaciones de materias primas se transformaron en meros foros de consulta interestatal e intercambio de información (observación de los mercados).

- 5 Otro instrumento importante para el control del precio es el establecimiento de cuotas de exportación. La efectividad de este instrumento depende de que la organización de materias primas correspondiente, sobre la base de la participación de sus miembros en la producción mundial, pueda dominar de hecho el comportamiento del mercado.
- 6 Junto a las organizaciones internacionales de materias primas en las que están representados en la misma medida Estados productores y consumidores, hay organizaciones en las que sólo se han agrupado Estados productores. Este tipo de organizaciones tiene la función de un cártel de productores. Entre ellas se cuenta, por ejemplo, la Organización de Países Exportadores de Petróleo – OPEP (*Organization of the Petroleum Exporting Countries, OPEC*).¹⁸⁶ La OPEP constituye un foro para la coordinación de los países productores de petróleo frente a las multinacionales petroleras. En 1973, el boicot del petróleo acordado por la OPEP puso de manifiesto el potencial político de una agrupación organizada de los intereses de los productores. En total, los miembros de la OPEP producen aproximadamente el 40% del petróleo crudo y el 16% del gas natural en el mundo. Más aún, la OPEP suministra el 51% del petróleo que se negocia en el mercado internacional.
- 7 El Convenio constitutivo del Fondo Común para los Productos Básicos de 1980,¹⁸⁷ negociado en el marco de la UNCTAD, contribuye al fomento de las organizaciones internacionales de materias primas y a la estabilización de sus mercados. El Fondo Común debe apoyar, sobre todo a través de la cofinanciación de reservas de estabilización, a las organizaciones internacionales de productos básicos en las que se agrupan Estados productores y consumidores, que contribuyen al capital del Fondo en el marco de acuerdos

¹⁸⁵ V. *supra*, tema 4, nota al margen 2, c.

¹⁸⁶ V. Estatuto de la OPEP de 1962, UNTS 443, p. 248.

¹⁸⁷ DOCE 1990, L 182, p. 2. Al respecto, Michaelowa, K., Nairni, A.: *Der gemeinsame Fond und die speziellen Rohstoffübereinkommen*, 1995, pp. 19 ss.

de asociación. Además, las funciones del Fondo comprenden otras prestaciones de financiación y coordinación en el ámbito internacional de las materias primas. Hasta ahora, también debido al rechazo a la intervención directa en los mercados, el Convenio constitutivo del Fondo Común para los productos básicos no ha tenido trascendencia práctica.

3. Seguridad de abastecimiento y formas de cooperación internacional

Bibliografía recomendada: Götz, R.: “The Nord Stream Pipeline: The Energy Policy Background”, *GYIL*, 2009, pp. 233 y ss.; Leible, S., Lippert, M., Walter, C. (eds.): *Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten*, 2007; Schenkelberg, M.: “Akteure der internationalen Energiepolitik – Zur rechtlichen Stellung von OPEC, IEA und G8”, en: Ruppel, N. (ed.): *Europäisches und internationales Energiewirtschaftsrecht*, 2009, pp. 66 y ss.; Schmidt-Preuß, M.: “Energieversorgung als Aufgabe der Außenpolitik? – Rechtliche Aspekte”, *Recht der Energiewirtschaft*, 2007, pp. 281 y ss.; Vinogradov, S.: “Challenges of Nord Stream: Streamlining International Legal Frameworks and Regimes for Submarine Pipelines”, *GYIL*, 2009, pp. 241 y ss.

El abastecimiento regular de materias primas supone un desafío clave para las economías nacionales, particularmente para los países industrializados.¹⁸⁸ El aprovisionamiento de petróleo y gas natural es también un factor esencial de la seguridad energética. Hasta el momento, existen pocos mecanismos efectivos de Derecho internacional público para asegurar el suministro de materias primas, lo que se aprecia en el ámbito de los contratos sobre el suministro de materias primas. En cambio, existe un gran número de acuerdos bilaterales y multilaterales sobre la protección de los sistemas de transporte como, por ejemplo, oleoductos y gaseoductos.

Bajo el influjo de la crisis del petróleo de 1973, el Consejo de la OCDE fundó la Agencia Internacional de la Energía (*International Energy Agency, IEA*) como una institución autónoma en el seno de la OCDE.¹⁸⁹ La Agencia, que entretanto tiene 28 Estados miembros, coordina medidas para superar atascamientos en el abastecimiento de petróleo. Además, es un foro de cooperación importante para la investigación, el desarrollo, la distribución y aplicación de fuentes y tecnologías de energía (art. 6 letra a de la Resolución constitutiva).

El Foro Internacional de la Energía (*International Energy Forum, IEF*) se ha transformado de una conferencia interestatal en un foro institucionalizado de cooperación, con una estructura organizativa bien desarrollada. El IEF no sólo agrupa a los miembros de la Agencia Internacional de la Energía de la OCDE, sino también a los miembros de la OPEP y otros Estados como la República Popular de China, India y Rusia.

¹⁸⁸ V. el documento de trabajo de la Comisión Europea, *Analysis of the competitiveness of the non-energy extractive industry in the EU*, SEC (2007) 771.

¹⁸⁹ Resolución del Consejo de la OCDE de 15 de noviembre de 1974.

- 9 El Artículo V del GATT garantiza la libertad de tránsito de mercancías y medios de transporte (excepto aeronaves en tránsito). La libertad de tránsito se refiere a las rutas más convenientes para el tránsito internacional (art. V.2, primera frase). En cuanto a mercancías y medios de transporte, se aplica el principio de no discriminación (art. V.2, segunda frase).
- 10 La Carta Europea de la Energía, firmada en La Haya en 1991, es una declaración política de intenciones relativa a la cooperación entre Oriente y Occidente en el sector energético. También es el fundamento para el Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994.¹⁹⁰ El Tratado fue negociado después del colapso de la Unión Soviética entre un número considerable de Estados miembros de la OCDE (incluyendo a los Estados Unidos, Canadá, Japón y Australia), las Comunidades Europeas (ahora Unión Europea),¹⁹¹ los Estados sucesores de la Unión Soviética y otros Estados de Europa Central y Oriental, y entró en vigor el 16 de abril de 1998. Sustentándose en el Derecho de la OMC, los preceptos del Tratado protegen contra la discriminación (art. 5). El Tratado cubre también, si bien de manera rudimentaria, la reducción de distorsiones del mercado y obstáculos a la competencia en el sector energético (art. 6). En particular, el Tratado reglamenta

- el comercio con fuentes primarias de energía y productos energéticos (art. 3 y ss.)
- el tránsito (art. 7), y
- el fomento y la protección de las inversiones en el sector energético (art. 10).

En el Tratado, las Partes contratantes se comprometen a tomar “las medidas necesarias para facilitar el tránsito de materias y productos energéticos con arreglo al principio de libre tránsito y sin establecer distinciones en cuanto al origen, destino o propiedad de dichas materias y productos energéticos, ni discriminaciones en cuanto a precios basadas en tales distinciones, y sin imponer demoras, restricciones o recargos injustificados” (art. 7.1). En cuanto al acceso a sus infraestructuras por parte de terceros Estados, los Estados parte son generalmente libres (salvo que existan obligaciones específicas en contrario derivadas, por ejemplo, del Derecho de la OMC). La libertad de los Estados parte de disponer de manera soberana de sus recursos energéticos se reconoce explícitamente (art. 18.1). Las excepciones previstas en el Tratado permiten a los Estados parte, entre otros, tomar medidas “para la protección de sus intereses esenciales de seguridad” (art. 24.3 letra a) y “para el mantenimiento del orden público” (art. 24.3 letra c). El Tratado contiene reglas detalladas relativas a la protección de inversiones.¹⁹² La Conferencia sobre la Carta de la Energía constituye el foro de toma de decisiones entre los Estados parte (art. 34).

El Tratado sobre la Carta de la Energía fue ratificado por la Unión Europea y todos sus Estados miembros, la Comunidad Europea de la Energía Atómica, la mayoría de

¹⁹⁰ *ILM* 33/1995, pp. 360 ss.

¹⁹¹ Un listado de los participantes se encuentra en *ILM* 33/1995, p. 373.

¹⁹² V. *infra*, tema 23, nota al margen 4.

los Estados sucesores de la Unión Soviética y Japón. Los Estados Unidos (que firmaron sólo la Carta Europea de la Energía de 1991, pero no el Tratado) tienen un estatus de observador en la Conferencia sobre la Carta de la Energía, al igual que China y algunas organizaciones internacionales.

Rusia, el mayor exportador de energía del mundo, firmó el Tratado sobre la Carta de la Energía, pero no lo ratificó, aplicándolo sólo de manera provisional y a reserva de las leyes nacionales. En 2009, Rusia se desvinculó por completo del Tratado, infligiendo un daño capital a sus objetivos esenciales.

Conjuntamente con el Tratado sobre la Carta de la Energía, entró en vigor el Protocolo sobre Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales Relacionados.¹⁹³ En 1998, se negoció una modificación de las partes del Tratado sobre la Carta de la Energía que se refieren a temas comerciales.

Los Estados parte están negociando un Protocolo de Tránsito que debe contener preceptos detallados sobre el tránsito de energía, así como las condiciones de acceso a líneas de transmisión y de cálculo de tarifas de tránsito.

Tema 12

Acuerdos económicos para liberalizar el comercio de mercancías y servicios

1. Formas de integración regional (zonas de libre comercio, uniones aduaneras y comunidades económicas)

Bibliografía recomendada: Fischer, P.: "Free Trade Areas", *EPIL*, t. II, 1995, pp. 473 ss.; Haight, F. A.: "Customs Unions and Free-Trade Areas under GATT", *JWT*, 6/1972, pp. 391 ss.; Hoeckman, B., Newfarmer, R.: "Preferential Trade Agreement, Investment Discipline and Investment Flows", *JWT*, 39/2005, pp. 949 y ss.; Lambrinidis, J. S.: *The Structure, Function and Law of a Free Trade Area. The European Free Trade Association*, 1965; Merasinghe, M. L.: "Regional Economic Co-operation in Developing Countries", *Verfassung und Recht in Übersee*, 20/1987, pp. 5 ss.; Steinberger, H.: *GATT und regionale Wirtschaftszusammenschlüsse*, 1963.

La supresión progresiva de aranceles aduaneros y de otras restricciones al comercio dentro de las áreas económicas integradas por los Estados miembros correspondientes constituye, por regla general, el núcleo de la integración económica regional. La eliminación de tales "obstáculos interiores" en el comercio entre los Estados miembros es la característica principal de una forma básica de acuerdo económico regional: la zona de libre comercio.¹⁹⁴ Por su parte, la unión aduanera se distingue de la mera zona de libre

¹⁹³ BOE n. 65 de 17 de marzo de 1998.

¹⁹⁴ V. la definición del art. XXIV. 8. b del GATT.

comercio por el hecho de que se establece un arancel exterior uniforme frente a las importaciones de terceros Estados.

- 2 La ausencia de un arancel exterior común obliga en una zona de libre comercio a establecer mecanismos complejos con respecto a las importaciones de terceros Estados, que actúan contra las distorsiones producidas por la existencia de aranceles exteriores diferentes en los Estados miembros y contra el “efecto resaca” que produce en cada caso un arancel a la importación más bajo. En este sentido, son decisivas las denominadas reglas de origen. De acuerdo con ellas, la supresión de obstáculos interiores sólo debe favorecer el comercio de aquellos productos procedentes de la zona económica compuesta por los Estados miembros. El problema que se plantea es la definición de qué se entienda por origen del producto. Algunos posibles criterios son la producción final, un proceso de elaboración que presente un valor añadido, así como, por último, la relación entre el valor “doméstico” (es decir, atribuible a ese área económica) y el de los componentes importados de un producto.¹⁹⁵ A fin de cuentas, las distorsiones de los flujos comerciales que resultan de la inexistencia de un arancel exterior común sólo pueden controlarse de manera imperfecta. Varios aspectos apuntan a que, a la larga, las organizaciones de libre comercio solamente son viables cuando entrañan la aptitud para su desarrollo dinámico hacia una unión aduanera. En esta dirección se mueve, por ejemplo, el Mercado Común para Sudamérica (Mercosur).¹⁹⁶ Otro ejemplo es la Asociación Caribeña de Libre Comercio, que se ha transformado en la Comunidad Caribeña (CARICOM).¹⁹⁷

En cambio, en algunas formas de cooperación económica se presentan obstáculos duraderos a la realización de un área de libre comercio. Éste es el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Estados Independientes, compuesta por los Estados sucesores de la Unión Soviética, donde se superponen tanto acuerdos bilaterales como multilaterales.¹⁹⁸

- 3 El GATT tiene una actitud positiva frente a zonas de libre comercio y uniones aduaneras, como se desprende de su artículo XXIV.4. A este respecto, subyace la idea de que este tipo de acuerdos regionales estimula la economía mundial en su conjunto. Una aplicación estricta del principio de la nación más favorecida conduciría a que las medidas liberalizadoras en beneficio del comercio entre las partes de un acuerdo regional tuvieran que extenderse a todos los miembros del GATT.¹⁹⁹ Por esa razón, el GATT prevé un régimen especial para las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio, que se encuentra en los párrafos 5 a 10 del artículo XXIV. Para que estos acuerdos regionales puedan verse

¹⁹⁵ V. el art. 4.1 del Tratado de la Asociación Europea de Libre Cambio - European Free Trade Association (AELC - EFTA); Decisión núm. 293 de la Comisión del Pacto Andino, ILM, 32/1993, p. 172.

¹⁹⁶ V. tema 12, nota al margen 5, letra c.

¹⁹⁷ V. Simmonds, K. R.: “Caribbean Cooperation”, en EPIL, t. I, 1992, pp. 533 ss.

¹⁹⁸ Dragneva, R., de Kort, J.: “The Legal Regime for Free Trade in the Commonwealth of Independent States”, *ICLQR* 56 (2007), pp. 233 y ss.

¹⁹⁹ V. *supra*, tema 10, nota al margen 5 a.

privilegiados, el GATT exige que la eliminación de los obstáculos interiores alcance en esencia a todo el comercio en el área económica regional (“substantially all the trade”) (art. XXIV.8, letras a y b). La presión política en beneficio de tales acuerdos económicos regionales ha determinado una interpretación muy generosa de los preceptos que otorgan privilegios a las zonas de libre comercio y a las uniones aduaneras. Tanto los Estados Unidos como la Unión Europea han celebrado una serie de acuerdos bilaterales de comercio preferencial (*Preferential Trade Agreements*, PTAs). Ahora bien, la tendencia a celebrar acuerdos regionales de integración económica no sólo incrementa el bienestar de las naciones participantes, sino que la creación de grandes bloques comerciales comporta también el riesgo de una fragmentación regional de la economía mundial.

La base de la Unión Europea es una unión aduanera (art. 28.1 TFUE). Pero lo característico de la Unión Europea es que garantiza la libre circulación de personas, servicios, capitales y pagos, a través de la reducción de las restricciones directas e indirectas al comercio interestatal, y que ejerce una política comercial común, así como que ordena mecanismos efectivos para la aproximación de las condiciones marco de la actividad empresarial en el mercado interior.²⁰⁰ La Unión Europea se ha convertido en una comunidad de amplia integración jurídica y económica, que ha servido como modelo para la constitución de “comunidades económicas” en otras regiones. Entre las formas organizativas de creciente integración económica se encuentran, por ejemplo, el Mercado Común de los Estados del Pacto Andino, el Mercado Común Centroamericano (MCCA) y la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (*Economic Community of West African States*, ECOWAS). Hasta ahora, algunas de estas organizaciones sólo han logrado una eficacia bastante modesta. Esto se debe no sólo a la limitada voluntad de coordinación política de los Estados miembros, sino también a la escasa envergadura del intercambio transfronterizo de mercancías dentro del acuerdo. El ambicioso proyecto de mercado económico africano está muy influido por el modelo de la Unión Europea.²⁰¹

Una de las organizaciones de libre comercio más importantes fue, durante mucho tiempo, la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC – EFTA), que fue creada por algunos Estados europeos por medio de un Tratado de 1960.²⁰² La mayor fuerza atractiva de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en la adhesión de Dinamarca, Gran Bretaña, Portugal, Finlandia, Austria y Suecia, antiguos países de la AELC. Hoy subsiste sólo una EFTA “residual” (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza). El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ha constituido una gran zona de libre comercio entre la EFTA y los Estados de la Unión Europea,²⁰³ a la que se

²⁰⁰ V. *supra*, tema 5, nota al margen 1, e *infra*, tema 12, nota al margen 2.

²⁰¹ Tratado Constitutivo de 1991, ILM, 30/1991, p. 1241.

²⁰² UNTS, 370, p. 5.

²⁰³ V. *infra*, tema 12, nota al margen 3.

extienden los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea. La relación entre Suiza y la Unión Europea ha sido definida por un conjunto de acuerdos bilaterales.

- 6 El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos,²⁰⁴ constituyó la base para el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Canadá, Estados Unidos y México de 1992 (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*).²⁰⁵ Con este Tratado, se crea un área de libre comercio muy extensa (susceptible de ampliarse hacia el sur), con una población de aproximadamente 430 millones de habitantes y un producto interno bruto de 13.4 billones de dólares, que representa un contrapeso significativo frente a la Unión Europea y Japón.

La perspectiva de crear una zona de libre comercio para toda América (Área de Libre Comercio de las Américas – *Free Trade Area of the Americas, ALCA – FTAA*)²⁰⁶ recibió un importante impulso político en la cumbre de Jefes de Estado de Miami de 1994. Pero, a la vista de la reciente evolución política, la realización de este proyecto parece bastante lejana.

- 7 La creación de zonas de libre comercio, a través de acuerdos bilaterales de comercio, ocupa un puesto destacado en la actual política comercial de los Estados Unidos y de la Unión Europea. Por ejemplo, los Estados Unidos tienen un Tratado de libre comercio con Chile, y celebraron el Tratado CAFTA-DR (*Central American – Dominican Republic Free Trade Association*) con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y la República Dominicana. También negociaron acuerdos similares con Colombia y otros países de América Latina. Estos tratados de libre comercio prevén la eliminación de aranceles para casi todas las mercancías de las partes contratantes, así como una amplia protección de las inversiones. El Tratado de libre comercio firmado en 2007 por los Estados Unidos y Corea del Sur crearía la tercera zona de comercio preferencial más grande del mundo. Por su parte, la Unión Europea y sus Estados miembros han celebrado Tratados de libre comercio con Chile y México, entre otros países. Las negociaciones acerca de un tratado de libre comercio con Corea del Sur ya se están aplicando de manera provisional desde el 1 de julio de 2011. Las fuerzas políticas y económicas, tanto en Europa como en los Estados Unidos, se muestran bastante divididas sobre la posibilidad de un tratado de libre comercio entre los Estados Unidos y la Unión Europea (y sus Estados miembros). Los escépticos hacen constar que el proyecto va en contra del concepto multilateral de una liberalización progresiva en el seno de la OMC.

²⁰⁴ V. *infra*, tema 12, nota al margen 4.

²⁰⁵ V. *infra*, tema 12, nota al margen 4.

²⁰⁶ González, J. A.: “The North American Free Trade Agreement”, *International Lawyer*, 30/1996, p. 345 (esp. 346 ss.); O’Hops, P. A.: “Hemispheric Integration and the Elimination of Legal Obstacles Under 9 NAFTA-Based System”, *Harvard International Law Journal*, 36/1995, pp. 127 ss.

2. Libre circulación de mercancías y servicios en la Unión Europea

Bibliografía recomendada: Frenz, W.: Handbuch Europarecht, t. 1: Europäische Grundfreiheiten, 2004; v. también la bibliografía recomendada del tema 2, nota al margen 2 y del tema 4, nota al margen 1.

a) Libre circulación de mercancías

La libre circulación de mercancías en la Unión Europea se construye a partir de la supresión de los aranceles interiores y de la adopción de un arancel aduanero común frente a terceros países (arts. 28. 1, 30 y ss. TFUE). La prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y de otras medidas de efecto equivalente tiene una importancia sustancial (art. 34 TFUE). Conforme a la denominada fórmula *Dassonville* del TJUE, el concepto de “medida de efecto equivalente” –en el sentido de la prohibición del Artículo 34 TFUE–, debe entenderse de forma amplia, como “toda norma comercial dictada por los Estados miembros que pueda impedir, directa o indirectamente, de forma actual o potencial, el comercio intracomunitario”.²⁰⁷

Por consiguiente, la prohibición del Artículo 34 TFUE comprende todas las restricciones al comercio imaginables en el mercado interior. Aquí se incluye, por ejemplo, una norma conforme a la cual ciertas bebidas sólo pudieran comercializarse en envases retornables.²⁰⁸ Aparte de restricciones normativas, el precepto del Artículo 34 TFUE engloba también obstáculos de hecho al comercio transfronterizo, como la subvención estatal de una campaña para la compra de productos domésticos; por ejemplo, la acción “Buy Irish”.²⁰⁹

Las normas británicas, según las cuales la leche ultrapasteurizada (leche UHT) sólo podía ser introducida en el Reino Unido sobre la base de una licencia a la importación y debía ser nuevamente envasada por una empresa lechera nacional, representaban un obstáculo especialmente grave al comercio.²¹⁰ Esta regulación equivalía, en la práctica, a una prohibición a la importación total.

La fórmula “*Dassonville*” se muestra, en algunos casos, demasiado amplia. Esto es particularmente cierto para restricciones a las ventas que no pretenden obstaculizar el comercio entre los países de la Unión y que afectan tanto a productos nacionales como extranjeros. Cuando el TJUE tuvo que resolver sobre una regulación neutra en este sentido (la prohibición francesa de revender mercancías por debajo de su precio de entrega),

²⁰⁷ Sent. TJUE, As. 8/74, Rec., 1974, p. 837 (esp. p. 852).

²⁰⁸ Sent. TJUE, As. 302/86, Rec., 1988, p. 4607.

²⁰⁹ Sent. TJUE, As. 249/81, Rec., 1982, p. 4005.

²¹⁰ V. Sent. TJUE, As. 124/81, Rec., 1983, p. 203.

aprovechó la ocasión para limitar el alcance de su doctrina anterior con la denominada fórmula “Keck”:²¹¹

...la aplicación a productos provenientes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban determinadas modalidades de venta no impide directa ni indirectamente, de forma actual ni potencial, el comercio entre los Estados miembros, en el sentido de la jurisprudencia Dassonville...en la medida que estas disposiciones se apliquen a todos los operadores que desempeñen su actividad en el territorio nacional y siempre que afecten por igual, de hecho o legalmente, a la comercialización de los productos nacionales y de los provenientes de otros Estados miembros.

- 12 En algunos casos, la trascendencia de esta nueva doctrina, que limita el ámbito de aplicación del Artículo 34 TFUE,²¹² es difícil de evaluar.²¹³ En efecto, a menudo las normas sobre modalidades de venta están estrechamente relacionadas con la distribución de un producto en el mercado interior. Conforme a lo anterior, el TJUE ha evaluado ciertas restricciones al comercio de mercancías encaminadas a proteger la lealtad de la competencia a la luz de los artículos 34 y 36 TFUE.

Un ejemplo lo constituye la prohibición de distribuir en Alemania productos cosméticos de la marca “Clinique” fabricados en Bélgica y el Reino Unido, debido a un presunto riesgo de confusión (error del cliente en cuanto al carácter no medicinal del producto). Aquí, el TJUE atribuyó a los consumidores una capacidad de discernimiento mayor que la alegada por la agrupación demandante, que había fundado su reclamación contra la denominación del producto en el Derecho de la competencia alemán.²¹⁴

- 13 Cuanto más intensas sean las relaciones entre una restricción a las ventas y la mercancía afectada, más fácil será sujetarla a las reglas de justificación de los artículos 34 y 36 TFUE.
- 14 La prohibición de tales restricciones al comercio de los Estados miembros no es absoluta, sino que está sometida a determinadas excepciones desarrolladas por el TJUE o cubiertas expresamente por el texto del Tratado.²¹⁵ En primer lugar, el TJUE ha reconocido la admi-

²¹¹ V. Sents. TJUE As. C-267 y C-268/91 (Keck), Rec., 1993, p. I-6097.

²¹² El art. 28 TCE tampoco se aplica a la prohibición general de vender en domingo, Sent. TJUE, As. C-69/93 y C-258/93 (Punto Casa), Rec., 1994, p. I-2355. V. además Sent. TJUE, As. C- 317/91 (Quattro/Quadra), Rec., 1993, p. I-6227.

²¹³ V. al respecto Everling: “Der Einfluß des EG-Rechts auf das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich des Täuschungsschutzes”, Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht, 1994, pp. 221 ss.; Möschel, W.: “Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit”, NJW, 1994, pp. 429 ss.; Reich, N.: “The ‘November Revolution’ of the European Court of Justice: Keck, Meng and AUDI Revisited”, Common Market Law Review, 31/1994, pp. 459 ss.

²¹⁴ Sent. TJUE, As. C-315/92 (Clinique), Rec., 1994, p. I-317. V. también Everling, *supra*, nota anterior.

²¹⁵ V. al respecto, por ejemplo, White, E. L.: “In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty”, Common Market Law Review, 26/1989, pp. 235 ss.

sibilidad de obstáculos al comercio que, con carácter general (es decir, sin discriminación que afecte a las mercancías importadas), sirvan para satisfacer exigencias imperativas tendentes a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, la lealtad en las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores (límites inmanentes del Artículo 34 TFUE).²¹⁶ La doctrina más reciente del TJUE ha extendido los límites inmanentes del Artículo 34 TFUE a la protección del medio ambiente,²¹⁷ y a exigencias de política cultural.²¹⁸ Además, el Artículo 36 TFUE permite expresamente restricciones al comercio interestatal por motivos “de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico o protección de la propiedad industrial y comercial” (primera frase), siempre que estas restricciones no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una limitación encubierta del comercio entre los Estados miembros (segunda frase). Las razones de justificación del Artículo 36 TFUE y las reconocidas en la jurisprudencia respecto del Artículo 34 TFUE coinciden. Las restricciones al comercio de mercancías para proteger el medio ambiente pueden también justificarse en el marco del Artículo 36 TFUE.²¹⁹ Pero sigue siendo objeto de controversia la cuestión de si reglas discriminatorias sólo pueden ser justificadas en virtud del Artículo 36 TFUE o también con base en los límites inmanentes del Artículo 34 TFUE.

El TJUE somete a un examen riguroso de proporcionalidad la justificación de obstáculos 15 nacionales al comercio de mercancías interestatal mediante los límites inmanentes del Artículo 34 TFUE y los intereses protegidos por el Artículo 36 TFUE. Como la jurisprudencia del TJUE ha puesto de manifiesto, los motivos relativos a la salud pública y a la protección de los consumidores aducidos por los Estados miembros a menudo no sirven sino para encubrir obstáculos comerciales con el fin de proteger la economía nacional. En este punto, el Derecho de la Unión Europea despliega un importante efecto racionalizador.

Por ejemplo, el TJUE ha considerado una vulneración del TCE (ahora TFUE) la prohibición alemana de comercializar un licor de frutas francés (“Cassis de Dijon”), a causa de su escasa graduación alcohólica (del 15 al 20 %).²²⁰ El Derecho alemán exigía

²¹⁶ Sent. TJUE, As. 120/78, Rec., 1979, pp. 649 (esp. 662) (“Cassis de Dijon”): “En ausencia de una regulación comunitaria de la producción y la comercialización del alcohol...corresponde a los Estados miembros regular, dentro de su territorio, todo lo concerniente a la producción y comercialización del alcohol y las bebidas alcohólicas. Que los obstáculos al comercio intracomunitario derivados de la disparidad de las legislaciones nacionales sobre comercialización de los productos en cuestión deben aceptarse en la medida que estas prescripciones sean necesarias para satisfacer las exigencias imperativas tendentes, en especial, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores”.

²¹⁷ V. Sent. TJUE, As. 302/86, Rec., 1988, p. 4607 (esp. 4630) (sistema obligatorio de envases retornables para bebidas); v. al respecto Petersmann, E. –U.: “Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz im EWG und EWR”, *Aussenwirtschaft*, 1993, pp. 95 ss.

²¹⁸ V. Sent. TJUE, As. 60 y 61/84, Rec., 1985, p. 2605 (esp. 2626) (protección de películas frente a su venta o alquiler anticipado en videoclubes).

²¹⁹ V. sent. TJUE, As. 379/98 (PreussenElektra), *Rec.* 2001, pp. I-2099, n. marg. 66 y ss.

²²⁰ Sent. TJUE, As. 120/78 (REWE-Zentral), *Rec.*, 1979, p. 649.

a los licores de frutas una graduación alcohólica mínima del 25 %. Una justificación de esta regulación alemana sobre la base de la protección de la salud no resistía un examen serio. Las restantes exigencias de la protección de los consumidores (expectativa de una determinada graduación alcohólica) se podían cumplir con la obligación de incluir determinadas indicaciones en la etiqueta.

Tampoco la ley “de pureza de la cerveza” alemana tuvo consistencia frente al TJUE.²²¹ Conforme a ella, bajo la denominación “cerveza” sólo podían comercializarse, en esencia, aquellas bebidas en cuya fabricación únicamente se hubieran empleado malta de cebada, lúpulo, levadura y agua. En opinión del TJUE, esta regulación constituye una intromisión desproporcionada en la libre circulación de mercancías. De ahí que el TJUE se haya referido, por ejemplo, a una obligación de etiquetaje, como una medida menos incisiva para proteger a los consumidores.

Un ejemplo de protección desmedida de los consumidores que constituía un obstáculo al comercio de mercancías en el mercado interior fue la prohibición alemana de publicidad con comparación de precios (§ 6e. 1. de la Ley alemana sobre competencia desleal), en supuestos en los que la clara puesta de relieve de la rebaja frente al precio anterior constituía un elemento de una campaña de ventas que se hizo por catálogo y folletos en varios Estados miembros.²²²

Frente a restricciones a la distribución y venta de determinados alimentos, fundamentadas en riesgos para la salud, el TJUE exige una evaluación del riesgo sobre la base de información científica reciente, junto con una evaluación de la probabilidad y gravedad de efectos nocivos.²²³

b) Libre prestación de servicios

- 16 En el TFUE, la prestación de servicios se rige por dos conjuntos de normas: los preceptos sobre la libertad de establecimiento (arts. 49 y ss. TFUE),²²⁴ y las disposiciones sobre la libre prestación de servicios (arts. 56 y ss. TFUE). Si, por ejemplo, una empresa de seguros del Estado miembro A ofrece sus servicios en el Estado miembro B por medio de una filial o sucursal, esta actividad estará comprendida en la libertad de establecimiento. Por el contrario, si una empresa o un profesional (por ejemplo, un abogado o un médico), que están establecidos en el Estado miembro A, prestan servicios en el Estado miembro B (sin tener un establecimiento en este último Estado), esta actividad es objeto de la libre prestación de servicios (v. art. 57 TFUE). Para distinguir entre supuestos que se rigen por la libertad de establecimiento y otros que se rigen por la libre prestación de servicios, conviene analizar la duración, regularidad y continuidad de los servicios prestados. Tam-

²²¹ Sent. TJUE, As. 178/84, Rec., 1987, p. 1227.

²²² Sent. TJUE, As. C-126/91 (Yves Rocher), Rec., 1993, p. I-02361.

²²³ Sent. TJUE, As. C-192/01 (Comisión v. Dinamarca), Rec. 2003, pp. I-9693 ss., n. marg. 45 ss. (sobre la adición de vitaminas a alimentos).

²²⁴ V. *supra*, tema 5, nota al margen 1.

bién importa si el proveedor dispone de alguna infraestructura en el país donde presta su servicio.²²⁵ Recientemente, la libre prestación de servicios ha ganado bastante importancia, a pesar de su carácter subsidiario, frente a los preceptos sobre la libre circulación de mercancías, personas y capitales.²²⁶

El TJUE interpreta la libre prestación de servicios como una expresión del principio de no discriminación y una protección frente a restricciones excesivas. Como para las demás libertades de mercado, la jurisprudencia exige, en este punto, la justificación de las restricciones por razón de interés general, así como el respeto de los principios de proporcionalidad y de no discriminación.²²⁷ La proporcionalidad depende, sobre todo, de si la protección de determinados intereses (por ejemplo, la protección de la salud pública o de los consumidores) ya está asegurada a través de los requisitos impuestos por el país de origen del prestador de servicios y de si las restricciones adicionales impuestas por el Estado donde se presta el servicio van más allá de lo necesario o no. 17

Estos criterios los empleó el TJUE, por ejemplo, respecto del Derecho alemán en materia de seguros que, con carácter general, exigía un establecimiento en Alemania para la distribución directa de seguros por parte de empresas extranjeras. El TJUE vio en ello una infracción del Artículo 56.1 TFUE.²²⁸ Dado que existen estándares armonizados para el control prudencial de los seguros en toda la Unión, y que es posible supervisar las compañías de seguros aunque no tengan un establecimiento en territorio nacional, la necesidad de supervisión permanente no podía justificar un deber general de los aseguradores de otros Estados miembros de establecerse en el territorio nacional. 18

3. Espacio Económico Europeo

Bibliografía recomendada: Hummer, W.: “Der EWR und seine Auswirkungen auf Österreich”, *EuZW*, 1992, pp. 361 ss.; Jacot-Guillarmod, O. (ed.): *Accord CEE/EWR-Abkommen/EEA Accord*, 1992; Norberg, S.: “The Agreement on a European Economic Area”, *Common Market Law Review*, 29/1992, pp. 1171 ss.; Streit, A.: “Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum”, *NJW*, 1994, pp. 555 ss.; Toledano Laredo, A.: “The EEA Agreement: An Overall View”, *Common Market Law Review*, 29/1992, pp. 1199 ss.

²²⁵ Sent. TJUE, As. C-55/84 (Gebhard), *Rec.* 1995, pp. I-4165 ss., n. marg. 27; As. C-215/01 (Schnitzer), *Rec.* 2003, pp. I-14847 ss., n. marg. 32.

²²⁶ V. Hailbronner, K., Nachbaur, A.: “Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH”, *EuZW*, 1992, pp. 105 ss.; Roth, W. -H.: “The European Economic Law on Services: Harmonisation”, *Common Market Law Review*, 25/1988, pp. 34 ss. En cuanto a prestaciones de servicios en particular, v. *infra*, tema 12.

²²⁷ Sent. TJUE, As. C-55/84 (Gebhard), *Rec.* 1995, pp. I-4165 ss., n. marg. 37.

²²⁸ Sent. TJUE, As. 205/84, *Rec.*, 1986, p. 3755.

19 El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), de 1992, debe aproximar a los Estados que quedan en la AELC al mercado interior de la Unión Europea.²²⁹ El Acuerdo fue suscrito entre, por una parte, la Comunidad Económica Europea (CEE), la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y sus respectivos Estados miembros y, por otra, los Estados de la AELC. Desde el punto de vista de la Unión Europea, se trata de un acuerdo de asociación en el sentido del Artículo 217 TFUE. Este Acuerdo tiene por objeto la creación de una gran zona europea de libre comercio, con un potencial económico gigantesco. A los Estados miembros del EEE, con sus apróximadamente 455 millones de habitantes, sustancialmente les correspondería más de un cuarenta por ciento del comercio mundial. En marzo de 1993, tras el rechazo al Acuerdo sobre el EEE por parte de Suiza (*referendum* de rechazo), se firmó un Protocolo de adaptación al Acuerdo entre los Estados de la CE y los restantes Estados-AELC.²³⁰ Más tarde, Suiza se aproximó al EEE a través de un haz de convenios especiales.²³¹

En ciertos ámbitos, el legislador suizo acompasa su Derecho nacional a los preceptos de la Unión Europea (a través de una denominada “transposición autónoma”).

El Acuerdo sobre el EEE entró en vigor el 1 de enero de 1994. Tras la ampliación de la UE a Austria, Finlandia y Suecia, el Acuerdo de la EEE es relevante, sobre todo, por su carácter de modelo para la asociación de terceros Estados, con una comunidad económica altamente diferenciada en la que presentan un nivel de desarrollo económico comparable. El Acuerdo sobre el EEE se inspiró intensamente en los principios fundamentales del TCE (hoy TFUE). Las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías, trabajadores y capitales, sobre el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y el control de la libre competencia se apoyan bastante (incluso en cuanto al tenor literal) en el TCE. No obstante, y a diferencia del mercado interior de la Unión Europea, en el EEE no se establece un arancel exterior común de los Estados de la Unión y la AELC.

20 Las normas del Acuerdo sobre el EEE se deben interpretar en consonancia con la jurisprudencia del TJUE, en la medida que coincidan sustancialmente con las del Derecho de la Unión Europea (art. 6 Acuerdo-EEE).

21 El sistema institucional del Acuerdo-EEE es extraordinariamente complicado. Esto se explica porque el Acuerdo intenta equilibrar objetivos contrapuestos. Por una parte, se tiene que asegurar la libertad de decisión de la Unión Europea de cara al desarrollo ulterior del mercado interior. Por otra, los Estados AELC aspiran a no quedar sometidos sin más a un poder legislativo extranjero. Finalmente, para la aptitud funcional del nuevo EEE, el Acuerdo debe garantizar la unidad jurídica necesaria.

²²⁹ Common Market Law Review, 29/192, p. 1247.

²³⁰ COM (1993) 98 (9 de marzo de 1993).

²³¹ Al respecto, v. Cottier, T./ Oesch, M.: *Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG*, 2002.

El Acuerdo prevé la creación de un Consejo del EEE como órgano político supremo (arts. 89 ss.). Su función es, sobre todo, la de “dar el impulso político a la aplicación del presente Acuerdo y de fijar las orientaciones generales para el Comité Mixto del EEE” (art. 89.1). El Consejo reúne a los miembros del Consejo de la UE y de la Comisión Europea, así como a un miembro por cada Gobierno de los Estados-AELC (art. 90. 1). El órgano de decisión más importante es el Comité Mixto del EEE (arts. 92 ss.). Este órgano está compuesto por representantes de los Estados miembros (art. 93.1). Sus decisiones se adoptarán “entre las Comunidades, por una parte, y los Estados de la AELC, que se expresarán con una sola voz, por otra” (art. 93. 2). De este modo, nace una obligación para los Estados-AELC de alcanzar un acuerdo interno. Con base en el Acuerdo, se han adoptado unos mil cuatrocientos actos jurídicos de Derecho de la Unión secundario para el EEE. Disposiciones más específicas se encuentran en los Anexos al Acuerdo-EEE. El Derecho de la Unión Europea de nueva creación debe aceptarse en la medida en que las decisiones del Comité Mixto del EEE lo prevean (art. 98 ss. Acuerdo-EEE). 23

Para la transposición de las disposiciones del Tratado y de los mecanismos de control, el Acuerdo sobre el EEE sigue un modelo de doble vía. Respecto de los Estados-AELC, se creó un órgano de vigilancia de la AELC, que debe garantizar el cumplimiento del Acuerdo sobre el EEE (art. 108. 1). Este órgano es también competente para controlar obstáculos a la libre competencia y fusiones entre empresas en relación con sus efectos sobre el comercio entre los Estados-AELC (arts. 55 ss.) Cuando (también) el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea se vea sensiblemente afectado, la Comisión Europea será competente (arts. 56, 57. 2). Aquí se pone de manifiesto de nuevo la preeminencia de la Unión Europea. 23

Para los Estados miembros de la AELC era inaceptable la competencia del TJUE de Luxemburgo en materia de controversias sobre la aplicación del Acuerdo-EEE. 24

En un principio, se previó un Tribunal del EEE que debía conocer, especialmente, de los litigios entre los Estados miembros y de las discusiones en cuanto a la interpretación del Acuerdo-EEE, a petición de un Estado parte o del Comité Mixto del EEE. Junto a ello, la versión anterior del Acuerdo sobre el EEE contenía disposiciones sobre la revisión de las decisiones del Órgano de vigilancia de la AELC a través de un Tribunal de primera instancia del EEE (asociado al Tribunal del EEE) y de un Tribunal de segunda instancia. El Tribunal del EEE debía estar integrado por cinco jueces del TJUE y tres jueces designados por los Estados-AELC. El TJUE, en un dictamen consultivo, vio en la competencia de los tribunales previstos un menoscabo de “la autonomía del sistema jurídico comunitario” y de su propia función conforme al Artículo 220 TCE (ahora reemplazado, en su esencia, por el Artículo 19 TUE).²³² Por ello, el TJUE declaró que

²³² Dictamen TJUE 1/91, Rec., 1991, p. I-6079 (esp. 6105).

las disposiciones originales del Acuerdo-EEE sobre la tutela judicial eran incompatibles con el Tratado sobre la Comunidad Económica Europea.

La versión actual del Acuerdo sobre el EEE prevé un sistema jurisdiccional de doble vía. Al TJUE se le agregó un Tribunal-AELC que, en virtud de un pacto especial entre los Estados-AELC, ha de decidir, en particular, sobre recursos del Órgano de Vigilancia de la AELC contra Estados-AELC por infringir el Acuerdo, sobre recursos contra decisiones del Órgano de Vigilancia de la AELC en materia de competencia, y sobre diferencias entre Estados miembros de la AELC (art. 108.2 Acuerdo-EEE).²³³

- 25 En litigios sobre la interpretación o la aplicación del Acuerdo sobre el EEE, la Unión Europea o un Estado-AELC pueden acudir al Comité Mixto del EEE (art. 111 Acuerdo-EEE). Si la controversia se refiere a disposiciones idénticas en sustancia a las normas correspondientes del TFUE, las partes pueden solicitar al TJUE una resolución sobre su interpretación (art. 111.3). Cuando no se haya alcanzado un acuerdo en torno a una solución, un Estado parte puede adoptar ciertas medidas unilaterales de compensación (art. 111.3, p. II). En caso de controversias sobre las medidas de salvaguardia unilaterales previstas por el Acuerdo, un Estado parte puede someter la diferencia a arbitraje (art. 111.4). Los Estados de la AELC pueden introducir un procedimiento para plantear cuestiones prejudiciales en el que un órgano jurisdiccional nacional pide al TJUE que se pronuncie sobre la interpretación de una norma del EEE (art. 107).
- 26 Con ello, poco ha quedado de un sistema de protección jurídica de envergadura para el EEE. En un segundo dictamen, el TJUE no manifestó ninguna consideración en contra del sistema de solución de diferencias del Acuerdo sobre el EEE en su versión actual.²³⁴

4. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, *North American Free Trade Agreement, NAFTA*)

Bibliografía recomendada: Abbott, F. M.: *Law and Policy of Regional Integration: The NAFTA and Western Hemispheric Integration in the World Trade Organization System*, 1995; Ansley, F. L.: “North American Free Trade Agreement: The Public Debate”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 22/1992, pp. 469 ss.; Bello, J. H., Holmer, A. F., Norton, J. J. (ed.): *The North American Free Trade Agreement. A New Frontier in International Trade and Investment in the Americas*, 1994; van Dijck, P.: “NAFTA: A Model for the WTO?”, en van Dijck, P., Faber, G.: *Challenges to the New World Trade Organization*, 1996, pp. 127 ss.; Meub, M. H.: “Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA”, *EuZW*, 1993, pp. 532 ss.; Norton, J. J.: *NAFTA and Beyond. A new Framework for Doing Business in the Americas*, 1995; Rubin, S. J.,

²³³ Baudenbacher, C./Tresselt, P./Örlygsson, T.: *The EFTA Court: Ten Years On*, 2005.

²³⁴ Dictamen TJUE 1/92, Rec., 1992, p. I-2821.

Alexander, D. C.: NAFTA and the Environment, 1996; Senti, R.: NAFTA: die Nord-amerikanische Freihandelszone – Entstehung, Vertragsinhalt, Auswirkungen, 1996; Siqueiros, J. L.: “NAFTA Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures”, California Western International Law Journal, 23/1993, pp. 383 ss.; Sagasser, B., Kau, W.: “Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA”, RIW, 1993, pp. 573 ss.

En la denominada “Triada” (compuesta por el Bloque norteamericano, la Unión Europea y Japón), tiene una gran relevancia el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, de 1992 (*North American Free Trade Agreement, NAFTA*).²³⁵ Son Estados parte los Estados Unidos, Canadá y México. 27

Este Acuerdo tiene su origen en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Canadá y los Estados Unidos en 1988.²³⁶ Aquel Tratado ya contenía, como el TLCAN, una serie de requerimientos para proteger inversiones, con un amplio ámbito de aplicación.²³⁷ 28

El objetivo del TLCAN es eliminar barreras al comercio de mercancías y servicios, fomentar la competencia leal, mejorar las condiciones de la inversión en la zona de libre comercio, garantizar la protección de los derechos de propiedad intelectual y crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de los principios del Tratado (art. 102). 29

Un principio fundamental es la no discriminación (trato nacional), completado a través del principio de nación más favorecida en sectores particulares. Para el comercio de mercancías (Parte II), el Tratado prevé el principio de trato nacional (art. 301), la eliminación de aranceles y de restricciones a las importaciones y exportaciones (art. 302). Algunos bienes disfrutaban del trato de nación más favorecida en materia de aranceles (art. 308); en virtud de las reglas de origen acordadas, ello depende de si los productos, o un determinado porcentaje de sus componentes, provienen de un Estado del TLCAN, o si hubo cierto nivel de procesamiento de los productos en uno de ellos (art. 401 y ss.). En cuanto a productos agropecuarios, se pretende eliminar todos los obstáculos no tarifarios (Parte II, Capítulo 7, Sección A). Además, se regulan las barreras técnicas al comercio (Parte III). El texto del Tratado se ocupa, de forma detallada, de la libertad de acceso, sin discriminación, a las compras del sector público (Parte IV). La protección de las inversiones (Parte V, Capítulo 11) comprende la indemnización total, inmediata y efectiva en caso de expropiación (art. 1110). La solución de diferencias entre los inversores y un Estado parte prevista en el Tratado es especialmente interesante (procedimiento de arbitraje 30

²³⁵ ILM, 32/1993, pp. 289 ss. y 605 ss.

²³⁶ ILM, 27/1988, p. 281; Baker, S. A., Battram, S. B.: “The Canada – United States Free Trade Agreement”, *The International Lawyer*, 23/1989, pp. 37 ss.; Weber, A.: “Das amerikanisch-kanadische Freihandelsabkommen de 2 de enero de 1988”, *RIW*, 1990, pp. 975 ss.; Cantin, F. P., Lowenfeld, A. F.: “Rules of Origin, The Canada-U. S. FTA, and the Honda Case”, *AJIL*, 87/1993, pp. 375 ss.

²³⁷ Raby, J.: “The Investment Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement: A Canadian Perspective”, *AJIL* 84/1990, pp. 394 ss.

ante el CIADI, o procedimiento del tipo “*Additional Facility*” en el marco del CIADI,²³⁸ o procedimiento de arbitraje aplicando las normas de CNUDMI²³⁹).²⁴⁰ Para iniciar un procedimiento de arbitraje, el inversor privado no necesita ninguna declaración especial de sumisión del Estado parte correspondiente, porque el Tratado ya contiene el consentimiento (art. 1122). En el comercio de servicios se aplican los principios de trato nacional y el de la nación más favorecida (Parte V, Capítulo 12, arts. 1201 y ss.). El TLCAN dedica preceptos detallados al comercio transfronterizo en los sectores de telecomunicaciones y servicios financieros (Parte V, Capítulos 12-14). Junto a ello, el Tratado contiene normas sobre competencia (Capítulo 15) y protección de los derechos de propiedad intelectual (parte VI, Capítulo 17).

- 31 Los preceptos del TLCAN sobre solución de diferencias en casos de *antidumping* y de medidas contra subvenciones son de gran interés. En disputas sobre medidas *antidumping* o compensatorias (*countervailing*), un grupo especial binacional de expertos (*panel*) debe decidir sobre la aplicación correcta de las normas del Estado importador (Capítulo 19). Un grupo especial de este tipo se compone de cinco miembros, nombrando cada Estado a dos de ellos. Cuando ni los dos Estados, ni los cuatro miembros designados por ellos, puedan ponerse de acuerdo en cuanto al quinto panelista, se elegirá un miembro por sorteo entre un “fondo de candidatos” (*pool*). La decisión del grupo especial será obligatoria para las partes en relación con el asunto concreto (art. 1904.9). El Tratado prevé excepciones a las obligaciones convencionales, en especial, respecto de los supuestos regulados en el Artículo XX del GATT (art. 2102), así como por motivos de seguridad nacional (art. 2102) y de dificultades serias en la balanza de pagos (art. 2104).
- 32 El sistema institucional del TLCAN no es muy sofisticado. Se creó una Comisión de Libre Comercio (integrada por representantes de cada parte, que deben ser Ministros o Secretarios de Estado), con las tareas de examinar la transposición de las disposiciones del TLCAN, votar en relación a desarrollos ulteriores y resolver diferencias en el plano político (art. 2001). Además, existe una Secretaría (art. 2002).

5. Integración regional en Latinoamérica y el Caribe

Bibliografía recomendada: Alhadeff, E. T.: “Protocol of Buenos Aires on International Jurisdiction in Disputes relating to Contracts”, ILM, 36/1997, pp. 1263 ss.; Brewer-Carias, A. R.: “Regional Integration in Central Latin America: A Progress Report”, en Schmitthoff, C. M., Simmonds, K. R. (ed.): *International Economic and Trade Law, Universal and Regional Integration*, 1976, pp. 13 ss.; Chatterjee, C.: “The Treaty of Asunción:

²³⁸ V. *infra*, tema 23, nota al margen 5.

²³⁹ V. *supra*, tema 9, nota al margen 2.

²⁴⁰ V. art. 1122. Al respecto, Horlick, G. A., Marti, a. L.: “NAFTA Chapter 11 B-A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments”, *Journal of International Arbitration*, 14/1997, pp. 43 ss.

An Analysis”, *JWT*, 26/1992, pp. 63 ss.; Hummer, W.: “Integration in Lateinamerika und in der Karibik. Aktueller Stand und zukünftige Entwicklungen”, *Verfassung und Recht in Übersee* 2005, pp. 6 ss.; Mancero-Bucheli, G.: “Anti-Competitive Practices by Private Undertakings in Ancom and Mercosur: An Analysis from the Perspective of EC Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 47/1998, pp. 149 ss.; Mayr, J. L.: “Die Rolle des Mercosur im multidimensionalen Integrationschema Lateinamerikas”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 1993, pp. 258 ss.; Moavro, H., Orieta, P. W., Parera, R. G.: *Las Instituciones del Mercosur*, 1997; O’Keefe, T. A.: “How the Andean Pact Transformed Itself into a Friend of Foreign Enterprise”, *The International Lawyer*, 30/1996, pp. 811 ss.; Samtleben, J.: “Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (Mercosur) und seine neue Verfassung”, *WM*, 1996, pp. 1997 ss.; Sangmeister, H.: *Mercosur: Möglichkeiten und Grenzen der Integration*, 1996; Vervaele, J.: “Mercosur and Regional Integration in South America”, *ICLQ* 2005, pp. 387 ss.; Wehner, U.: *Der Mercosur*, 1999.

a) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

En el Continente americano se ha suscrito una serie de acuerdos de integración entre los Estados de América Central y del Sur. Con el Acuerdo de Montevideo de 1960, varios Estados latinoamericanos crearon la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.²⁴¹ Más tarde, en lugar de este Acuerdo se implantó el Tratado sobre la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) de 1980.²⁴² Los Estados miembros fundadores son Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Los órganos de la ALADI son el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Conferencia de Evaluación y Convergencia, el Comité de Representantes (en el que cada Estado miembro tiene un representante con un voto), así como una Secretaría General. El Consejo es el órgano supremo y es competente, entre otras cosas, para dictar normas generales que fomenten la integración económica (art. 30 Acuerdo-ALADI). Las decisiones de los órganos políticos se adoptan por mayoría de dos tercios. En ciertos casos importantes, un Estado miembro puede impedir una decisión mediante un voto negativo (art. 43). 33

Convenios bilaterales y trilaterales se superponen al régimen de libre comercio de ALADI. Así, Colombia, México y Venezuela han pactado la creación de una zona de libre comercio (“Grupo de los tres”, G-3). Entre tanto, Venezuela se ha retirado de ALADI, en tanto que Panamá ha manifestado su interés en adherirse. 34

²⁴¹ V. al respecto Grigera Naón, H. A.: “Latin American Integration Association”, en *EPIL*, t. III, 1997, pp. 144 ss.

²⁴² *ILM*, 20/1981, p. 672.

b) Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) y Comunidad Andina

- 35 En el marco de la ALADI, algunos Estados sudamericanos celebraron en 1969 el Acuerdo de Cartagena, para fortalecer la integración subregional (Pacto Andino).²⁴³ La Comunidad Andina, que nació de este Pacto, está compuesta en la actualidad por Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú. Venezuela se desvinculó de la Comunidad Andina en 2006, en tanto que Chile tiene desde 2006 el estatus de miembro asociado de la misma. El Pacto Andino prevé, como órganos principales, la Comisión, la “Junta” tripartita (como guardiana de la observancia del Tratado y de las decisiones de la Comisión), el Parlamento Andino y el Tribunal del Mercado Común Andino. La Comisión se compone de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros; es competente para formular los objetivos generales del Pacto Andino, la aprobación de las medidas necesarias a este respecto y la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. Las decisiones de la Comisión tienen eficacia obligatoria general y forman parte del Derecho de los Estados miembros sin necesidad de acto de transposición nacional (arts. 2 y 3 del Acuerdo sobre el Tribunal). Las decisiones del Tribunal también despliegan eficacia directa y no requieren declaración de ejecutabilidad en los Estados miembros (art. 32 del Acuerdo sobre el Tribunal). En este punto, se refleja claramente el modelo del TJUE. El Pacto Andino debe transformarse en una unión aduanera. A este fin, se desarrolló un plan gradual para establecer un arancel exterior común. Mientras los aranceles interiores se eliminaron por completo, una unión aduanera sólo se ha podido realizar respecto de un 50% del comercio exterior con terceros países.
- 36 Con el Acuerdo de Trujillo de 1996, el Pacto Andino fue elevado a un nuevo nivel y transformado en la Comunidad Andina. El órgano político rector de la Comunidad Andina es el Consejo presidencial andino, que reúne a los Jefes de Estado de los Estados miembros. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores es competente para formular la política exterior en interés de la integración subregional y para suscribir los tratados internacionales de la Comunidad Andina. Los restantes órganos principales de la Comunidad Andina son (como antes) la Comisión y el Tribunal. Junto a ello, existen varios órganos consultivos adyacentes. En lugar de la anterior “Junta” del Pacto Andino, actualmente funciona la Secretaría General de la Comunidad Andina.

²⁴³ ILM, 28/1989, p. 1165; García Amador, F. V.: El ordenamiento jurídico andino, 1977 (en inglés 1978); Leu, H. -J.: “Andean Common Market”, en EPIL, 6/1983, pp. 13 ss.; Sáchica, L. C.: Derecho Comunitario Andino, 1990. El Tratado sobre la constitución del Tribunal del Mercado Común Andino provocó reformas esenciales, ILM, 18/1979, p. 1203. El protocolo de Quito de 1987 modificó mucho más el Pacto Andino (ILM, 28/1989, p. 1165). V. al respecto Zelada Castedo, A.: “Las reformas del Acuerdo de Cartagena: la estructura institucional y el principio de no discriminación”, Integración Latinoamericana, Núm. 134/1988, pp. 14 ss.

c) Mercosur

El Mercado Común del Sur (Mercosur, o *Mercosul* en portugués²⁴⁴) se creó en 1991 a través del Tratado de Asunción entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Bolivia, Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Venezuela son miembros asociados. La ratificación de la adhesión de Venezuela como miembro de pleno derecho por parte de Brasil y Paraguay está todavía pendiente. Atendiendo al éxito conseguido hasta la fecha, a la vista del poder económico de Argentina y Brasil, Mercosur se ha convertido en uno de los proyectos más importantes de integración regional. Entretanto, se han puesto los fundamentos para una –aún incompleta– unión aduanera. Para un amplio espectro de mercancías se han eliminado los aranceles interiores y ha entrado en vigor un arancel exterior común. 37

Los Estados fundadores del Mercosur, al contrario que, por ejemplo, los de la Unión Europea o también los del Pacto Andino, se han decantado de momento por un sistema institucional sencillo, sin mecanismos complicados de formación de la voluntad supranacional. En vez de ello, los Estados miembros han fijado una supresión paulatina de las asimetrías económicas por medio de la coordinación intergubernamental. La política económica coordinada entre Argentina y Brasil tuvo que superar grandes dificultades, especialmente en el sector monetario, debido a la hiperinflación existente en Brasil durante bastante tiempo. Mercosur ha conducido a una evidente vivificación del comercio entre los Estados miembros y a un claro incremento del producto nacional bruto de esos cuatro Estados. 38

La estructura orgánica actual del Mercosur procede del Protocolo de Ouro Preto de 1994.²⁴⁵ Este Protocolo fundamenta, al mismo tiempo, la personalidad jurídica de Mercosur como organización internacional. Los principales órganos de Mercosur son el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común, la Comisión de Comercio del Mercosur, la Comisión Parlamentaria Conjunta, el Foro Consultivo Económico y Social, y la Secretaría administrativa. El Consejo del Mercado Común es el órgano supremo de decisión; está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Economía de los Estados miembros. El Grupo del Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercosur; en él, cada Estado miembro está representado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros suplentes por país. El Grupo del Mercado Común es auxiliado por la Comisión de Comercio, que controla la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial, persigue el desarrollo del mercado común y presenta las propuestas legislativas. En virtud del Protocolo de Ouro Preto, Mercosur tiene personalidad jurídica tanto en el plano internacional (art. 34), como en el tráfico jurídico privado (art. 35).

²⁴⁴ ILM, 30/1991, pp. 1041 ss. (esp. 1044); al respecto Bodemer, K.: “Von der Wirtschaftsgemeinschaft zur subregionalen Sicherheitsgemeinschaft – Eine Zwischenbilanz des Mercosur”, *Friedenswarte*, 75/2000, pp. 331 ss.; Cassella, P.B.: “Legal Features and Institutional Perspectives for the Mercosur”, *VRÜ*, 31/1998, pp. 523 ss.; Martins, R.: “Mercosur: Der südamerikanische Gemeinsame Markt”, *RIW*, 1999, pp. 851 ss.; Samtleben, J.: “Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (Mercosur) und seine neue Verfassung”, *WM*, 1996, pp. 1997 ss.; Sangmeister, H.: *Mercosur: Möglichkeiten und Grenzen der Integration*, 1996; Wehner, U.: *Der Mercosur*, 1999.

²⁴⁵ ILM, 34/1995, p. 1244.

Las fuentes jurídicas del Mercosur son, además del Tratado Constitutivo, sus Protocolos anexos y modificaciones, los convenios internacionales del Mercosur y las decisiones del Consejo, las resoluciones del Grupo del Mercado Común y las directrices de la Comisión de Comercio. Los Estados miembros están obligados a incorporar a su Derecho interno los actos jurídicos adoptados por los órganos del Mercosur. El Protocolo de Brasilia de 1991 regula la solución de diferencias en el seno del Mercosur.²⁴⁶ Conforme a él, un tribunal arbitral compuesto por tres jueces decide sobre controversias que los Estados parte no puedan resolver mediante acuerdo. Con base en el Protocolo de Olivos de 2002, se creó el Tribunal Permanente de Revisión, con competencia para revisar los laudos arbitrales; en determinadas circunstancias, el Tribunal puede también decidir como primera y última instancia. Los particulares también pueden incoar un procedimiento arbitral, al sentirse perjudicados por una medida de un Estado miembro contraria al Tratado. Los representantes del Estado de origen pueden elevar la reclamación al Grupo del Mercado Común, que, tras un examen previo, puede solicitar la opinión de un grupo de expertos. Si el grupo de expertos estima que la reclamación contra un Estado miembro está justificada, cada uno de los otros Estados miembros puede exigir una reparación y, después de expirar un plazo, iniciar un arbitraje entre Estados. En vista del nivel de integración alcanzado hasta ahora, la inexistencia de una jurisdicción institucionalizada se considera entretanto como un defecto. Una cláusula de salvaguardia permite a los Estados miembros fijar cuotas temporales a la importación para determinados bienes, cuando un incremento drástico de las importaciones amenace con irrogar un daño grave al propio mercado.

- 39 El proyecto de una Comunidad Suramericana de Naciones, formulado en la Declaración de Cuzco de 2004, debe unir los dos grandes bloques comerciales del Mercosur y de la Comunidad Andina, para formar una gran zona continental de comercio preferencial. Por una parte, los Estados miembros de la Comunidad Andina ya han creado zonas de comercio preferencial con los Estados del Mercosur a través de acuerdos bilaterales. Por otra parte, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay se hicieron miembros asociados del Pacto Andino (Decisión 613, de 2005, del Consejo Andino). Estas relaciones de comercio preferencial se extienden a aproximadamente un 80% del comercio entre los dos bloques.

d) Libre comercio e integración económica en América Central y el Caribe

- 40 Entre tanto, el Mercado Común Centroamericano (MCCA) ha sido reemplazado por el Sistema de Integración Centroamericano (SICA). Los Estados miembros son Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Los órganos principales son la Corte Centroamericana de Justicia, que resuelve también sobre recursos interpuestos por particulares, la Reunión de Presidentes, el Consejo de Ministros de

²⁴⁶ ILM, 36/1997, p. 691.

Asuntos Exteriores, el Parlamento Centroamericano, la Secretaría General, un Comité Ejecutivo y un Comité Consultivo.²⁴⁷

Bajo el techo de la Comunidad Caribeña (*Caribbean Community*, CARICOM²⁴⁸) se ha establecido el Mercado Común Caribeño (*Caribbean Common Market*). Este mercado aspira a establecer un arancel exterior común y a una coordinación cada vez más estrecha de la política comercial exterior de los Estados miembros. Estos miembros son Antigua y Barbuda, las Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, el territorio británico de Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, así como Trinidad y Tobago. La República Dominicana tiene estatus de observador. La Corte Caribeña de Justicia tiene competencia facultativa como supremo tribunal de apelación para los Estados miembros, pero resuelve también diferencias entre Estados miembros de CARICOM, cuestiones prejudiciales interpuestas por los tribunales nacionales y recursos de personas naturales y jurídicas. En el asunto *Trinidad Cement Ltd. v. Caribbean Community*, la Corte admitió un recurso individual contra la CARICOM, que se apoyó en la presunta incompatibilidad de preceptos de Derecho secundario de la CARICOM con el Derecho internacional público. En este contexto, la Corte resaltó el principio de la “responsabilidad legal” (*legal accountability*).²⁴⁹

6. Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN)

La Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN) fue fundada en el año 1967 41 por Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia (originariamente, con el objetivo de frenar la expansión comunista). Más tarde, se unieron a ella Brunei, Vietnam, Burma, Laos, y Camboya. Los “tigres asiáticos” (Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia) han logrado durante años altas, o hasta muy altas, tasas de crecimiento. Tras un convenio de 1977, los Estados miembros se han concedido recíprocamente aranceles preferenciales. Un nuevo acuerdo sobre aranceles preferenciales prevé la supresión progresiva de los obstáculos al comercio y la creación de una zona de libre comercio para los productos industriales (*ASEAN Free Trade Area, AFTA*). De gran relevancia para este proyecto es el esquema de la Tarifa Preferencial Efectiva Común (*Common Effective Preferential Tariff – CEPT*), que persigue una significativa reducción de los aranceles para numerosos productos y la eliminación de restricciones no tarifarias al comercio. En ocasiones, varios Estados de la región-ASEAN han sufrido problemas monetarios importantes (Tailandia, Filipinas y Malasia). A ello debe añadirse el elevado endeudamiento exterior de algunos Estados miembros.

²⁴⁷ Gallep, B.: “Der zentralamerikanische Integrationsprozess. Probleme und Scheinprobleme”, *KAS Auslandsinformationen*, 10/2004, pp. 30 ss.

²⁴⁸ Al respecto, v. Simmonds, K. R.: “Caribbean Cooperation”, en *EPIL*, t. I, 1992, pp. 533 ss.

²⁴⁹ *Trinidad Cement Ltd. v. Caribbean Community*, [2009] CCJ 2 (OJ), para 32.

7. Acuerdo de libre comercio ASEAN-China

- 42 El Acuerdo de libre comercio entre el ASEAN y China (*ASEAN-China Free Trade Agreement - ACFTA*), que entró en vigor el 1 de enero de 2010, prevé la reducción de aranceles para el 90% de las mercancías. En un primer periodo, sólo seis Estados participan en la reducción de aranceles (Brunei, Indonesia, Malasia, Filipinas, y Tailandia). Los demás Estados miembros de la ASEAN les seguirán tras un período de transición de cinco años. Con una población de mil novecientos millones de habitantes, el ACTFA crea la zona de comercio preferencial más extensa del mundo, medida en términos poblacionales. Aparte del ACFTA, la ASEAN ha celebrado también tratados de libre comercio con Australia, Nueva Zelanda, India, Japón y Corea del Sur.

8. Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)

- 43 Para el área del Pacífico, se creó en 1989 la Cooperación Económica Asia-Pacífico (*Asia-Pacific Economic Cooperation - APEC*), con sede en Singapur. Entre los miembros se cuentan Australia, Hong Kong, China, Indonesia, Japón, Canadá, Brunei, Malasia, Filipinas, Nueva Zelanda, Singapur, Corea del Sur, Taiwán, Tailandia, México, Papua-Nueva Guinea, Chile, los Estados Unidos, Perú y Rusia. Los Estados-APEC persiguen la creación de una extensa zona de libre comercio. En la Conferencia de Vancouver de 1997, los veintinueve Estados miembros del APEC se han puesto de acuerdo en un amplio programa de liberalización. A diferencia de otros espacios de integración económica creados sobre la base de convenios, la APEC funciona a través de una concertación no vinculante entre los Estados, y siempre toma sus decisiones por consenso.

Los Estados Unidos persiguen con otros ocho Estados APEC (Australia, Malasia, Perú, Vietnam, Brunei, Chile, Nueva Zelanda, Singapur) la creación de una Asociación Trans-Pacífica (*Trans-Pacific Partnership - TPP*), la cual serviría de marco a una zona de libre comercio con generosas disposiciones sobre acceso al mercado, por ejemplo para servicios financieros.

9. Integración regional en África

- 44 Varios Estados de África Occidental (Benin, Burkina Faso, Costa de Marfil, Mali, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Cabo Verde, Liberia, Níger, Sierra Leona, Togo, Mauritania, Nigeria y Senegal) se ha unido en la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (*Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, CEDEAO; Economic Community of West African States, ECOWAS*²⁵⁰), creada en 1975 y que constituye una unión aduanera.²⁵¹

²⁵⁰ Gans, C.: *Die ECOWAS: Wirtschaftsintegration in West-Afrika. Recht und Politik in Afrika*, 2006.

²⁵¹ Okolo, J. E.: "ECOWAS Regional Cooperation Regime", *GYIL* 32/1989, pp. 111 y ss.

En el año 1992, la República Sudafricana creó, junto a otros doce Estados, la Comunidad de Desarrollo de África del Sur (*Southern Africa Development Community, SADC*²⁵²), que se concibió, en primer lugar, como una zona de libre comercio y que pretende terminar convirtiéndose en un mercado común. 45

El Mercado Común para el África Oriental y del Sur (*Common Market for Eastern and Southern Africa, COMESA*²⁵³), tiene veinte Estados miembros (Egipto, Angola, Etiopía, Burundi, Yibuti, Eritrea, Kenia, las Comoras, la República Democrática del Congo, Libia, Madagascar, Malawi, Mauricio, Ruanda, Sambia, las Seychelles, Sudán, Suazilandia, Uganda y Zimbabue). Más allá del programa común para reducir o eliminar aranceles, varios Estados miembros del COMESA están negociando la reducción de obstáculos no tarifarios. 46

Burundi, Kenia, Ruanda, Tanzania y Uganda conforman la Comunidad de África Oriental (*Eastern African Community, EAC*²⁵⁴), que aspira a la creación de una unión aduanera. El sistema institucional de la EAC abarca no sólo órganos integrados por representantes de los Estados y la Secretaría, sino también una Corte de Justicia.²⁵⁵ 47

Tema 13

Compraventa internacional y otros contratos

1. Consideraciones generales

Bibliografía recomendada: Bridge, M.: *The International Sale of Goods*, 2007; Calliess, G.-P.: *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarkt*, 2006; Centre for Transnational Law (ed.): *Law and Practice of Export Trade*, 2001; Czerwenka, G. B.: *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, 1998; Gildeggen, R./Willburger, A.: *Internationale Handelsgeschäfte*, 2010; Lafli, L., Gevurtz, F., Campbell, D. (ed.): *Survey of the International Sale of Goods*, 1986; Murray, C.: *Schmitthoff's Export Trade*, 11.ª ed., 2005; Reithmann, C., Martiny, D.: *Internationales Vertragsrecht*, 5.ª ed., 1996; Sandrock, O.: *Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung*, 2.ª ed., 2 tomos, 2002.

²⁵² Vogt, J.: *Die regionale Integration des südlichen Afrikas unter besonderer Betrachtung der South African Development Community (SADC)*, 2007.

²⁵³ Akombe Kwamboka, R.: *Regional Integration and the Challenge of Economic Development: the Case of the Common Market for Southern and Eastern Africa (COMESA)*, 2005.

²⁵⁴ Ajulu, A.: *The Making of a Region: the Revival of the East African Community*, 2005.

²⁵⁵ Van der Mei, A. P.: "Regional Integration: The Contribution of the Court of Justice of the ECA", *ZaōRV* 69/2009, pp. 403 y ss.

- 1 El Derecho de contratos tiene una importancia central para el tráfico económico privado internacional. La incertidumbre sobre los derechos y las obligaciones contractuales de las partes negociadoras incrementan los costes de transacción de las empresas.
- 2 Este tipo de incertidumbre puede derivar de la cuestión en torno a qué Derecho nacional es el aplicable a una relación contractual. Para armonizar las normas de conflicto de leyes en el ámbito del Derecho de contratos se han celebrado diversos convenios internacionales. Entre ellos, merece especial consideración el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980. El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de mercaderías de 1955, al que se han adherido pocos Estados, ha tenido escasa relevancia.²⁵⁶ En su lugar, ha de atenderse al Convenio de La Haya de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías.²⁵⁷ Este Convenio se apoya en muchos aspectos en el Convenio de Roma de 1980. De ahí que sea de menor importancia para los Estados parte del Convenio de Roma que para otros Estados. Entre los Estados latinoamericanos se ha celebrado una serie de tratados para unificar el Derecho internacional privado.²⁵⁸ En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), se ha elaborado la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales.²⁵⁹
- 3 La mejora de las condiciones normativas marco para el tráfico económico contractual depende de la creación de reglas uniformes sobre la existencia y el contenido de las prestaciones contractuales. A ello contribuyen los usos comerciales internacionales, los principios generales de los contratos y otras normas comerciales uniformes, tal y como, por ejemplo, las aplican los tribunales arbitrales. La mayor contribución en aras de la seguridad jurídica la proporcionan los convenios internacionales para la unificación del Derecho de contratos, que tienen especial relevancia en relación con la compraventa internacional. A este respecto, destaca particularmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980.
- 4 Con el fin de concretar obligaciones contractuales en el tráfico comercial, se han desarrollado cláusulas modelo con un contenido internacionalmente reconocido. La Cámara

²⁵⁶ Al respecto, v. Jayme, E./Hausmann, R.: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15.^a ed., 2010, n. marg. 76; Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 9.^a ed., 2004, pp. 253 y 697-698.

²⁵⁷ El texto de los convenios de La Haya puede encontrarse en <http://www.hchc.net> (en inglés o francés). Traducción al castellano en González Campos, J.D., Borrás Rodríguez, A.: Recopilación de convenios de la conferencia de la Haya de Derecho internacional privado (1951-1993), 1996. V. también Kegel, G., Schurig, K. (*supra*, nota 746), pp. 699 y ss.

²⁵⁸ V. al respecto, por ejemplo, Parra-Aranguren, G.: "Recent Developments of Conflict Laws Conventions in Latin America", RdC, 164/1979, t. III, pp. 55 ss.; id.: Codificación del Derecho Internacional Privado en América, 1982; Samtleben, J.: "Internationales Privatrecht in Lateinamerika", Der Codigo Bustamante in Theorie und Praxis, t. I, 1979; Villela, A. M.: "L'unification du droit internationale privé en Amérique latine", Rev. crit. dr. int. priv., 1984, pp. 233 ss.

²⁵⁹ ILM, 33/1994, pp. 732 ss.

Internacional de Comercio publica la lista de los denominados Incoterms (*International Commercial Terms*), que actualiza con regularidad, al mismo tiempo que explica y comenta su significado. Hasta finales del año 2010, se utilizaba la versión de los Incoterms publicada en el 2000.²⁶⁰ Desde el 1 de enero de 2011, se aplica la séptima edición de este conjunto de normas, publicada en septiembre de 2010, por lo que es común referirse a ella como Incoterms 2010. Los Incoterms son cláusulas modelo que reglamentan, por ejemplo, las obligaciones contractuales en materia de lugar de destino de una mercancía, transporte y costes del transporte, reparto del riesgo durante el transporte o de los aranceles de importación. La estructura y organización de los Incoterms 2010 son iguales a las de los Incoterms 2000, pero el número de cláusulas fue reducido de 13 a 11. Las siguientes cláusulas se encuentran en los Incoterms 2010:

- EXW – *Ex Works/En Fábrica*
- FCA – *Free Carrier/Franco Transportista*
- FAS – *Free Alongside Ship/Franco al costado del buque*
- FOB – *Free on Board/Franco a bordo*
- CFR – *Cost and Freight/Coste y flete*
- CIF – *Cost, Insurance and Freight/Coste, seguro y flete*
- CPT – *Carriage Paid To/Transporte pagado hasta*
- CIP – *Carriage, Insurance Paid To/Transporte y seguro pagados hasta*
- DAP – *Delivered At Place/Entregado en un punto*
- DAT – *Delivered At Terminal/Entregado en terminal*
- DDP – *Delivered Duty Paid/Entregada derechos pagados*

2. El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento de la Unión Europea “Roma I”

Bibliografía recomendada: Firsching, K.: “Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11.6.1980”, *IPrax*, 1981, pp. 37 ss.; North, P. M. (ed.): *Contract Conflicts, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractable Obligations: A Comparative Study*, 1982; Pfeiffer, T.: “Neues internationales Vertragsrecht”, *EuZW* 2008, pp. 622 ss.; Weitnauer, W.: Die rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen und deutschen Internationalen Vertragsrechts sowie des EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, 1981.

El Convenio de Roma, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (en adelante, CR),²⁶¹ debía garantizar una mayor seguridad jurídica a través de la unificación

²⁶⁰ V. al respecto, Bredow, J., Seifel, B.: *INCOTERMS 2000*; Piltz, B.: “INCOTERMS 2000. Der Praxisüberblick”, *RiW*, 2000, pp. 985 ss.

²⁶¹ DO C 27, de 26 de enero de 1998, pp. 34 y ss.; Jayme/Hausmann: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 14.ª ed., 2008, núm. 70 (extracto).

de las normas de conflicto en la Comunidad Europea. Entretanto, este Convenio ha sido reemplazado, en gran medida, por preceptos del Derecho de la Unión Europea.

- 6 El Reglamento (CE) 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales,²⁶² moderniza el contenido del Convenio de Roma (por ejemplo, en materia de Derecho de consumo), y sustituye al Convenio en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, exceptuando a algunos territorios de Ultramar (art. 24.1).
- 7 Las disposiciones del Reglamento “Roma I” se aplican a las relaciones contractuales en materia civil y comercial que implican un conflicto de leyes (art.1.1). Del ámbito de aplicación del Reglamento se excluye una serie de cuestiones jurídicas (art. 1.2). Ello concierne, en particular, a las relaciones jurídicas de Derecho de familia, las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques, pagarés y otros instrumentos negociables, las cuestiones relativas al Derecho de sociedades y determinados contratos de administración fiduciaria y seguros.
- 8 El Reglamento arranca de la autonomía de las partes contractuales con respecto a la elección del Derecho aplicable. Por regla general, un contrato se rige por la ley elegida por las partes (art. 3.1). No obstante, en caso de que todos los demás elementos en un asunto dado presenten un vínculo con otro país, las disposiciones imperativas del mismo no se verán afectadas por tal elección (art. 3.3).
- 9 A falta de una elección de la ley aplicable por las partes, el contrato se rige, generalmente, por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4). En primer lugar, se considerarán determinados criterios de conexión (como el Estado de residencia del vendedor o proveedor de servicios) y en segundo lugar la residencia habitual de la parte que debe realizar “la prestación característica” del contrato (art. 4.2).
- 10 Debe tenerse en cuenta que la aplicación de un determinado Derecho nacional no depende de que se trate del Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 2). Esto significa que también se puede llegar a la aplicación del Derecho de un tercer Estado.
- 11 El Reglamento “Roma I” establece que, bajo determinadas condiciones, las normas imperativas de un Derecho nacional pueden aplicarse, aunque el contrato se rija por el Derecho de otro Estado (“conexión especial” o *Sonderanknüpfung*). De acuerdo con ello, pueden tomarse en consideración, por ejemplo, normas extranjeras sobre prohibiciones a la importación y a la exportación, sobre precios y cambios, Derecho de la competencia o protección de los consumidores. La conexión especial del Artículo 9.1 del Reglamento es

²⁶² DO L 177, 4 de julio de 2008, pp. 6 ss.

un instrumento importante para dotar a determinados preceptos de Derecho económico de eficacia “extraterritorial”.²⁶³

A este respecto, la norma especial del Artículo 7.1 del Convenio de Roma iba particularmente lejos. Este precepto permitía atribuir eficacia a las normas imperativas del Derecho de un Estado (no aplicable de por sí) “con el que la situación presente un vínculo estrecho”, en la medida que este Derecho se declaraba aplicable “cualquiera que sea la ley que rija el contrato”. La conexión especial del artículo 7.1 era extraordinariamente controvertida. Los Estados contratantes podían establecer una reserva al respecto conforme al artículo 22.1, letra a. Alemania, Gran Bretaña, Irlanda, Luxemburgo y Portugal fueron los Estados que hicieron uso de esta posibilidad. No obstante, los tribunales alemanes llegaron con mucha frecuencia a resultados similares a los de la conexión especial, por medio de la cláusula general del § 138. 1 BGB (infracción de las buenas costumbres).²⁶⁴

En el Reglamento “Roma I”, la conexión especial subsiste solamente en cuanto a leyes 12 de policía “del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal” (art. 9.3, primera frase). Se trata de una decisión discrecional del juez, para la que el Reglamento exige un análisis de consecuencias (art. 9.3, segunda frase).

Así, en un contrato sobre la exportación de bienes culturales del Estado B al Estado A, un juez del Estado A puede admitir la aplicación de una prohibición de exportar del Estado B, aunque el contrato se rija por el Derecho del Estado A. Desde un punto de vista técnico, se han de considerar aquí las siguientes opciones: nulidad del contrato, incumplimiento de obligaciones contractuales, imposibilidad jurídica de su cumplimiento, o pérdida la base del negocio.

3. La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

Bibliografía recomendada: Brunner, C.: *UN-Kaufrecht – CISG-Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, 2004; Ferrari, F.: *International Sale of Goods*, 1999; Piltz, B.: *Internationales Kaufrecht*, 2.^a ed., 2008; Reinhart, G.: “Sale of Goods, Uniform Laws”, en *EPIL*, t. IV, 2000, pp. 301 ss.; Schlechtriem, P., Schwenzler, I. (eds.): *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.^a ed., 2010; Schlechtriem, P.: *Internationales UN-Kaufrecht*, 4.^a ed., 2007.

Bases de datos: <http://www.cisg-online.ch>: Base de datos completa sobre el Derecho de la compraventa de Naciones Unidas, donde se puede acceder a parte de la jurisprudencia a texto completo. <http://www.uncitral.org>: Base de datos de la UNCITRAL, en

²⁶³ V. *supra*, tema 3, nota al margen 5, letras b, e.

²⁶⁴ V. *supra*, tema 3, nota al margen 5, letra d.

la que junto al estado actual de las ratificaciones pueden verse los “Case Law on Uncitral Texts” (CLOUT).

a) Del Derecho de La Haya sobre compraventa a la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional

- 13 La unificación jurídica es de esencial relevancia en la compraventa internacional. A menudo, las partes en el contrato no conocen suficientemente el contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales; la envergadura de las pretensiones y obligaciones contractuales es, por ello, difícil de valorar. Y, a veces, las disposiciones nacionales no tienen en cuenta de forma adecuada las exigencias del comercio internacional. Estos problemas se pueden reducir a través de la creación de un Derecho de la compraventa uniforme con fundamento en convenios internacionales.
- 14 La Convención de La Haya relativa a una ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías de 1964,²⁶⁵ y la Convención de La Haya relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías,²⁶⁶ del mismo año, tienen como objetivo la unificación del Derecho sustantivo. Ambos textos han obtenido una moderada repercusión en la comunidad de Estados.²⁶⁷ Por ello, en el marco de la UNCITRAL se elaboró la Convención de Viena de Naciones Unidas de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*).²⁶⁸
- 15 La Convención de Viena de 1980 “regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato” (art. 4.1). Está en vigor respecto de más de sesenta Estados (que incluyen a Egipto, Argentina, Australia, Chile, China, Alemania, Italia, Canadá, México, los Países Bajos, Austria, Suiza, España, los Estados escandinavos, Hungría, los Estados Unidos, Rusia y otros Estados sucesores de la Unión Soviética).²⁶⁹ Los Estados parte de las Convenciones de La Haya sobre compraventa deben denunciarlas antes de ratificar la Convención de Naciones Unidas (art. 99. 3-6).

²⁶⁵ *Bundesgesetzblatt* 1973 II, pp. 886 ss.; España nunca se adhirió a esta Convención.

²⁶⁶ *Bundesgesetzblatt* 1973 II, pp. 919 ss.; España nunca se adhirió a esta Convención.

²⁶⁷ Entre los Estados parte se encuentran/encontraban: Bélgica, Alemania, Gambia, Israel, Italia, Holanda, San Marino, Luxemburgo y el Reino Unido. Alemania ha abandonado ambas Convenciones.

²⁶⁸ *BOE*, núm. 26 de 30 de enero de 1991, pp. 3170 y ss. con rectificaciones en *BOE*, núm. 282, del 22 de noviembre de 1996, pp. 35305 ss.; Jayme/Hausmann: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15.^a ed., 2010, n. marg. 77.

²⁶⁹ V. la enumeración completa de todos los Estados parte y el texto de las reservas declaradas por los respectivos Estados en UNCITRAL: “Status of Conventions and Model Laws”, *UN Doc. A/CN.9/651* (30. 5.2008), pp. 3 ss.

La Convención de Viena de 1980 regula, en primer lugar, su ámbito de aplicación y las 16 disposiciones generales (Parte I), después la formación del contrato (Parte II) y, en tercer lugar, los derechos y obligaciones de las partes (Parte III). En virtud del Artículo 7.1 de la Convención, en su interpretación “se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

Durante mucho tiempo, la Convención de Viena se ha distinguido, en comparación con 17 el opaco Derecho alemán, por su considerable grado de transparencia, en particular, en materia de obligaciones del vendedor y del comprador. La reforma del Derecho de obligaciones alemán ha producido un acercamiento en este punto. No obstante, el Derecho de compraventa de las Naciones Unidas sigue siendo mucho más atractivo para el vendedor que el nuevo Derecho de obligaciones alemán. Entre tanto, más del 80% del comercio exterior alemán recae en relaciones contractuales con empresas domiciliadas en Estados parte de la Convención de Viena. Pero las empresas alemanas se oponen, a menudo, a la aplicación del Derecho de las Naciones Unidas. Con frecuencia, ello se debe más a una preferencia tradicional por el Derecho alemán, con el que tienen más familiaridad, que a un análisis de las ventajas e inconvenientes de su aplicación a la relación contractual en cuestión.

Más allá de su ámbito de aplicación, la Convención de Naciones Unidas adquiere rele- 18 vancia como posible modelo para otros intentos de unificación jurídica en el ámbito del Derecho de contratos.²⁷⁰

b) Ámbito de aplicación de la Convención de Viena

La Convención de Naciones Unidas se aplica automáticamente, tan pronto como un 19 contrato se encuentra dentro de su ámbito material y espacial. La Convención se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes de Estados diferentes. Más concretamente, es necesario que cada una de las partes tenga su establecimiento o residencia habitual en otro Estado parte (art. 1.1, letra a),²⁷¹ o que las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado parte (art. 1.1, letra b).²⁷² En caso de que se tengan varios establecimientos se atenderá al “que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento” (art. 10, letra a). Aun cuando el contrato de compraventa tenga carácter internacional, la Convención de Viena no se aplica si una de las partes asumió que se trataba de una transacción de carácter interno,

²⁷⁰ V. al respecto Bonell, M. J.: “Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für die internationale Handelsverträge”, *RabelsZ*, 56/1992, pp. 274 ss.

²⁷¹ Sobre la noción de “establecimiento”, v. art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas.

²⁷² Al respecto, v. Pünder, H.: “Das Einheitliche UN-Kaufrecht – Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung nach Art. 1 Abs. 1 lit. b UN-Kaufrecht”, *RiW*, 1990, pp. 869 ss.

porque ni del contrato ni de los tratos entre las partes se había desprendido que las partes tenían establecimientos en diferentes Estados contratantes (art. 1.2). Conforme al artículo 95, la aplicación del artículo 1.1, letra b, puede excluirse mediante una reserva, con la consecuencia de que, entonces, la Convención sólo engloba contratos entre partes con establecimientos en diferentes Estados contratantes.²⁷³

- 20 En cuanto a su ámbito de aplicación material, la Convención de Viena comprende los contratos de compraventa de mercaderías (art. 1.1). Por tanto, los contratos de compraventa de créditos o bienes inmuebles no están sujetos a la Convención. En cambio, el *software* debería contemplarse como una mercadería en el sentido de la Convención.²⁷⁴
- 21 En el artículo 2, se excepciona una serie de negocios jurídicos especiales. Entre ellos, la compraventa de mercaderías para uso personal (letra a), la de títulos-valores o medios de pago (letra d) o la de buques y aeronaves (letra e). Los contratos de suministro de piezas de recambio para los buques y aeronaves a los que se refiere el artículo 2.e (por ejemplo, turbinas) deberían quedar sujetos a la Convención.²⁷⁵ Conforme a la lógica y el objetivo del artículo 2, letra e, pero en contra de la opinión generalizada, este precepto no se aplica únicamente al suministro de unidades completas y listas para funcionar, sino que engloba también los suministros de partes esenciales para el funcionamiento de los medios de transporte excepcionados (por ejemplo, el suministro de un casco de barco con maquinaria).
- 22 Los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas (contratos de ejecución de obra con suministro de materiales) se equiparan a los contratos de compraventa, a menos que la parte que encargue las mercaderías haya proporcionado una parte sustancial de los materiales necesarios para la manufactura o producción (art. 3.1). La Convención no se aplica a los contratos que consistan esencialmente en la prestación de servicios (art. 3.2).

Un laudo arbitral de la CCI consideró que la Convención de Viena era aplicable en una controversia entre una empresa austriaca y un cliente yugoslavo (croata) en relación al suministro y el montaje de material de instalación en un hotel en construcción en Praga.²⁷⁶ El tribunal arbitral sometió el contrato de suministro al Artículo 3.1 de la Convención, ya que el valor del material suministrado se situaba claramente por encima del valor del trabajo de montaje.

²⁷³ La República Popular de China, Singapur, la República eslovaca, la República checa y los Estados Unidos han efectuado esta reserva. En Alemania, conforme a la Ley de aprobación de la Convención de Viena, el art. 1.1, b) no se ve alterado si las normas de Derecho internacional privado conducen a la aplicación del Derecho de un Estado que ha emitido la declaración del Artículo 95 de la Convención.

²⁷⁴ A este respecto, por ejemplo, Brandi-Dohm, M.: *Das UN-Kaufrecht*, Computer und Recht, 1991, pp. 705 ss. (esp. p. 708); Piltz, B.: "Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht", *NJW*, 1994, p. 1101.

²⁷⁵ V. Piltz (nota 17) y las referencias allí contenidas.

²⁷⁶ Laudo arbitral núm. 7153/1992 de la CCI, Clunet, 119/1992, p. 1005.

Además, la descripción de las obligaciones del vendedor y del comprador (arts. 30 ss. y 53 23 ss.) permite deducir indirectamente si existe un contrato de compraventa en el sentido de la Convención. De acuerdo con esto, la Convención no se aplica ni a los contratos de permuta ni a los de distribución. Respecto de los contratos de compensación debe, sin embargo, analizarse si, de hecho, se trata de una permuta o de dos contratos de compraventa separados. En cuanto a contratos de distribución, la Convención se extiende a los contratos de compraventa individuales suscritos en su ejecución.²⁷⁷

El régimen de la Convención de Viena de 1980, con su objeto de regulación limitado 24 (art. 4: formación del contrato de compraventa, y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato), no se aplica a todos los aspectos de las relaciones jurídicas entre las partes contractuales. Se excepcionan del ámbito de aplicación, en particular, la validez del contrato o de cada una de sus estipulaciones (art. 4. 2, letra a) y los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercancías vendidas (art. 4.2, letra b).

El análisis de pactos especiales en el marco de un contrato de compraventa, que excedan 25 los objetos específicos de contratos de este tipo, es problemático. Por ejemplo, un tribunal de distrito estadounidense ha valorado la admisibilidad de un pacto de sumisión a arbitraje en un contrato de compraventa aplicando la Convención de Viena.²⁷⁸ Esta extensión de la Convención en virtud de la mera accesoriedad puede ir demasiado lejos, toda vez que ésta sólo pretende regular las obligaciones específicas del contrato de compraventa (art. 4.1). Por eso, el Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Frankfurt am Main se ha apoyado en el Derecho de la competencia aplicable según las normas de conflicto alemanas, para determinar la admisibilidad de un pacto accesorio relativo a la libre competencia (pacto de exclusividad) contenido en un contrato de compraventa.²⁷⁹ La cuestión en torno a la aplicación de la Convención de Viena a este tipo de pactos accesorios adquiere relevancia práctica, por ejemplo, en el ámbito de los preceptos relativos a la forma de celebración del contrato. La Convención arranca del principio de libertad de forma para los contratos de compraventa (art. 11). Por el contrario, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos nacionales, los acuerdos sobre Derecho de la competencia requieren generalmente la forma escrita. El texto de la Convención de Viena se limita a las obligaciones del vendedor y del comprador que son típicas de un contrato de compraventa. Las disposiciones de la Convención no son aplicables, por tanto, a cláusulas adicionales que no regulan el objeto típico de un contrato de esta naturaleza.

²⁷⁷ Sent. OLG Koblenz, 17 de septiembre de 1993, RIW, 1993, p. 934 (936).

²⁷⁸ Sent. United States District Court, Southern District of New York, *Filanto, S.p.A c. Chilewich Intern. Corp.*, 789 F. Supp., pp. 1229 ss. (esp. p. 1237).

²⁷⁹ Sent. OLG Frankfurt a. M., 17 de septiembre 1991, NJW, 1992, pp. 633 ss. (esp. 635).

26 Cuestiones como la capacidad contractual, la representación, las consecuencias de los vicios del consentimiento y también las posibles vulneraciones del Derecho nacional y la prescripción se rigen por el Derecho de los Estados contratantes o por convenios especiales. En este contexto, deben mencionarse la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías de 1974,²⁸⁰ y la Convención de Ginebra sobre la representación en la compraventa internacional de 1983.²⁸¹ En la Conferencia de Viena de 1980, se adoptó un Protocolo que adecúa la Convención de Naciones Unidas sobre la prescripción a la Convención de Viena.²⁸² La versión modificada de la Convención sobre prescripción, mediante el citado Protocolo, entró en vigor en el año 1988. No obstante, su relevancia es limitada, ya que no ha sido ratificada por los países industrializados más importantes. España y Alemania, por ejemplo, no se han adherido a la Convención de Naciones Unidas sobre la prescripción.²⁸³ La ley por la cual Alemania se adhirió a la Convención de Viena prevé que la prescripción de las pretensiones del comprador por falta de conformidad de las mercancías al contrato se rija por los preceptos del Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) sobre responsabilidad contractual, que se aplican de manera análoga.²⁸⁴

c) Convención de Naciones Unidas y pactos de elección del Derecho aplicable

27 Al cumplirse las condiciones del Artículo 1.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, ésta se aplica automáticamente. No obstante, la aplicación de la Convención de Viena de 1980 puede ser excluida por las partes total o parcialmente (art. 6).²⁸⁵ Si las partes excluyen la aplicación de la Convención de Naciones Unidas y no alcanzan ningún otro acuerdo respecto del Derecho aplicable, intervienen las normas generales de Derecho internacional privado.

28 Pueden plantearse problemas si las partes pactan la aplicación del ordenamiento jurídico de un Estado contratante. Un pacto de este tipo no significa necesariamente que las partes hayan excluido de forma concluyente la aplicación de la Convención de Viena. Según la jurisprudencia de los tribunales alemanes, la Convención se considera parte del Derecho alemán, a raíz de la incorporación de la misma al Derecho interno mediante una “ley de aprobación” (*Zustimmungsgesetz*). Sobre esta base, una mera referencia a la aplicación del “Derecho alemán” en un contrato suele conducir a la aplicación de la Convención de

²⁸⁰ Texto en castellano en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/limit/limit-conv-s.pdf>; hasta la fecha, España no es Estado parte de la Convención.

²⁸¹ *Revue de droit uniforme (Uniform Law Review)*, 1983, I-II, p. 133.

²⁸² Publicado, con comentarios, en *Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, 1981, pp. 191 ss, 434 ss.

²⁸³ Para un listado de los Estados parte, v. *ZeUP*, 1993, p. 161.

²⁸⁴ Art. 3 de la Ley de aprobación de la Convención de Viena.

²⁸⁵ Holthausen, R.: “Vertraglicher Ausschluss des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge”, *RIW* 1989, pp. 513 ss.

las Naciones Unidas (y no del Código Civil alemán y de sus leyes accesorias), a menos que existan indicios de una exclusión pactada de la Convención. Por su parte, la mayoría de las empresas alemanas suelen excluir la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas en los contratos que celebran.

En relación con las Convenciones de La Haya sobre compraventa, el Tribunal Supremo alemán ha aceptado que la elección del Derecho alemán, en principio, conduce a la aplicabilidad de las mismas (siempre que no existan indicios de otra voluntad de las partes), ya que la Ley uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías de 1973 (entretanto derogada) las ha convertido en Derecho nacional.²⁸⁶ Según la jurisprudencia reciente del *Bundesgerichtshof*, la elección del Derecho alemán entre las partes, conduce, por regla general, a la aplicación del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas. El Tribunal considera que la Convención de Naciones Unidas, como parte del Derecho alemán y por su carácter de ley especial en materia de compraventa internacional de mercaderías, tiene primacía sobre las reglas no uniformizadas del Derecho alemán.²⁸⁷ Si las partes quieren evitar estas consecuencias jurídicas, deben pactar de forma suficientemente clara la elección del Derecho alemán no uniforme (por ejemplo, del Código Civil o del Código Comercial alemán), mediante la exclusión del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas.

Si las partes de un contrato de compraventa internacional acuerdan la aplicación de un determinado Derecho nacional, esta elección no sólo es relevante respecto de la posible exclusión del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas, conforme al Artículo 6 de la Convención de Viena. La elección del Derecho de un Estado contratante puede provocar, en algunos casos, que el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas logre aplicarse en primer lugar. En virtud de su artículo 1.1, letra b, la Convención comprende también compraventas internacionales de mercaderías en las que ninguna de las partes tiene su establecimiento en un Estado contratante. En estos casos puede ser aplicable la ley de un Estado parte de la Convención, porque las reglas de Derecho internacional privado así lo determinen. Por su parte, la ley nacional aplicable remite a la Convención. Por esta razón, el alcance de los acuerdos de elección de la ley aplicable requiere un análisis cuidadoso en la práctica contractual. 29

La importancia de los acuerdos de elección de la ley aplicable en la aplicación de la Convención de Naciones Unidas puede ilustrarse mediante un supuesto resuelto por el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf.²⁸⁸ En este caso, se trataba de la demanda de un vendedor turco, que había suministrado a una empresa alemana una gran cantidad de verduras. Dado que Turquía no es un Estado contratante de la Convención de Viena de 1980, el

²⁸⁶ Sent. TS alemán, 4 de diciembre de 1985, BGHZ, 96, pp. 313 ss. (esp. p. 322).

²⁸⁷ Sent. TS alemán, *NJW*, 1999, pp. 1259 ss. (esp. p. 1260).

²⁸⁸ Sent. OLG Düsseldorf, 8 de enero de 1993, IPrax, 1993, pp. 412 ss.; al respecto, Magnus, U.: "Zum räumlich-internationalen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und zur Mängelrüge", IPrax, 1993, pp. 390 ss. (esp. p. 391), con más referencias.

Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas no podía aplicarse de acuerdo con el artículo 1. 1, letra a. En el transcurso del proceso ante el tribunal de primera instancia (*Landgericht*), las partes contratantes acordaron la aplicación del Derecho alemán. El *Oberlandesgericht* concluyó por ello que el Derecho internacional privado alemán (art. 27 de la Ley Introdutoria al Código Civil – *EGBGB*) conducía a la aplicación del Derecho de un Estado contratante (el Derecho alemán) y, como consecuencia de ello, en virtud del Artículo 1. 1, letra b, de la Convención de Viena, era aplicable el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas.

- 30 A veces, la tendencia a ver en la elección del Derecho de un Estado contratante la remisión coetánea al Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas no hace justicia a la auténtica voluntad de las partes. De ahí que, en la práctica contractual, las cláusulas de elección de ley aplicable deban tratarse con especial cautela. En la compraventa internacional, quien pacte la aplicación del “Derecho alemán” debe contar, por ello, con que se va a enfrentar con las disposiciones del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas.

d) La formación de los contratos de compraventa y las obligaciones precontractuales

- 31 La perfección de un contrato de compraventa se regula en los artículos 14 y ss. del Convenio de Viena. A este respecto, se requiere la aceptación eficaz de una oferta (art. 23). Una oferta también puede ser aceptada de forma concluyente a través de un comportamiento del destinatario que indique asentimiento a la oferta (art. 18.1, primera frase). El mero silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación (art. 18. 1, segunda frase). La misma regla se extiende a las cartas de confirmación comercial.²⁸⁹ Con ello, el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas se aparta del Derecho mercantil alemán, en el que, entre comerciantes, el silencio del destinatario ante una carta confirmatoria se trata como asentimiento. Además, el contrato se considera perfeccionado con el contenido de la carta de confirmación, aun cuando la carta se aparte de lo discutido durante las negociaciones precontractuales, si el remitente actúa de buena fe y el destinatario no se opone inmediatamente.²⁹⁰ Pero también en la Convención de Naciones Unidas existen algunos casos en los que el silencio puede calificarse como asentimiento. Esto puede resultar, por ejemplo, de un uso del comercio internacional que “sea ampliamente conocido y regularmente observado” en contratos del mismo tipo que el suscrito por las partes (art. 9.2). Asimismo, el silencio frente a una respuesta que declare la aceptación de una oferta con alteraciones no sustanciales, puede suponer la aceptación de esta contraoferta (art. 19.2). Finalmente, además, la aceptación puede deducirse a partir del silencio, cuando las

²⁸⁹ En este sentido, por ejemplo: Herber, R., Czerwenka, B.: *Internationales Kaufrecht*, 1991, Art. 8, n. marg. 7. Sobre las cartas de confirmación comercial como prueba de la conclusión de un contrato: Sent. OLG Colonia, 22 de febrero de 1994, RIW, 1994, p. 972.

²⁹⁰ Sents. TS alemán de 1 de marzo de 1972, NJW, 1972, p. 820 y de 23 de septiembre de 1973, BGHZ, 61, pp. 282 ss. (esp. p. 286).

circunstancias especiales del caso concreto, de acuerdo con la buena fe, exigen el rechazo expreso de una oferta.

En este sentido, un tribunal estadounidense resolvió un asunto en el que, tras largas negociaciones preliminares, una de las partes no se opuso, dentro del plazo oportuno, a la inclusión de una determinada cláusula divergente de la oferta en la declaración de aceptación, en un contexto en el que la otra parte ya había iniciado la ejecución del contrato.²⁹¹ En este caso, se trataba de negociaciones entre un fabricante de zapatos italiano como vendedor, y una empresa estadounidense como compradora. Esta última quería incluir en el contrato una cláusula de sumisión a arbitraje y, después de largas negociaciones, ya había abierto una carta de crédito a favor del vendedor. El tribunal tuvo en cuenta también las primeras negociaciones entre las partes y el comportamiento posterior del vendedor (que partía de la existencia de un contrato) como circunstancias relevantes para la valoración de la intención de las partes en el sentido del Artículo 8.3 de la Convención de Viena. 32

En virtud del Artículo 11 de la Convención de Viena de 1980, la celebración de los contratos de compraventa no está sujeta a ningún requisito formal. Asimismo, en principio, un contrato puede modificarse o extinguirse por el mero acuerdo entre las partes (art. 29.1). Sin embargo, la regla es otra si un contrato se ha celebrado por escrito y contiene una estipulación que exige que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito (art. 29.2). Además, los Estados contratantes pueden excluir mediante una declaración los preceptos de la Convención sobre la libertad de forma (arts. 12 y 96). Argentina, Bielorrusia, Chile, China, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Rusia y Ucrania han efectuado una reserva de este tipo, a favor de exigencias formales. 33

La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. (art. 19.1). Así lo dispone también el Artículo 150. 2 del Código Civil (BGB) alemán. Pero, a diferencia del Derecho alemán (art. 145. 2 BGB), el Artículo 16 de la Convención permite revocar, hasta que se perfeccione el contrato, una oferta que ya haya llegado al destinatario. En caso de contraoferta, la conclusión del contrato requiere, por regla general, la aceptación expresa o concluyente de la misma. Ahora bien, el mero silencio de la contraparte a una aceptación modificada puede conducir al perfeccionamiento del contrato, si las modificaciones no representan una alteración sustancial de la oferta original y si el oferente no objeta inmediatamente la discrepancia. Si no tiene lugar una comunicación de este tipo, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación (art. 19.2). 34

²⁹¹ *United States District Court, Southern District of New York* (v. nota 22), p. 1240: “An offeree who, knowing that the offeror has commenced performance, fails to notify the offeror of its objections to the terms of the contract within a reasonable time will, under certain circumstances, be deemed to have assented to those terms”.

- 35 La Convención de Viena no contiene una regulación expresa sobre la responsabilidad por infracción de los obligaciones precontractuales de salvaguardia durante las negociaciones del contrato (*culpa in contrahendo*). Es bastante dudoso en qué medida del principio de buena fe reconocido en el Artículo 7.1 de la Convención puede derivarse una responsabilidad antes de la celebración del contrato (por ejemplo, en caso de una ruptura brusca de las negociaciones contractuales poco tiempo antes del acuerdo de voluntades),²⁹² toda vez que en los ordenamientos jurídicos anglosajones existe una amplia libertad en la gestión de las negociaciones. Debe tomarse en consideración que la Convención de Naciones Unidas, según el artículo 4, regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa, y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato (art. 4.1). En cualquier caso, no se encuentran incluidos los perjuicios sufridos por personas o bienes en el transcurso de las negociaciones contractuales (por ejemplo, durante la demostración de una máquina). Las reclamaciones derivadas de estos supuestos se rigen por el Derecho nacional.

e) Obligaciones del vendedor

- 36 Las obligaciones del vendedor están reguladas en los artículos 30 y ss. de la Convención de Viena. Salvo pactos especiales en contrario, el vendedor tiene que entregar las mercancías y los documentos relacionados con ellas, y transmitir su propiedad (art. 30). En lo que respecta al lugar, el artículo 30 concreta la obligación de entrega del vendedor; prevalece la determinación en el contrato del lugar de la entrega. La regla de base es que el vendedor cumple su obligación de suministro con ponerlas en poder del primer porteador (art. 31, letra a, de la Convención). Ello implica que el vendedor no tiene responsabilidad por la suerte de la mercancía después de la entrega. En cambio, pactar la cláusula “franco domicilio” significa que el vendedor ha de entregar la mercancía al comprador, asumiendo el coste y el riesgo.²⁹³
- 37 La cantidad y calidad, así como el tipo y el envase o embalaje de las mercaderías, deben responder al estándar acordado en el contrato (art. 35.1). Salvo pactos especiales en contrario, las mercancías sólo serán conformes al contrato, entre otros supuestos, si son aptas para los usos a los que se destinan mercaderías de este tipo (art. 35. 2. a de la Convención). El vendedor no tiene que aportar pruebas respecto de la conformidad de la mercancía con el contrato. Por el contrario, el comprador tiene que demostrar su falta de conformidad con el contrato en el momento de recibirla.²⁹⁴ En principio, el vendedor

²⁹² Al respecto, por ejemplo: Bonell, M.J.: “Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen”, RIW, 1990, pp. 693 ss.

²⁹³ Sent. OLG Karlsruhe de 20 de noviembre de 1992, NJW-RR, 1993, p. 1316.

²⁹⁴ Piltz, B.: “Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht”, NJW, 2005, pp. 2126 ss. (esp. p. 2129); Sent. del Bundesgericht suizo, IHR, 2004, p. 205; Sent. del Bundesgericht suizo, IHR, 2004, p. 215; United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, IHR, 2004, p. 156.

no es responsable de la conformidad de la mercadería con las normas aplicables a los productos en el Estado del comprador.²⁹⁵

Las obligaciones que corresponden al comprador en caso de prestación defectuosa por parte del vendedor son de gran relevancia práctica: la obligación de examinar y la obligación de reclamar. Para las dos obligaciones existen plazos diferentes. En primer lugar, el comprador debe “examinar, o hacer examinar, las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias” (art. 38.1). Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino (art. 38.2).²⁹⁶ La amplitud del examen que corresponde al comprador dependerá de las desviaciones respecto de lo dispuesto en el contrato que se perciban en el caso concreto.²⁹⁷ En principio, el comprador sólo puede invocar que la entrega no es conforme con el contrato si comunica el vicio en su debido plazo y especifica detalladamente su naturaleza (art. 39.1).²⁹⁸ Para reclamar por vicios, el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas no exige una comunicación inmediata (al contrario que, por ejemplo, el Derecho sobre compraventa de La Haya o el § 377 del *Handelsgesetzbuch* alemán). Más bien, lo que se exige al comprador para reclamar por falta de conformidad de las mercancías es solamente el aviso en “un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto” (art. 39.1). Frente a una entrega no conforme al contrato, el vendedor no puede invocar los deberes del comprador si la falta de conformidad se refiere a hechos que el vendedor conocía o no podía ignorar y que no ha revelado al comprador (art. 40).

Si el comprador no realiza en su debido plazo la reclamación por falta de conformidad, o si dicha reclamación no es lo suficientemente precisa, debe pagar el precio completo. Lo mismo se aplica cuando la cantidad suministrada difiere de la pactada. La obligación del comprador de reclamar debe facilitar al vendedor una apreciación rápida de las objeciones que se podrán oponer a su derecho al pago.²⁹⁹ En todo caso, el comprador pierde el derecho a reclamar si no comunica la falta de conformidad en un plazo máximo de dos años desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del vendedor, a menos que este plazo sea incompatible con un período de garantía más amplio pactado entre las partes (art. 39.2).

Los arts. 45 y ss. de la Convención de Viena se dedican a los recursos del comprador frente al incumplimiento contractual del vendedor. A este respecto, se distingue el

²⁹⁵ Piltz, B. (*supra*, nota anterior), Sent. OLG München, *NJW-RR*, 2003, p. 849.

²⁹⁶ Al respecto y sobre los pactos de las partes en otro sentido: OLG Düsseldorf, (v. *supra*, nota 784), pp. 412 s (esp. p. 413).

²⁹⁷ Sent. LG Stuttgart de 31 de agosto de 1989, *RIW*, 1989, p. 984.

²⁹⁸ En cuanto a la jurisprudencia –a veces bastante estricta– de los tribunales alemanes, v. Magnus, U.: “Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts”, *ZeuR*, 1993, pp. 79 ss. (esp. p. 88); Piltz, B., *NJW*, 2000, pp. 553 ss., 557 ss.

²⁹⁹ Sent. OLG Düsseldorf, (*supra*, nota 786), pp. 412 ss. (esp. p. 414).

incumplimiento “esencial”, en el sentido del Artículo 25 de la Convención, de otros incumplimientos del vendedor. El artículo 25 establece que un incumplimiento es esencial “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Debido a las importantes repercusiones legales que genera, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) es muy exigente a la hora de apreciar incumplimiento “esencial” del contrato, considerando que una anulación o liquidación del contrato debe apreciarse únicamente como *ultima ratio*.³⁰⁰

En caso de entrega de mercaderías no conformes con el contrato, el comprador puede exigir la reparación de los defectos (art. 46). En cuanto a estas mercancías no conformes al contrato, la Convención no distingue entre defectos de calidad y la entrega de una cosa distinta a la pactada (*aliud pro alio*). El comprador sólo tiene un derecho de sustitución si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial y la petición de sustitución se formula al realizar la comunicación a que se refiere el artículo 39, o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento (art. 46.2). El derecho a la reparación de las mercaderías encuentra sus límites en la irrazonabilidad de esta exigencia (art. 46.3). El vendedor también puede, bajo determinadas condiciones, subsanar el incumplimiento del contrato después de la fecha de entrega (art. 48). El comprador puede declarar la resolución del contrato si existe un incumplimiento esencial del vendedor (art. 49.1, letra a), si el vendedor no entrega las mercancías en el plazo legalmente previsto, o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado (art. 49.1, letra b). Aquí se aprecia que la Convención de las Naciones Unidas aspira a preservar en lo posible el contrato de compraventa celebrado. Una vez entregada la mercancía por el vendedor, el comprador tiene que ejercer su derecho a declarar la resolución del contrato dentro de un plazo razonable (art. 49.2) En caso de entrega de mercaderías que no sean conformes con el contrato, el comprador puede rebajar el precio (art. 50). Por último, el comprador tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios frente al incumplimiento contractual por parte del vendedor [art. 45.1, letra b) y arts. 74 ss.]. La indemnización por daños y perjuicios puede hacerse valer cumulativamente con otras pretensiones (art. 45.2). Debe tenerse en cuenta que una parte contractual no es responsable si prueba que la falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su esfera de control (art. 79). La indemnización de daños y perjuicios comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte (art. 74.1). No obstante, la indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte responsable del incumplimiento hubiera podido prever en el momento de celebración del contrato (art. 74.2).

³⁰⁰ Respecto del suministro de un *aliud* como incumplimiento “esencial” del contrato, v. Sent. Tribunal Supremo alemán, *BGHZ*, t. 132, pp. 290 ss.

f) Obligaciones del comprador

Las obligaciones del comprador están reguladas en los arts. 53 y ss. de la Convención de Naciones Unidas. El comprador está obligado a pagar el precio pactado de las mercaderías y a recibirlas (art. 53). Salvo pactos especiales en contrario, el comprador debe pagar el precio en el lugar donde se efectúa la entrega si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de los documentos (art. 57.1, letra b). En los demás casos, el pago debe realizarse en el lugar del establecimiento del vendedor (art. 57.1, letra a). El Derecho de compraventa de las Naciones Unidas se diferencia del Derecho alemán (arts. 270.4, 269 BGB), favoreciendo al vendedor; ello se traduce en una regulación del lugar de pago que le beneficia no sólo en tanto que reduce el riesgo y los costes de la transferencia de dinero, sino también en la medida en que le proporciona un foro de competencia judicial, fundado en el lugar de cumplimiento de la obligación de pago (v. art. 5.1 del entretanto derogado Convenio de Bruselas,³⁰¹ o art. 29 del Código de Procedimiento Civil alemán –*Zivilprozessordnung*– que se aplica si el vendedor tiene un establecimiento en Alemania). En este contexto, ha de recomendarse a los compradores alemanes que estipulen un lugar de pago en Alemania o que pacten la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes. En el mismo sentido, el Artículo 5.1, letra b, del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,³⁰² contiene una definición autónoma a efectos procesales del lugar de cumplimiento en contratos de compraventa, que favorece la posición de comprador.

El vendedor puede declarar resuelto el contrato cuando exista un incumplimiento “esencial” por parte del comprador (art. 64.1, letra a; por ejemplo, en caso de un rechazo injustificado a recibir la entrega), cuando el comprador no cumpla su obligación de pagar el precio dentro de un plazo razonable fijado por el vendedor, o cuando declare que no lo hará en ese plazo (art. 64.1, letra b). La posibilidad de exigir una indemnización por daños y perjuicios, en caso de que el comprador no realice el pago en plazo, es importante para el vendedor (art. 61.1. b y arts. 74 ss.) Además, en ese mismo caso, el vendedor puede reclamar intereses (art. 78). El Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas no precisa de forma detallada la cuantía de los intereses; ésta depende de los usos del comercio que deban tomarse en consideración conforme al artículo 9 y del Derecho nacional aplicable en cada caso.

En caso de morosidad del comprador, el vendedor puede reclamar por incumplimiento del contrato, incluso sin previo aviso (a diferencia del Derecho alemán). Esto tiene importancia práctica, por ejemplo, en relación con demandas de daños y perjuicios, y de intereses.

³⁰¹ Sent. Tribunal Supremo alemán, *EuZW*, 1992, pp. 518 ss. (esp. p. 520); v. también Sent. TJUE, As. C-288/92 (Custom Made Commercial), *Rec.* 1994, pp. I-2213 ss.

³⁰² V. *supra*, tema 9, nota al margen 3.

- 44 La pérdida o el deterioro de las mercaderías, sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador, no liberan a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor (arts. 66). En principio, el riesgo se transmite al comprador en el lugar de la entrega (arts. 67 ss.)

g) Convenio de Naciones Unidas sobre compraventa internacional y responsabilidad por productos

- 45 La relación del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas con el Derecho nacional sobre la responsabilidad por productos defectuosos es poco clara.³⁰³ En virtud de su artículo 5, la Convención de Viena no se aplica a “la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías”. A estos daños corporales y vitales, causados por el carácter defectuoso de las mercancías, expresamente excluidos de la Convención de Naciones Unidas, se les aplica el Derecho nacional sobre responsabilidad contractual y extracontractual. El Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas tampoco alude a la responsabilidad de los fabricantes (a diferencia de la de los vendedores) de productos. Por lo demás, la relación entre el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas y las normas nacionales sobre responsabilidad por productos es controvertida. Para desplazar la aplicación de las normas nacionales sobre responsabilidad contractual y extracontractual a favor de la Convención, puede argüirse que los presupuestos de la responsabilidad del vendedor por entrega no conforme al contrato (por ejemplo, la reclamación por vicios efectuada en su debido plazo) no deben eludirse mediante una demanda concurrente del comprador con arreglo al Derecho nacional. En cambio, habla en contra de un desplazamiento total del Derecho nacional por la Convención de Viena, el hecho de que ésta no menciona deberes de cuidado con carácter general, a cargo del vendedor y destinados a proteger bienes jurídicos del comprador. Asimismo, la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos, de conformidad con el Derecho de los Estados contratantes, tiene, en principio, carácter imperativo, mientras que, según el Artículo 6 de la Convención de Naciones Unidas, las partes pueden alcanzar pactos contrarios a las disposiciones del texto convencional.
- 46 El Artículo 90 de la Convención de Viena reduce, en gran medida, la concurrencia normativa entre la Directiva de la Unión Europea en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos,³⁰⁴ y las normas dictadas en los Estados miembros para transponer esta Directiva. Conforme a este precepto, la Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional, siempre que las partes tengan su establecimiento en Estados parte en ese acuerdo. A decir verdad, la Directiva de la Unión no

³⁰³ Al respecto, v. Herber, R.: “UN-Kaufrechtsübereinkommen: Produkthaftung-Verjährung”, MDR, 1993, pp. 105 ss. y las referencias contenidas en él; Otto, D.: “Produkthaftung nach UN-Kaufrecht”, MDR, 1992, pp. 533 ss.; Magnus, U.: “Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts”, ZEuP, 1993, p. 96 ss.

³⁰⁴ Directiva 85/374/CEE, DO L 210, p. 29.

constituye un convenio internacional, pero la obligación de transposición en el Derecho nacional deriva del TFUE, que es un acuerdo internacional en el sentido del Artículo 90 de la Convención (v. art. 288.3 TFUE). El Artículo 90 de la Convención sólo cede el paso a obligaciones fundamentadas en el Derecho internacional público. Por lo tanto, el Derecho nacional de los Estados contratantes que hayan transpuesto la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos será aplicable junto con el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas.

4. Comercio electrónico (*electronic commerce*)

Bibliografía recomendada: Albrecht, A.: “Rechtsprobleme des E-Commerce”, en *Tagung der DACH*, vol. 23, 2001; Bernsdorff, Ch. von: “Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce”, *RIW*, 2000, pp. 14 ss.; Draetta, U.: “Internet et Commerce Électronique en Droit International des Affaires”, *RdC*, 314/ 2005; Hoeren, T.: “Informationspflichten im Internet – im Lichte des neuen UWG”, *Wertpapiermitteilungen* 2004, pp. 2461 ss.; Mankowski, P.: “Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht”, *RabelsZ*, 63/1999, pp. 203 ss.; Spindler, G., Weber, R. H.: *E-Commerce und Recht: rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen*, 2001.

El comercio electrónico a través de Internet (*electronic commerce, e-commerce*) juega un papel de creciente importancia en el comercio internacional. En las transacciones internacionales a través de Internet surgen muchos problemas jurídicos (como, por ejemplo, la cuestión en torno al Derecho aplicable, la conclusión del contrato, los requisitos para emitir declaraciones de voluntad con efecto vinculante). En el año 1996, la UNCITRAL presentó una Ley Modelo sobre el comercio electrónico (*UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*).³⁰⁵ Además, en el año 2001, UNCITRAL aprobó una Ley Modelo sobre la firma electrónica (*UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures*).³⁰⁶ En el año 2005, la Asamblea General adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.³⁰⁷ 47

En el seno de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica,³⁰⁸ y la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).³⁰⁹ 48

³⁰⁵ En http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

³⁰⁶ En <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

³⁰⁷ UN GA Res. 60/21, 23 de noviembre de 2005, UN Doc. A/RES/60/21.

³⁰⁸ DO L 13 de 19 de enero de 2000, p. 12.

³⁰⁹ DO L 178 de 17 de julio de 2000, p. 1.

Tema 14

Prestación de servicios: algunos contratos en particular

1. Consideraciones generales

Bibliografía recomendada: Agahstie, E.: “Services and the Development Process: Legal Aspects of Changing Economic Determinants”, *JWT*, 24/1990, núm. 5, pp. 103 y ss.; Friedmann, D., Mestmäcker, E. -J. (ed.): *Rules for Free International Trade in Services*, 1990; Müller-Graff, P. -C.: “Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen”, en *AA. VV.: Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 473 y ss.

- 1 La importancia del comercio internacional de servicios aumenta constantemente (actualmente, supone más del 20% del comercio mundial). A pesar de ello, hasta ahora, la liberalización del comercio de servicios va considerablemente retrasada en comparación con la supresión de restricciones en el comercio de mercancías. No obstante, cada vez se va imponiendo más la idea del potencial de futuro del sector de los servicios y de la necesidad de eliminar los obstáculos nacionales al comercio de servicios transfronterizo. Durante mucho tiempo, las prestaciones de servicios permanecieron fuera del programa de liberalización del GATT. Al final de las negociaciones en el marco de la Ronda Uruguay, con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), se creó un Acuerdo para eliminar de forma amplia las restricciones en el comercio internacional de servicios. El ámbito en el que está más avanzada esta liberalización es el de la Unión Europea.³¹⁰ De gran relevancia para la liberalización del tráfico de servicios son los acuerdos comerciales bilaterales (*Preferential Trade Agreements*). Los acuerdos celebrados por Estados Unidos persiguen una amplia apertura de los mercados no sólo para bienes, sino también para servicios, exceptuando los sectores recogidos en “listas negativas”. Los acuerdos recientes de la Unión Europea, por ejemplo con Chile y México, se proponen también liberalizar el tráfico en determinados sectores, pero mediante “listas positivas”.
- 2 El comercio internacional de servicios no sólo comprende las prestaciones transfronterizas de servicios, sino también el desplazamiento internacional del receptor o del prestador de los servicios y de los factores de producción vinculados con la prestación de servicios. De gran importancia práctica es la movilidad del prestador de servicios en atención a la posibilidad de ofrecer él mismo servicios en el extranjero a sus clientes, por ejemplo, a través de una filial. Con frecuencia, los Estados hacen depender la prestación de servicios de la existencia de un establecimiento en ese país, para facilitar la protección del consumidor o por otros motivos de control estatal de la economía. La obligación de constituir un establecimiento juega un papel clave en materia de seguros y servicios financieros. En

³¹⁰ V. *supra*, tema 12, nota al margen 2. b.

estos ámbitos, se aprecia claramente la vinculación entre la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

Sectores especialmente importantes del comercio internacional de servicios son el transporte, los seguros, la banca, el correo y las telecomunicaciones. A ellos se van a dedicar las siguientes notas al margen. 3

2. Transporte

Bibliografía recomendada: Basedow, J.: *Der Transportvertrag*, 1987; Boyd, S. C.: *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 20.^a ed., 1996; Braekhus, S.: “Choice of Law Problems in International Shipping (Recent Developments)”, *RdC*, 164/1979, t. III, pp. 254 y ss.; Cheng, B.: “Air Law”, en *EPIL*, 1992, t. I, pp. 66 y ss.; Giumulla, E., Schmid, R., Ehlers, N.: *Warsaw Convention*, 2000; Górriz López, C.: *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, 2001; Herber, R.: “Das internationale Seefrachtrecht der neunziger Jahre”, *Transportrecht*, 1990, pp. 173 y ss.; Koller, I.: *Transportrecht (Kommentar zu Spedition und Straßentransport)*, 4.^a ed., 2000; Mankowski, P.: “Speditionen und Transportverträge”, en: Reithmann, C., Martiny, D.: *Internationales Vertragsrecht*, 5.^a ed., 1996, pp. 1051 ss.; Mölls, W., Ehlers, N.: *Warschauer Abkommen-Internationales Lufttransportrecht*, 1986 (hojas actualizables); Mutz, G.: “Traffic and Transport, International Regulation”, en *EPIL*, t. IV, 2000, pp. 889 y ss.; Ott, G.: *Die Luftfrachtbeförderung im nationalen und internationalen Bereich*, 1990; Weber, L.: “Air Transport Agreements”, en *EPIL*, t. I, 1992, pp. 75 y ss.; Wenglorz, G. W.: *Die Deregulierung des Linienluftverkehrs im Europäischen Binnenmarkt*, 1992.

El crecimiento del comercio internacional de mercancías trae consigo necesariamente un incremento del transporte transfronterizo. Con ello, aumenta la importancia de eliminar obstáculos en el transporte internacional. La liberalización del comercio de mercancías debe ir acompañada de regulaciones interestatales sobre transporte transfronterizo. Sin libertad de transporte transfronterizo no puede haber comercio internacional de mercancías. En el ámbito del Derecho del transporte, se ha celebrado un conjunto de convenios internacionales que persigue la consecución de dicho objetivo. 4

En los convenios bilaterales se concede un papel destacado a la cooperación en el ámbito del transporte, para fomentar el comercio transfronterizo de bienes y la utilización racional de las vías de transporte. Los acuerdos multilaterales permiten, sobre todo, unificar el Derecho privado mediante la elaboración de Derecho internacional uniforme. Dado que, generalmente, el transporte de mercancías no lo realizan las partes del contrato de compraventa, sino que lo lleva a cabo un transportista o expedidor, las especialidades de esta relación triangular hacen deseable una unificación del Derecho del contrato de transporte. 5

- 6 El Derecho del transporte internacional presenta una fuerte dispersión sectorial. Los distintos medios de transporte –automóvil, ferrocarril, barco y avión– requieren de sus correspondientes regulaciones especiales. Sin embargo, los convenios multilaterales referidos a los distintos medios de transporte siempre comprenden una serie de aspectos estructurales comunes, en relación al Derecho privado ligado al contrato de transporte (conclusión del contrato, responsabilidad, competencia internacional). Además, existen regulaciones especiales para determinados bienes. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, el Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera de 1957 (*European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road-ADR*),³¹¹ el Reglamento Internacional sobre el Transporte de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (*Règlement concernant le transport international ferroviaire des marchandises dangereuses, RID*)³¹² y el Convenio Europeo sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados durante el Transporte de Materiales Peligrosos por Carretera, Ferrocarril y Embarcaciones de Navegación Interior (*Convention on Civil Liability for Damage Cause during Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels-CRTD*).³¹³ Para el transporte de mercaderías por vía marítima, se negociaron las denominadas Reglas de Rotterdam (*Rotterdam Rules*) de 2009, que deben reemplazar a las Reglas de Hamburgo (*Hamburg Rules*) de 1978. Este nuevo conjunto de normas se dedica, sobre todo, a los problemas jurídicos del tráfico moderno de contenedores y a acuerdos electrónicos en materia del transporte de mercaderías.³¹⁴
- 7 De gran importancia para el transporte internacional son las organizaciones internacionales interestatales, como la Organización de Aviación Civil Internacional (*International Civil Aviation Organisation - ICAO*), la Organización Marítima Internacional (*International Maritime Organisation - IMO*) y la Oficina Central para el Transporte Internacional por Ferrocarril (*Central Office for International Railway Transport*), así como una serie de organizaciones internacionales no estatales, como la Unión Internacional de Ferrocarriles (*Union Internationale des Chemins de Fer - UIC*), la Unión Internacional de Transporte Terrestre (*International Road Transport Union - IRU*), la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (*International Air Transport Association - IATA*) y la Federación Internacional de Asociaciones de Transportistas (*International Federation of Freight Traders Associations - FIATA*).

³¹¹ http://www.unece.org/trans/danger/publi/adr/adr_e.html.

³¹² <http://www.otif.org/ef/pdf/cotif-rid-1980-f.pdf>.v. enmiendas al Reglamento relativo al Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (RID), adoptadas por la Comisión de Expertos del RID, en Praga el 23 de noviembre de 2001 (BOE del 18 de febrero de 2003, p. 6447)

³¹³ http://www.unece.org/trans/danger/publi/crtd/crtd_e.html

³¹⁴ Sturley, M. / Fujita, T. / van der Ziel, G. J: *The Rotterdam Rules: The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, 2010.

8

En el marco de la Unión Europea, la integración de los mercados del transporte y la eliminación del falseamiento de la competencia en el ámbito del transporte contribuyen a la consecución del mercado interior europeo. Los artículos 90 y ss. del TFUE sientan las bases de una política común en materia de transportes, ante todo para transportes por ferrocarril, carretera y vías navegables (art. 100.1 TFUE). Las disposiciones sobre la política común de transporte también rigen el sector de la navegación marítima y aérea, en la medida en que se utilice el procedimiento al que alude el Artículo 100.2 TFUE. En estos sectores la liberalización del transporte de personas y bienes llevada a cabo por el Consejo ha sido, durante mucho tiempo, lenta.³¹⁵ Mientras tanto, en el sector del transporte terrestre, se ha adoptado una serie de instrumentos jurídicos.³¹⁶ A ellos pertenecen, por ejemplo, disposiciones sobre el acceso al mercado interior de empresas de transporte no residentes (el denominado cabotaje),³¹⁷ sobre prescripciones técnicas unificadas en materia de vehículos industriales, o el tiempo de descanso de los conductores. En este sector, se persigue una armonización de las normas fiscales (por ejemplo, en materia de impuestos a vehículos industriales o de recaudación de peajes). Por medio de un grupo de normas jurídicas emitidas en tres fases –en los años 1987, 1990 y 1992–, el Consejo ha liberalizado de forma amplia el transporte aéreo, y lo ha abierto gradualmente a la competencia.³¹⁸ Con ellas, se han efectuado importantes modificaciones en el marco del transporte aéreo, en atención a la realización del mercado interior. Este desarrollo empezó

³¹⁵ V. la condena al Consejo por parte del TJUE a causa de su inactividad en materia de política comunitaria de transportes. Sent. TJUE 13/83, As. Parlamento Europeo c. Consejo, Rec., 1985, pp. 1513 y ss.

³¹⁶ V. la sinopsis de A. Frohnmeyer en: Grabitz, E., Hilf, M.: *Das Recht der Europäischen Union*, t. I (EUV/EGV), Art. 70 EGV, n. smg.

³¹⁷ Reglamento (CEE) 3118/93 del Consejo, de 25 de octubre de 1993, por el que se aprueban las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro (DO, L 279, pp. 1 y ss.) y Gronemeyer, N.: “Die neue EU-Kabotage-Verordnung und ihre Auswirkungen auf das deutsche Güterkraftverkehrsrecht”, *EuZW*, 1994, pp. 523 y ss.

³¹⁸ Directiva 87/601/CEE del Consejo de 14 de diciembre de 1987 sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros (DO, L 374, pp. 12 y ss.); Decisión 87/602/CEE del Consejo de 14 de diciembre de 1987 relativa a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros y al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DO, L 374, p. 19); Reglamento (CEE) 3975/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (DO, L 374, pp. 1 y ss.); Reglamento (CEE) 2342/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, sobre las tarifas de los servicios aéreos regulares (DO, L 217, pp. 1 y ss.); Reglamento (CEE) 2343/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, relativo al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares intracomunitarios y a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DO, L 217, 1990, pp. 8 y ss.); Reglamento CE 2344/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, por el que se modifica el Reglamento CEE, nº 3976/87 relativo a la aplicación del apartado 3 del Artículo 85 del Tratado de determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DO, L 217, pp. 15 y ss.); Reglamento (CEE) 2409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (DO, L 240, pp. 15 y ss.); Reglamento (CEE) 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios (DO, L 014, pp. 1 y ss.). En esta materia, v. Jestaedt, T., Hohenstatt, K. -S.: “Das Dritte Maßnahmenbündel zur Liberalisierung des Luftverkehrs”, *EuZW*, 1992, pp. 115 y ss.

en el año 1986, cuando el TJUE, en el asunto *Nouvelles Frontières*, decidió que las normas sobre competencia eran aplicables al transporte aéreo.³¹⁹

- 9 La obligación de mantener el *status quo* previsto en el Artículo 92 TFUE despliega un efecto directo frente a los Estados miembros, sin necesidad de actos jurídicos posteriores, impidiendo que se modifiquen normas jurídicas sobre transporte en detrimento de los transportistas de otros Estados miembros (a menos que disposiciones de la Unión Europea lo permitan). Así, se consideró que la imposición de peajes a camiones pesados que atravesaban las autopistas alemanas y la simultánea rebaja tributaria aplicable a vehículos nacionales contravenía el Artículo 72 TCE (hoj art. 92 TFUE).³²⁰
- 10 Además, la Unión Europea contribuye al establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas, entre otros en el sector de las infraestructuras de transportes (arts. 170 y ss. TFUE).
- 11 En el marco de los acuerdos internacionales, el transporte ferroviario ha sido objeto de una regulación especialmente minuciosa.³²¹ El texto más destacado es el Convenio Internacional relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril de 1980 (*Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, COTIF*),³²² que fue revisado en el año 1999 (COTIF 1999).³²³ A este Convenio pertenecen también las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV),³²⁴ y las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (ER/CIM).³²⁵ El COTIF ha sido ratificado por casi todos los Estados europeos y por una serie de Estados del Norte de África y Oriente.
- 12 En materia de transporte terrestre, el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 1956 (*Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route - CMR*³²⁶) ha generado una amplia unificación jurídica en la mayoría de los Estados europeos. El CMR se aplica a los contratos de transporte terrestre de bienes a título oneroso, cuando el lugar de recepción y el previsto para la entrega se localicen en dos Estados distintos, siendo al menos uno de ellos un Estado contratante. El Convenio contiene, en su mayoría, normas de Derecho uniforme internacional; pero también incluye normas de conflicto. En el marco de su ámbito de aplicación, el Convenio contiene normas imperativas, de las que no pueden apartarse las

³¹⁹ Sent. TJUE, As. 209-213/84 (Ministère public c. Lucas Asjes et autres), Rec., 1986, pp. 1425 y ss.

³²⁰ Sent. TJUE, As. C-195/90 (Comisión c. República Federal de Alemania), Rec., 1992, pp. I-3141 y ss.

³²¹ Mutz, G.: "Railway Transport, International Regulation", en EPIL, t. IV, 2000, pp. 14 y ss.

³²² BOE de 18 de enero de 1986, pp. 2567 y ss. Corrección de errores, BOE de 26 de mayo de 1986.

³²³ BOE de 23 de junio de 2006, pp. 23722 y ss.

³²⁴ BOE de 18 de enero de 1986, pp. 2573 y ss.

³²⁵ BOE de 18 de enero de 1986, pp. 2581 y ss.

³²⁶ BOE núm.109, de 7 de mayo de 1974. Corrección de errores, BOE de 15 de junio de 1995.

partes del contrato de transporte. Sin embargo, el CMR no regula de forma exhaustiva el transporte transfronterizo de bienes por carretera, sino que se limita a las cuestiones jurídicas más importantes de este transporte. En este contexto, la responsabilidad del transportista ocupa un puesto relevante. También es importante la regulación de la competencia judicial internacional (art. 31 CMR).

El Derecho del transporte aéreo internacional se compone, en primer lugar, de convenios interestatales sobre la utilización del espacio aéreo. Respecto de los derechos de transporte y sobrevuelo establecidos convencionalmente en el marco de la aviación civil, hay que distinguir entre el transporte regular y otro tipo de tráfico aéreo civil (éste, a su vez, se divide en tráfico remunerado y gratuito). En el ámbito del tráfico aéreo comercial internacional, se habla de las denominadas “cinco libertades aéreas”:

- a) Derecho a sobrevolar el territorio soberano de otro Estado sin aterrizar.
- b) Derecho a aterrizar en un Estado con fines no comerciales.
- c) Derecho a dejar en otro Estado pasajeros, carga y correo del Estado de origen de la aeronave.
- d) Derecho a recoger pasajeros, carga y correo de un Estado para trasladarlos al Estado de origen de la aeronave.
- e) Derecho a recoger pasajeros, carga y correo de un Estado para dejarlos en un tercer Estado, o a dejar en otro Estado a pasajeros, carga y correo procedentes de un tercer Estado.

El Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional de 1944 facilita el tráfico aéreo internacional.³²⁷ Este Convenio prevé derechos de incursión aérea y de sobrevuelo para los vuelos no regulares (art. 5). Respecto de los vuelos regulares, a no ser que existan acuerdos especiales, el Convenio requiere una autorización previa (art. 6). La concesión recíproca de derechos de sobrevuelo y aterrizaje se regula en los dos convenios adicionales de 1944: el Acuerdo relativo al tránsito de los servicios aéreos internacionales,³²⁸ y el Acuerdo sobre transporte aéreo internacional.³²⁹ En la práctica, la concesión de las libertades aéreas para lograr un transporte regular funcionalmente apto depende de acuerdos bilaterales. En 1946, Estados Unidos y Reino Unido concluyeron un Acuerdo bilateral sobre transporte aéreo (denominado Acuerdo de las Bermudas), que posteriormente ha servido como modelo para otros numerosos acuerdos sobre transporte aéreo. Se trata, sobre todo, de regular los derechos que un Estado otorga a las aeronaves de otro Estado. Los acuerdos sobre el establecimiento de líneas aéreas, y los correspondientes usos del espacio aéreo y de los aeropuertos, con la regulación de las franjas horarias para despegues y aterrizajes (*slots*), ocupan un puesto destacado. El Acuerdo de “Cielos Abiertos”

³²⁷ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1969. Al respecto, v. Weber, L.: “Chicago Convention”, en EPIL, t. I, 1992, pp. 571 y ss.

³²⁸ UNTS, 84, pp. 389 y ss.

³²⁹ UNTS, 171, pp. 387 y ss.

(“*Open Skies*”), celebrado entre la Unión Europea y Estados Unidos en 2007,³³⁰ confiere derechos relativos al transporte aéreo a las aerolíneas domiciliadas en el territorio de una de las partes. Este acuerdo sustituye a los acuerdos bilaterales anteriores, y permite a cada aerolínea de la Unión Europea y de los Estados Unidos realizar, sin límite alguno, transporte aéreo a cualquier punto situado en el territorio de un Estado parte (art. 3). Se aplican disposiciones especiales en caso de que “la propiedad sustancial y el control efectivo” de una aerolínea no recaigan en un Estado miembro de la Unión Europea, los Estados Unidos, o nacionales de dichos Estados (art. 5 y Anexo 4).

- 14 Con el Convenio de Chicago (arts. 43 ss.) se fundó la Organización de Aviación Civil Internacional (*International Civil Aviation Organization – ICAO*). La ICAO es una organización especial de Naciones Unidas, que se ocupa de todas las cuestiones del tráfico aéreo civil. Su tarea consiste en desarrollar la aviación civil internacional, especialmente en lo referente a los estándares de seguridad y a la rentabilidad del transporte aéreo.
- 15 En el Derecho del transporte aéreo privado, existe un extenso entramado de convenios internacionales. En el ámbito del Derecho internacional de la carga aérea, tiene especial importancia el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 1929,³³¹ que se aplica en la mayoría de los Estados. El Convenio de Varsovia comprende todo el transporte aéreo internacional de bienes a título oneroso (art. 1.1). Es uno de los más exitosos intentos de unificación jurídica. Sin embargo, este texto no constituye una regulación completa del contrato de transporte aéreo de mercancías, sino que únicamente se aplica a aspectos concretos especialmente relevantes, como la responsabilidad del porteador de mercancías. Además, el Convenio también contiene disposiciones en materia de competencia judicial internacional. Entre los acuerdos que modifican y completan este Convenio, es especialmente importante el Protocolo que modifica el Convenio de Varsovia, firmado en La Haya en 1955.³³² Sin embargo, una serie de Estados parte del Convenio de Varsovia no ha ratificado este Protocolo. El Convenio de Varsovia se completa por medio del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional realizado por quien no sea el transportista contractual, de 1961 (Convenio de Guadalajara).³³³ En la práctica del transporte aéreo, la *International Air Transport Association (IATA)* juega un papel importante. En esta organización internacional no estatal, se han asociado las compañías aéreas de primer orden, para lograr la fijación de tarifas con base en parámetros unificados y uniformar las condiciones generales de los contratos de transporte.

³³⁰ *ILM* 46/2007, p. 467.

³³¹ *LNTS* 137, S. 1;

³³² *UNTS* 478, S. 371;

³³³ *UNTS* 500, S. 31; (este Convenio no ha sido ratificado por España). Junto a este Convenio, se han elaborado también Protocolos modificativos de Guatemala y Montreal.

En el ámbito del Derecho del transporte marítimo, el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 1924 (las denominadas “Reglas de La Haya”³³⁴), armoniza aspectos importantes del contrato de transporte marítimo. El conocimiento de embarque es un título-valor, con el que el transportista certifica la recepción de la mercancía que se va a transportar y se compromete a entregarla al destinatario legitimado por el conocimiento de embarque. Se trata del documento más importante del Derecho del transporte marítimo. Las Reglas de La Haya han sido modificadas por un Protocolo de 1968 (“Reglas Visby”). 16

En materia de transporte multimodal –esto es, el llevado a cabo con distintos medios de transporte– existen disposiciones individuales en diversos convenios. Hasta ahora, el Convenio de Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980,³³⁵ sólo ha sido ratificado por pocos Estados. 17

3. Seguros

Bibliografía recomendada: Basedow, J., Drasch, W.: “Das neue internationale Versicherungsvertragsrecht”, NJW, 1991, pp. 785 y ss.; Richter, J.: Internationales Versicherungsrecht, 1980; Roth, W. -H.: Internationales Versicherungsvertragsrecht, 1985; *id.*: “International Free Trade in Insurance Services”, en Friedmann, D., Mestmäcker, E. -J. (ed.): Rules for Free International Trade in Insurance Services, 1990, pp. 243 y ss.; Sassoon, D. M.: “Free Trade in Insurance Services”, en Friedmann, D., Mestmäcker, E. -J. (ed.): Rules for Free International Trade in Insurance Services, 1990, pp. 229 y ss.; Schnyder, A. K.: Internationale Versicherungsaufsicht zwischen Kollisionsrecht und Wirtschaftsrecht, 2005.

En el sector del Derecho de los seguros, únicamente en el marco de la Unión Europea se ha alcanzado hasta el momento una armonización destacable de las disposiciones sobre contratos y control prudencial de los seguros. Los actos legislativos de la Unión Europea en este campo se basan en la libertad de establecimiento (art. 53.2 TFUE) y en la libre prestación de servicios (art. 62 TFUE). Las diferencias, a veces muy marcadas, entre las regulaciones en materia de Derecho civil, libre competencia y supervisión prudencial que existen en los Estados miembros han puesto de manifiesto la complejidad, pero también la importancia, de crear un mercado interior en este sector. 18

Mediante la prestación de servicios a través de sucursales en otros Estados, las compañías aseguradoras han eludido durante mucho tiempo las trabas existentes en el comercio transfronterizo de servicios dentro de la Unión Europea. Así, en materia de seguros, la libertad de establecimiento ha mantenido oculta durante largo tiempo la relevancia de 19

³³⁴ Gaceta Oficial del Estado de 31 de agosto de 1930 e incorporado a la legislación española como Ley de 22 de diciembre de 1949 (BOE núm. 358, de 24 de diciembre de 1949).

³³⁵ U.N. Doc. TD/MT/CONF/16.

la libre prestación de servicios. Con frecuencia, las normas de los Estados miembros en materia de supervisión prudencial preveían deberes de establecimiento para las aseguradoras extranjeras. De ello se deducía la aplicabilidad del respectivo Derecho nacional a los contratos de seguro, no planteándose, por tanto, la cuestión del Derecho aplicable. Una sentencia del TJUE de 1986 –referida al deber de establecimiento para seguros directos conforme al Derecho alemán–³³⁶ generó un movimiento a favor de una armonización y liberalización reforzada en este sector.

El TJUE consideró que dicho deber de establecimiento (que conocía excepciones, como la referida a los seguros obligatorios) suponía una violación de la libre prestación de servicios. De conformidad con esta sentencia, ahora las aseguradoras de otros Estados miembros pueden ofrecer sus servicios en Alemania, incluso aunque no tengan un establecimiento en este país. Con esta doctrina, ha adquirido una especial importancia la armonización del Derecho de control de los seguros y del Derecho internacional privado.

- 20 Existen numerosas Directivas del Consejo que tienen por objeto armonizar el Derecho de los seguros.³³⁷ La segunda Directiva del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE,³³⁸ sigue teniendo relevancia. Esta Directiva establece normas de conflicto uniformes (arts. 7 y 8) y, con ello, contribuye de forma esencial a la unificación del Derecho internacional privado en el sector de los contratos de seguro. Según esta Directiva, se aplica, en primer lugar, el Derecho del Estado miembro en el que el tomador del seguro tenga su residencia habitual y en el que esté localizado el riesgo (art. 7.1, letra a). Cuando el tomador del seguro no tenga su residencia habitual, o su administración central, en el Estado miembro en el que esté localizado el riesgo, las partes del contrato pueden pactar el Derecho aplicable (art. 7.1, letras a y b). A falta de elección de ley de las partes, se aplica, en principio, la ley del Estado con el que la relación contractual presente un vínculo más estrecho, existiendo una presunción a este respecto, a favor del Estado

³³⁶ Sent. TJUE, As. 205/84 (Comisión c. República Federal de Alemania), Rec., 1986, pp. 3755 y ss.

³³⁷ V. la sinopsis en Schnyder, A. K.: *Europäisches Versicherungs- und Bankenrecht*, 2005, pp. 11 ss.

Las Directivas pertinentes son las siguientes: Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (DO, L 228, 1973, pp. 3 y ss.); Primera Directiva 79/267/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio, (DO, L 063, 1979, pp. 1 y ss.); Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica (DO, L 185, pp. 77 y ss.); Directiva 87/343/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 por la que se modifica, en lo que se refiere al seguro de crédito y al seguro de caución, la primera Directiva 73/239/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio (DO, L 185, 1987 p. 72 y ss.).

³³⁸ Directiva 88/357/CEE (DO, L 172, pp. 1 y ss.).

miembro en el que se localice el riesgo (art. 7.1, letra h). El Artículo 7.2 de la Directiva 88/357 permite a los Estados miembros, aunque exista elección de ley de las partes, aplicar aquellas disposiciones que “regulen imperativamente la situación, sea cual fuera la ley aplicable al contrato”. La Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida contiene sus propias normas de conflicto.³³⁹ Alemania ha transpuesto las normas de conflicto de las Directivas comunitarias sobre seguros a través de una ley de 1990 (art. 7.14).

Las Directivas de tercera generación, sobre seguros contra daños y seguros de vida, suponen un paso esencial para la consecución del mercado interior.³⁴⁰ Entre tanto, la Directiva 2002/83/CE ha consolidado y enmendado las Directivas sobre seguros de vida.³⁴¹ Su principio rector es que la autorización otorgada a una empresa de seguros en el Estado de origen será válida en toda la Unión Europea. Ello significa, además, que la autorización y el control de la actividad comercial de las compañías aseguradoras compete únicamente a las autoridades del Estado de origen, de acuerdo con estándares armonizados (art. 6 de la Directiva 73/329/CEE; arts. 4 ss. y 10 ss. de la Directiva 2002/83/CE sobre seguros de vida). Esta concentración del control de la actividad aseguradora en el ámbito de la Unión Europea por parte de una autoridad nacional aumenta la responsabilidad de los Estados miembros y sus órganos. 21

En vista de esta facilitación del acceso al mercado interior de seguros, que es el segundo más grande del mundo después del de Estados Unidos, se plantea la cuestión de las posibilidades de acceso al mercado para empresas de terceros Estados (al respecto, v. por ejemplo los artículos 51 y ss. de la Directiva 2002/83/CE). Una empresa de seguros de un tercer Estado tiene pleno acceso al mercado interior si crea una sociedad filial en un Estado miembro; una vez obtenida la autorización, dicha sociedad filial puede actuar en todo el mercado interior. Para empresas de terceros Estados que únicamente quieran establecer una sucursal o una agencia, se prevé que la autorización pueda ser concedida discrecionalmente por el Estado miembro correspondiente, sin que exista para ellas derecho a reclamar autorización. Estas disposiciones decaen, sin embargo, si existe acuerdo entre la Unión Europea y un tercer Estado, en el que se contiene una obligación de autorizar. 22

³³⁹ DO L 345 de 19 de diciembre de 2002, p. 1.

³⁴⁰ Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida), DO, L 228, pp. 1 y ss. y Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva de seguros de vida) (DO, L 360, pp. 1 y ss.).

³⁴¹ V. *supra*, nota anterior.

- 23 Los contratos de seguro que aseguran riesgos localizados fuera del territorio de la Unión Europea se rigen por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.³⁴²

4. Banca y protección del inversor

Bibliografía recomendada: Ascensio, H.: “Les activités internationales des banques: liberté ou contrôle?”, JDI 120/1993, pp. 255 ss.; Benjamin, J.: *Financial Law*, 2008; Derleder, P./Knops, K. -O., Bamberger, H. G.: *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2003; Groß, W.: *Kapitalmarktrecht*, 2.^a ed., 2002; Heth, M.: “Towards International Free Trade in Banking Services”, en Friedmann, D., Mestmäcker, E.-J. (ed.): *Rules for Free International Trade in Insurance Services*, 1990, pp. 178 y ss.; Hopt, K. J., Veil, R., Kämmerer, J. A.: *Kapitalmarktgesetzgebung im Europäischen Binnenmarkt*, 2008; Jayme, E.: *Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Ausländerührung*, 1977; Möschel, W.: “International Free Trade in Banking Services”, en Friedmann, D., Mestmäcker, E. -J. (ed.): *Rules for Free International Trade in Insurance Services*, 1990, pp. 207 y ss.; Penn, G., Haynes, A.: *The Law and Practice of International Banking*, 2006; Schnyder, A. K.: *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht*, 2005; Scott, H. S.: *International Finance: Law and Regulation*, 2004.

- 24 En el ámbito bancario, la oferta de prestación de servicios en el extranjero juega un papel destacado en un contexto de competitividad internacional. Los negocios bancarios internacionales aumentan constantemente en diversidad y van mucho más allá de préstamos internacionales y financiaciones del comercio exterior, que aún hoy se pueden realizar a través de bancos corresponsales. Entre ellos se cuentan, junto al depósito bancario, los servicios de pagos y liquidaciones por transferencia (operación de giro), la administración y custodia de títulos-valores (operación de depósito) y la adquisición de cambio o cheques (operación de descuento). En el comercio internacional, desempeña un papel importante el crédito documentario, mediante el que un banco se obliga a pagar el precio de compra al vendedor, contra presentación del documento que representa las mercancías exportadas (o también contra presentación de otros documentos). En esta materia, se aplican en general las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios, en calidad de condiciones generales de la contratación.³⁴³
- 25 Los requisitos legales para el establecimiento de bancos y la admisión de negocios bancarios están regulados en los Estados miembros de forma muy distinta. En esta materia, existe una apreciable necesidad de coordinación en el plano internacional. La crisis

³⁴² V. *infra*, tema 13, nota al margen 5.

³⁴³ V. Reglas y usos uniformes de la ICC relativos a los créditos documentarios, ZIP, 1984, pp. 251 y ss.; núm. 458, ICC Publishing.

financiera global en el año 2008 ha puesto de relieve la necesidad urgente de coordinar el control prudencial del sector financiero y de mejorar la cooperación transfronteriza.

El Banco de pagos internacionales (*Bank for International Settlements - BIS*³⁴⁴) desempeña un papel central en el control bancario internacional. 26

El BIS, constituido como una sociedad anónima de Derecho suizo, con sede en Basilea y dotado de un estatus internacional especial –acuerdo de sede social con Suiza–, es apoyado por los bancos centrales de numerosos Estados europeos y no europeos (incluyendo los países industriales más importantes). El Banco respalda, por ejemplo, a los bancos centrales concediéndoles créditos (es un “banco para bancos centrales”). Además, el BIS otorga créditos puente hasta que se obtengan préstamos del Fondo Monetario Internacional y del grupo del Banco Mundial. Junto con lo expuesto, el BIS opera también como un banco comercial normal.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (*Basel Committee on Banking Supervision*) se incardina en el marco del BIS. Se trata de un foro de cooperación informal entre los gobernadores de los bancos centrales del G-10,³⁴⁵ así como de Luxemburgo y España. El BIS también contribuye, por medio de propuestas, al desarrollo de la supervisión prudencial de los bancos en el plano internacional. En este marco, se ha elaborado el denominado “Concordato de Basilea” de 1975 (revisado en 1983),³⁴⁶ que se ocupa, fundamentalmente, del control de las sucursales de instituciones crediticias en el extranjero. Según este texto, el control de la solvencia de las sucursales incumbe fundamentalmente a los órganos de supervisión del Estado de origen. Para las sociedades filiales se prevé un control conjunto de las autoridades del Estado de origen y del Estado de acogida. 27

De gran importancia práctica son los Acuerdos de Basilea sobre la concesión de créditos, elaborados por el Comité de Supervisión Bancaria. Estos acuerdos no tienen carácter vinculante de acuerdo con el Derecho internacional público. Pero sus recomendaciones tienen una influencia inmediata sobre la legislación de un gran número de Estados. Así, el Acuerdo de Basilea sobre fondos propios de 1998 (*Basel Accord*, Basilea I) fue aceptado por más de cien Estados y la Unión Europea (esta última lo implementó por medio de la Directiva sobre fondos propios y la Directiva sobre solvencia). En virtud del Acuerdo “Basilea I”, las entidades de crédito deben cubrir, por lo menos, un 8% del volumen de sus operaciones con fondos propios, como seguridad contra riesgos de impago y de mercado. Tras intensas discusiones y estudios para evaluar los efectos de las reglas propuestas en 28

³⁴⁴ Schuster, G.: “Bank for International Settlements”, en EPIL, t. I, 1992, pp. 342 y ss.

³⁴⁵ V. *supra*, tema 4, nota al margen 54.

³⁴⁶ El texto se recoge en ZIP, 1983, pp. 1145 y ss. y en ILM, 22/1983, pp. 901 y ss. Respecto a las debilidades del control bancario internacional frente a institutos financieros que operan a nivel mundial, en relación con el asunto Bank of Credit and Commerce International, v. Dale, R.: “Banking Regulation after BCCI”, *Journal of International Banking Law*, 1993, pp. 8 y ss.

materia de fondos propios, el Comité de Supervisión Bancaria adoptó el segundo Acuerdo de Basilea sobre fondos propios (Basilea II).³⁴⁷ Este acuerdo tiene como objetivo una valoración más particularizada de riesgos concretos en la concesión de créditos (especialmente, en función de la solvencia de los deudores). También es una reacción frente al desarrollo de nuevos instrumentos financieros.³⁴⁸

29 “Basilea II” se sustenta en tres “pilares”:

- requerimientos de capital mínimo (*minimal capital requirements*), de acuerdo a la solvencia individual y el riesgo de impago de los deudores,
- un procedimiento supervisado de revisión (*supervisory review process*), que se apoya tanto en procedimientos internos como de supervisión estatal para determinar la cuantía adecuada de fondos propios,
- el intento de generar una mayor disciplina de mercado (*market discipline*), a través de la publicación de datos sobre la estructura de los fondos propios y los riesgos asumidos por las entidades de crédito.

30 La mayor relevancia otorgada a la solvencia del deudor tiene un reflejo inmediato en la cuantía de los intereses de los correspondientes créditos solicitados.

Las reglas relativas a los fondos propios de las entidades de crédito, adoptadas en septiembre de 2010 (“Basilea III”),³⁴⁹ constituyen la reacción a la crisis financiera que estalló en 2007. También introducen un estándar internacional mínimo para prevenir una falta de liquidez, a saber, el denominado coeficiente de cobertura de liquidez (*liquidity coverage ratio*). “Basilea III” aumenta los requerimientos de capital mínimo para las entidades financieras. Un elemento nuevo en la definición del capital mínimo es el “núcleo duro” de los fondos propios, que corresponde a un 7% de los activos de riesgo. Las entidades financieras deben dotarse de un capital que corresponda a un 10.5% de los activos de riesgo. Las reglas referidas deben ser implementadas en varios pasos hasta el año 2019.

31 En la Unión Europea se ha alcanzado una amplia armonización de los regímenes de supervisión prudencial, con el objetivo de liberalizar el mercado bancario.³⁵⁰ La segunda Di-

³⁴⁷ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Internationale Konvergenz der Eigenkapitalbemessung und der Eigenkapitalanforderungen (überarbeitete Rahmenvereinbarung)*, Junio de 2004; al respecto Deloitte (ed.): *Basel II – Handbuch zur Umsetzung des neuen Bankenaufsichtsrechts*, 2005; Jungmichel, T.: “Basel II und die möglichen Folgen”, *WM* 2003, pp. 1201 ss.; Volkenner, T./Walter, K.-F.: “Die Endfassung der neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung (Basel II)”, *DSzR*, 2004, pp. 1399 ss.

³⁴⁸ Al respecto, v. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Überblick über die neue Baseler Eigenkapitalvereinbarung*, Enero de 2001.

³⁴⁹ http://www.bis.org/press/p100912_de.pdf.

³⁵⁰ V. la sinopsis de los Reglamentos y Directivas que conforman el Derecho bancario europeo en Schnyder, A. K.: *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht*, 2005, pp. 11 ss.

rectiva 2006/48/CE,³⁵¹ de coordinación del Derecho bancario, tiene importancia capital para lograr la libertad de establecimiento y de prestación de servicios prevista en el TFUE. El principio rector de esta Directiva es la exigencia de una única autorización para las entidades de crédito, válida en toda la Unión Europea y otorgada por los órganos de control del Estado de origen de la entidad crediticia (arts. 6 ss.). Las entidades de crédito que cuenten con una autorización de un Estado miembro pueden realizar actividades bancarias tanto mediante el establecimiento de una sucursal como mediante la prestación de servicios (arts. 23 ss.) Los controles por parte del Estado de origen se extienden, en principio, a todas las actividades bancarias que el instituto crediticio realice en la Unión Europea (art. 40 de la Directiva). A las autoridades de control del Estado de acogida también les quedan ciertas competencias de vigilancia concurrentes (arts. 29 y ss.). El control de la solidez financiera de una entidad de crédito se concentra en las autoridades de control del respectivo Estado de origen.

Entre las disposiciones de la Directiva 2006/48/CE, en materia de “instrumentos técnicos” de la supervisión prudencial, tienen relevancia particular las que se refieren a fondos propios (arts. 56 ss.) y el manejo de riesgos (arts. 68 ss.), particularmente los riesgos derivados de “grandes exposiciones” (arts. 106 ss.) 32

Se consideran “grandes riesgos” los préstamos cuyo valor es igual o superior al 10% de los fondos propios de la entidad de crédito (art. 108). Los préstamos concedidos a un sólo deudor no deben exceder del 25% de los fondos propios de la entidad (art. 111.1). La suma de las grandes exposiciones de una entidad de crédito no debe exceder un óctuplo de sus fondos propios (art. 111.3).

En cuanto a la protección a los inversores, en materia de admisión de valores en Bolsa, 33 regulación de las operaciones con información privilegiada y venta de participaciones en fondos de inversión, se ha logrado una armonización considerable.³⁵² La Directiva

³⁵¹ DO L 177, 30 de junio de 2006, p. 1; última modificación por la Directiva 2010/16/UE de la Comisión Europea de 9 de marzo de 2010, DO L 60 de 10 de marzo de 2010, p. 15.

³⁵² V. por ejemplo, la Directiva 85/611/CEE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), DO L 375 de 31 de diciembre de 1985, p. 3; modificada por Directiva 88/220/CEE, DO L 100 de 19 de abril de 1988, S. 31; última modificación por Directiva 2008/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2008, DO L 76 de 19 de marzo de 2008, p. 42; Directiva 2003/125/CE de la Comisión del 22 de diciembre de 2003 a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses, DO, L 339 de 24 de diciembre de 2003, p. 73; Directiva 2003/124/CE de la Comisión de 22 de diciembre de 2003 a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación del mercado (abuso del mercado), DO L 339 de 24 de diciembre de 2003, p. 70; Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, DO L 345 de 31 de diciembre de 2003, p. 64; Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses (abuso del mercado), DO L 96 de 12 de abril de 2003, p. 16; Directiva 2002/87/CE relativa a la supervisión

2004/39/CE, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, es fundamental para el comercio de títulos-valores, incluidos nuevos instrumentos financieros.³⁵³ La Directiva regula también el comercio de otros instrumentos, como instrumentos del mercado monetario, participaciones en organismos de inversión colectiva, opciones y contratos de futuros. Principio básico de la misma es la supervisión prudencial por el Estado de origen, sobre la base de condiciones armonizadas para la autorización de entidades de crédito (arts. 5 ss. y 48). La Directiva de 1994, sobre los sistemas de garantía de depósitos, tiene por objeto alcanzar un estándar uniforme para la Unión Europea, con el objeto de proteger los depósitos bancarios frente a los riesgos de insolvencia.³⁵⁴

- 34 Las consecuencias jurídicas de las operaciones bancarias se rigen por el Derecho internacional privado del Estado del foro. En el ámbito de la Unión Europea, ha de tenerse en cuenta el Artículo 4 del Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”).³⁵⁵ Según éste, como regla general, el Derecho aplicable se determina atendiendo al lugar en que esté situado el establecimiento principal de la parte que realiza la actividad bancaria (art. 4.2). Existen peculiaridades respecto de las relaciones contractuales que abarquen una pluralidad de negocios individuales. De gran relevancia para las operaciones bancarias son las disposiciones de otros Estados en materia de divisas. La obligación de tenerlas en cuenta se deriva, en particular, del Artículo VIII, párrafo 2, letra b, del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.
- 35 La supervisión prudencial de las entidades de crédito que pertenecen a un grupo de empresas se lleva a cabo de manera “consolidada” (arts. 125 ss. de la Directiva 2006/48/CE). De acuerdo con este principio, cada entidad de crédito que tenga como filial a una entidad de crédito, o que sea titular de una participación en una entidad de crédito, está sometida a supervisión sobre la base de una “consolidación íntegra” de las situaciones financieras de cada una (art. 133). Si una entidad de crédito tiene por empresa matriz a otra entidad de crédito, la autoridad que ejerce la supervisión prudencial “consolidada” es la que le haya concedido la autorización a la casa matriz (art. 125.1). Si la casa matriz de una entidad de crédito es una sociedad financiera de cartera, la supervisión de aquella entidad de crédito incumbe, por regla general, a las autoridades que le hayan concedido la autorización (art. 125.2). Se aplican preceptos especiales a determinados grupos de empresas con estructuras particulares (art. 126).

adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, DO L 35 de 11 de febrero de 2003, p. 1; última modificación por Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 noviembre de 2010, DO L 331 de 15 de diciembre de 2010, p. 120.

³⁵³ DO L 145 de 30 de abril de 2004, p. 1.

³⁵⁴ Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantías de depósitos, DO L 135 de 31 de mayo de 1994, p. 5, última modificación por Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009, DO L 68 de 13 de marzo de 2009; al respecto, Hoeren, T.: “Einlagensicherung in Europa”, *EuZW*, 1994, pp. 750 ss.

³⁵⁵ V. *supra*, tema 13, nota al margen 5.

La supervisión “consolidada” se realiza a través de una cooperación entre, por un lado, las autoridades competentes para las filiales y, por otro lado, la autoridad competente para la empresa superior (y, por ende, del grupo entero). En determinados casos, se prevé una decisión conjunta de las autoridades y –en ausencia de acuerdo entre ellas– de la autoridad a la que corresponda la decisión “consolidada” (art. 129. 2).

La estructura de supervisión prudencial de los mercados financieros que se ha desarrollado en la Unión Europea es compleja.³⁵⁶ Las siguientes autoridades europeas colaboran con las autoridades nacionales en el marco del Sistema Europeo de las Autoridades de Supervisión Financiera (*European System of Financial Supervisors – ESFS*), con el fin de supervisar a entidades de crédito, compañías de seguro y de títulos-valores:

- la Autoridad Bancaria Europea (*European Banking Authority –EBA–*),
- la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (*European Insurance and Occupational Pensions Authority –EIOPA–*), y
- la Autoridad Europea de Valores y Mercados (*European Securities and Markets Authority –ESA–*).

Estas nuevas autoridades de vigilancia de la Unión Europea están facultadas para tomar decisiones en caso de divergencia de opiniones entre autoridades nacionales de supervisión. Además, cumplen una función importante en la concreción de las cláusulas generales recogidas en las Directivas.

En materia de secreto bancario, pueden surgir conflictos normativos respecto a la aplicación extraterritorial de preceptos, cuando se trata de imponer obligaciones extranjeras de revelar determinada información.³⁵⁷ 36

En diciembre de 1997, la mayoría de los Estados miembros de la OMC alcanzaron un acuerdo para lograr una mayor liberalización de los servicios financieros: el quinto Protocolo anexo al GATS.³⁵⁸ En él, se establecen distintas medidas para la apertura del mercado. Entre ellas, se encuentra el compromiso de incrementar las participaciones máximas (variables según los Estados) que los bancos y aseguradoras extranjeros pue- 37

³⁵⁶ V., por ejemplo, el Reglamento (UE) 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), DO L 331, 15 de diciembre de 2010, p.12. En cuanto a las nuevas estructuras de supervisión, v. Moloney, N.: “EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: ‘More Europe’ or More Risk?”, *Common Market Law Review*, 47/2010, pp. 1317 ss. En cuanto a temas fundamentales de la supervisión bancaria en la Unión Europea, v. Herdegen, M.: *Bankenaufsicht im Europäischen Verbund – Banking supervision within the European Union*, 2010.

³⁵⁷ Respecto a la negativa a informar en el Derecho alemán y el conflicto con el deber de declarar del derecho estadounidense, v. Sent. LG Kiel, IPRax, 1984, p. 146 y Sent. LG Kiel, IPRax, 1984, p. 147. En esta materia, v. Bosch, U.: “Das Bankengeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht”, IPRax, 1984, pp. 127 y ss.

³⁵⁸ DO L 20 de 27 de enero de 1999, p. 53.

den adquirir en empresas nacionales. Estados Unidos (el país con el mayor mercado financiero) se ha mostrado dispuesto a someter los servicios financieros al principio de la nación más favorecida.

5. Servicios de correo

Bibliografía recomendada: Badura, P., von Danwitz, T., Herdegen, M., Sedemund, J., Stern, K.: *Beck'scher PostG-Kommentar*, 2.^a ed., 2004; Weber, L.: "Universal Postal Union", en EPIL, t. IV, 2000, pp. 1235 y ss.

- 38 La cooperación internacional en los servicios de correo y telecomunicaciones se asienta ya desde hace bastante tiempo sobre bases de Derecho internacional público. La Unión Postal Universal (Universal Postal Union) fue fundada en 1874 y, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, es una organización especial de Naciones Unidas.³⁵⁹ Al sistema convencional de esta Unión Postal Universal pertenecen, por ejemplo, el Convenio Postal universal (CPU) y los Acuerdos relativos a paquetes postales, giros y cheques de viaje. Los Estados pueden definir de forma autónoma el concepto de "administración postal", determinando así el reparto de los derechos y obligaciones derivados del Convenio Postal Universal y de otros convenios de la Unión Postal Universal. En Alemania, dichos derechos y obligaciones corresponden a la empresa *Deutsche Post AG*; sin embargo, otras empresas pueden solicitar, y obtener, licencias para tomar parte en los derechos y obligaciones que se derivan del Tratado (art. 4. 1, primera frase, y art. 4.2 de la Ley alemana de 1999, relativa a la aprobación de los Acuerdos de la Unión Postal Universal). El Convenio Postal Universal permite cobrar unos denominados "gastos terminales" para el transporte y reparto de envíos procedentes de otros países (art. 47 CPU de 1999). Varias empresas proveedoras de servicios postales en Europa han convenido en aproximar la cuantía de sus gastos terminales a la de sus tarifas nacionales.

El sacar provecho de las discrepancias entre tarifas en el sector postal internacional puede dar lugar a problemas particulares. El *remailing*, por ejemplo, es un servicio que tiene su origen en diferencias de precios para los mismos servicios postales. Una variante frecuente de este servicio consiste en que se entreguen envíos dirigidos a destinatarios nacionales a través de empresas postales domiciliadas en el extranjero ("*ABA remailing*"). Conviene distinguir entre, por un lado, el traslado de envíos ya preparados a otro Estado para depositarlos allí en un agencia de correos (*remailing* "físico") y, por otro lado, la transmisión electrónica del contenido de los envíos a una empresa extranjera para que ésta lo convierta en envíos físicos (*remailing* "no físico"). El CPU de 1999 contiene reglas que

³⁵⁹ El Convenio Postal Universal en la versión de 1999 se encuentra publicado en un suplemento al *BOE* núm. 63 de 2005, p. 8854. Respecto de los derechos y las obligaciones bajo el Convenio Postal Universal, v. Herdegen, M., en Badura, P./von Danwitz, T./Herdegen, M./ Sedemund, J./ Stern, K. (eds.): *Beck'scher PostG-Kommentar. Postgesetz*, 2.^a ed., 2004, § 3, n. marg. 10 ss. Hasta la fecha, ni Alemania ni España han ratificado el Convenio Postal Universal de 2004.

permiten el rechazo de envíos que remitentes nacionales envíen, o hagan enviar, a través de otro país (art. 43).³⁶⁰ Ello incluye el derecho de reclamar al expedidor, en determinadas condiciones, el pago de las tarifas domésticas vigentes (art. 43.3 CPU 1999). No obstante, según la decisión del TJUE en el asunto *Deutsche Post AG*, el Derecho europeo de la competencia (más precisamente, la prohibición de abuso de posición dominante en el sentido del Artículo 102 TFUE) pone límites al uso de estas excepciones. En particular, aunque el Convenio Postal Universal permita el cobro de una tarifa más elevada (la tarifa nacional), es inadmisibles que el servicio postal nacional utilice los gastos terminales a los que tiene derecho, para generar de manera abusiva ingresos por encima del coste.³⁶¹

En la Unión Europea, la Directiva 97/67/CE, sobre servicios postales,³⁶² ha abierto de forma gradual los mercados postales a la libre competencia, al limitar los derechos de monopolio (los servicios reservados). Los Estados pueden reservar servicios en la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal (art. 7.1, primera frase). Al mismo tiempo, la Directiva exige a los Estados miembros que aseguren a los usuarios una oferta suficiente de servicios postales, con una determinada calidad y un precio razonable (el denominado “servicio universal”) (art. 3). Además, debe garantizarse el cumplimiento de determinados principios en el establecimiento de tarifas, así como la transparencia en las cuentas de los proveedores (arts. 12 ss.). 39

6. Telecomunicaciones

Bibliografía recomendada: Bronckers, M. C. E. J., Larouche, P.: “Telecommunications Services and the World Trade Organization”, *JWT*, 31/1997, n. 3, pp. 5 y ss.; Campbell, D.: *International Telecommunications Law* (t. 1), 2008; Grewlich, K W.: *Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation*, 1997, *id.*: *Konstitutionalisierung des “Cyberspace”*, 2001; Krystofiak, J.: *WTO und Telekommunikation*, 2008; Long, C. D.: *Telecommunications – Law and Practice*, 3.^a ed., 2000; Lüdemann, J.: “Internationales Kommunikationsrecht”, en Tietje, C.: *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2009, pp. 433 ss.; Mestmäcker, E. –J. (ed.): *Law and Economics of Transborder Telecommunications*, 1987; Nihoul, P.: *Telecommunications and Broadcasting Networks under EC Law*, 2000; Noll, A.: “International Telecommunication Union”, en *EPIL*, t. II, 1995, pp. 1379 y ss.; Smits, J M.: *Legal Aspects of Implementing International Telecommunication Links*, 1991; Wissmann, M.: *Telekommunikationsrecht – Telecommunications Law*, 2006.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (*Union Internationale des Télécommunications*) es una de las organizaciones interestatales más antiguas. Tiene su origen en la 40

³⁶⁰ V. por ejemplo, la Sent. del Tribunal Supremo alemán, *BGHZ*, t. 152, pp. 198 ss.

³⁶¹ Sent. TJUE, As. C-147/97 *et al.*, *Rec.* 2000, pp. I-825 ss., n. marg. 56 ss.

³⁶² *DO L* 15 de 21 de enero de 1998, p. 14. Modificada por Directiva 2008/6/CE, *DO L* 52 de 27 de febrero de 2008, p. 3.

Unión Telegráfica Internacional de 1865 (UIT), y su fundamento internacional se halla en la Constitución y en la Convención de la UIT, que, tras una refundición del texto en 1992, volvió a modificarse en 1994.³⁶³

La Unión Internacional de Telecomunicaciones convocó en el año 1988 la Conferencia Administrativa Mundial Telefónica y Telegráfica (*World Administrative Telegraph and Telephone Conference- WATTC-88*) en Melbourne, con el objeto de crear un nuevo marco jurídico para las telecomunicaciones. Como consecuencia de esta Conferencia, se firmó el Reglamento Internacional de Telecomunicaciones (*International Telecommunication Regulation*). Este texto prevé que los Estados parte también admitan (según su Derecho nacional) los servicios de telecomunicaciones prestados por operadores privados (art. 1.7).

Desde hace algún tiempo, la evolución tecnológica alimenta la competencia entre la Unión Internacional de Telecomunicaciones y otras organizaciones del sector. Por ejemplo, entra en el ámbito de las funciones asignadas a ICANN el denominado Protocolo “Voice over IP”, que hace que las llamadas se envíen por redes de computadoras en vez de por redes clásicas de telefonía.³⁶⁴

Entre las numerosas organizaciones internacionales en el sector de las telecomunicaciones se encuentra también la Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT), fundada en 1959. Esta organización recibe como miembros a todas las administraciones de correos y telecomunicaciones de los Estados miembros de la Unión Postal Universal o de la Unión Internacional de Telecomunicaciones; en la actualidad cuenta con cuarenta y ocho miembros. La organización se entiende como un foro para la “elaboración de puntos de vista comunes” (art. 4.2, segundo guión, del acuerdo sobre la CEPT), y para estimular la armonización del Derecho europeo en la materia (art. 4.2, tercer guión).

Las organizaciones internacionales Eutelsat (*European Telecommunications Satellite Organization*), Intelsat (*International Telecommunications Satellite Organization*), e Inmarsat (*International Maritime Satellite Organization*), se crearon para facilitar la operación conjunta de satélites de telecomunicaciones. Entre tanto, la función de operar satélites ha sido transferida a varias empresas privadas, organizadas en forma de sociedades de capital. Las organizaciones Eutelsat e IMSO (*International Mobile Satellite Association*; sucesora legal de Inmarsat) operan como entidades de supervisión y velan, sobre todo, por garantizar el acceso no discriminatorio a los satélites.

- 41 El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) contiene un Anexo especial sobre telecomunicaciones. Teniendo en cuenta las excepciones especiales al principio de la

³⁶³ BOE número 130 de 29 de mayo de 1996, pp. 18073 ss.; BOE núm. 130 de 1 de junio de 1999, pp. 20595 ss. V. también Collection of the basic texts of the ITU adopted by the Plenipotentiary Conference, en <http://www.itu.int/publications/docs/basictexts.html>.

³⁶⁴ V. *supra*, tema 3, nota al margen 86.

nación más favorecida (art. II GATS) y los compromisos especiales (*specific commitments*) de los miembros, del Anexo se deriva una compleja red de deberes de liberalización para los Estados de la OMC. El cuarto Protocolo al GATS de 1997 prevé una amplia liberalización de los servicios básicos de telecomunicaciones.³⁶⁵ Este Protocolo persigue, especialmente, la eliminación de las restricciones de acceso a los mercados y consagra el principio de trato nacional. Para la Unión Europea, el Protocolo contiene la obligación de impedir prácticas contrarias a la libre competencia de los oferentes con posición dominante en el mercado (como las subvenciones cruzadas). En la Unión Europea, los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, o de servicios de telecomunicaciones, que ostenten una posición de peso significativo en el mercado, tienen que permitir la interconexión con sus redes en todos los puntos en donde sea técnicamente posible, y en condiciones de no discriminación.

La existencia de monopolios estatales ha sido, durante mucho tiempo, un obstáculo importante para la apertura de los mercados de telecomunicaciones. Los actos jurídicos de la Unión Europea, encaminados a facilitar la libre prestación de servicios en el mercado interior, han logrado abrir el mercado de las comunicaciones a los operadores privados. Las empresas estatales de telecomunicaciones tienen que competir cada vez más con empresas privadas. En este contexto, es importante preservar la estricta separación entre las funciones soberanas de supervisión y la actividad empresarial de empresas públicas de telecomunicaciones.³⁶⁶ 42

Diversas Directivas de la Comunidad Europea tienen por objeto abrir el sector de las telecomunicaciones a la libre competencia, eliminando monopolios estatales, permitiendo el acceso a las redes telefónicas existentes y a través de otras medidas.³⁶⁷ Como consecuencia de estas Directivas, se ha alcanzado una amplia liberalización del sector de las telecomunicaciones en la Unión Europea. 43

³⁶⁵ ILM, 36/1997, pp. 154 ss. Al respecto, v. Spector, P. L.: "The World Trade Organization's Agreement on Telecommunications", *International Lawyer*, 32/1998, pp. 217 y ss.; Zhao, Y.: "The Commercial Use of Telecommunications under the Framework of the GATS", *Air & Space Law*, 24/1999, pp. 304 y ss.

³⁶⁶ V., por ejemplo, la Directiva 2002/77/CE relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, *DO L* 249 de 17 de septiembre de 2002, p. 21.

³⁶⁷ Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), *DO L* 108 de 24 de abril de 2002, p. 7; Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), *DO L* 108 de 24 de abril de 2002, p. 21; Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), *DO L* 108 de 24 de abril de 2002, p. 33; Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), *DO L* 108 de 24 de abril, p. 51. V. también Koenig, C./Bartsch, A./Braun, J. -D.: *EC Competition and Telecommunications Law*, 2.^a ed., 2009; Scherer, J.: *Telecommunications Law in Europe*, 5.^a ed., 2006.

7. Radiodifusión

Bibliografía recomendada: Delbrück, J.: *Direkter Satellitenrundfunk und nationaler Regelungsvorbehalt*, 1982; Engel, C.: “Das Völkerrecht des Telekommunikationsvorgangs”, *RabelsZ* 49/1985, pp. 90 ss.; Fawcett, J.: “Broadcasting, International Regulation”, *EPIL*, t.1, 1992, pp. 506 y ss.; Harrison, J., Woods, L.: *European Broadcasting Law and Policy*, 2007.

- 44 El principio de base que rige en el ámbito de la radiodifusión transfronteriza es el de libre emisión. No obstante, existe un deber de respetar la integridad territorial de otros Estados, en particular en el caso de televisión directa por satélite. La asignación de frecuencias para la radiodifusión ha sido reglamentada por varias conferencias internacionales. De especial importancia en la ordenación jurídica de este sector, es la Directiva del Consejo de 1986 sobre radiodifusión televisiva.³⁶⁸ Esta norma tiene como objetivo abrir los mercados nacionales a los oferentes de programas de televisión. Según el Artículo 3.1 de la Directiva, “los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán la retransmisión en sus territorios de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva” (como la protección de la infancia o las limitaciones de la publicidad televisada). La supervisión de los proveedores de servicios televisivos corresponde al Estado emisor (principio del Estado emisor, art. 2.2). La Directiva establece unas controvertidas “cuotas de emisión”, con las que se pretende influir en el contenido y la estructura de la programación (arts. 16 y 17). Así, al menos el 50% de la programación principal debe reservarse a producciones europeas. Esto supone, aparte de una injerencia en la libertad de expresión y radiodifusión, una dosis importante de proteccionismo motivado por razones de política económica y cultural. Junto a la Directiva sobre radiodifusión televisiva, existe un Convenio europeo sobre televisión transfronteriza de 1989,³⁶⁹ que pretende armonizar los principios normativos rectores para los medios de comunicación en la Unión Europea.³⁷⁰

³⁶⁸ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO, L 298, pp. 23 y ss.), modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, (DO, L 202, pp. 60 y ss.).

³⁶⁹ BOE núm. 96, de 22 de abril de 1998, pp. 13384 y ss.

³⁷⁰ V. Möwes, B.: “Schmitt-Vockenhausen, M.: ‘Europäische Medienordnung im Lichte des Fernsehüberinkommens des Europarats und der EG-Fernsehrichtlinie 1989’”, *EuGRZ*, 1989, pp. 121 y ss.

Tema 15

Protección internacional de la propiedad intelectual

1. Sinopsis

Bibliografía recomendada: Abbott, F. M., Cottier T., Gurry, F.: *The International Intellectual Property System*, 1999; Buck, P.: *Geistiges Eigentum und Völkerrecht*, 1994; Correa, C.: *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 2007; Cottier, T., Véron, P.: *Concise International and European IP Law*, 2008; Gervais, D.: *Intellectual Property, Trade and Development*, 2007; Grubb, P. W.: *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology*, 1999; Götting, H. -P.: *Gewerblicher Rechtsschutz*, 8.ª ed., 2007, pp. 314 ss.; Helfer, L. R., Alter, K. J., Guenzovich, M. F.: “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”, *AJIL* 103/2009, pp. 1 ss.; Niemann, I.: *Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen*, 2006; Pfaff, D., Nagel, S.: *Internationale Rechtsgrundlagen für Lizenzverträge im gewerblichen Rechtsschutz (deutsch/englisch)*, 1993

La protección de las creaciones intelectuales en el ámbito comercial se caracteriza por su territorialidad. Esto puede afirmarse tanto en relación con los derechos exclusivos de utilización y explotación de patentes y marcas, como respecto de los modelos de utilidad y diseños industriales. La protección termina, en principio, en las fronteras estatales. Desde el punto de vista del titular del derecho de propiedad intelectual, disminuye el incentivo a exportar una creación intelectual si ésta no se protege en la misma medida en el Estado de destino. 1

Para coordinar y armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales, se han celebrado múltiples convenios internacionales en el ámbito de la propiedad intelectual.³⁷¹ A este respecto, el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 1883 (CUP) tiene especial relevancia.³⁷² La actividad de la Unión de París se extiende a patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos industriales, marcas de fábrica o de comercio, marcas de servicio, nombres comerciales e indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como a la represión de la competencia desleal (art. 1.2 CUP). Este Convenio no trata de unificar los estándares de protección, sino de que se tomen en consideración los principios fijados en dicho texto en el marco de la legislación nacional. Un principio fundamental del CUP es el de trato nacional a los nacionales de los países de la Unión de París (principio de asimilación: artículo 2). Según este principio, los nacionales de un Estado parte y quienes tengan su domicilio, o su establecimiento comercial, en un Estado de la Unión de París se equiparan a los nacionales en determinadas 2

³⁷¹ V., por ejemplo, Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 8.ª ed., 2000, pp. 81 ss.

³⁷² V. Texto en <http://www.wipo.int/index.html.es>

circunstancias. Otro principio importante es el derecho de prioridad (arts. 4 y 4 *bis* CUP). De acuerdo con él, tiene efecto en todos los Estados de la Unión el beneficio de prioridad del que goza quien hubiera depositado regularmente una solicitud de patente o de otro derecho susceptible de protección, para probar la patentabilidad y la explotabilidad dentro de un determinado plazo. Los Tratados más importantes en el campo de los derechos de autor son el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886,³⁷³ y la Convención Universal (revisada) sobre el Derecho de Autor de 1952.³⁷⁴ Otros temas actuales del Derecho de la propiedad intelectual en el ámbito internacional son la protección de los circuitos integrados y de los bancos de datos.³⁷⁵ El proyecto de Directiva de la Unión Europea sobre patentabilidad de invenciones implementadas en ordenador no logró aprobarse en el Parlamento Europeo.

- 3 El Convenio de Estocolmo de 1967 estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI – *World Intellectual Property Organization*, –*WIPO*–) con sede en Ginebra.³⁷⁶ Sus fines son fomentar la protección de la propiedad intelectual mediante la creación de un foro interestatal y la colaboración con otras organizaciones internacionales (art. 3).
- 4 Sobre la base del Convenio de Múnich para la concesión de patentes europeas de 1973 (modificada por el Acta de Revisión de 2000),³⁷⁷ la Oficina Europea de Patentes (como órgano de la Organización Europea de Patentes) concede patentes europeas, que son reconocidas en todos los Estados miembro (art. 2.1). El Convenio centraliza el procedimiento de concesión, sin unificar el Derecho material de patentes. La patente europea crea un haz de patentes nacionales y proporciona al titular, en cada Estado parte, la misma posición jurídica que al titular de una patente concedida en ese Estado (art. 2.2 del Convenio). La Organización Europea de Patentes está formada por la Oficina Europea de Patentes y un Consejo de Administración (art. 4.2). Este último está integrado por representantes de los Estados parte y sus suplentes (art. 26), y puede decidir, sin necesidad de una ratificación especial por parte de los Estados miembros, sobre la modificación de determinadas disposiciones del Convenio (art. 33).

³⁷³ V. Texto en <http://www.wipo.int/index.html.es>

³⁷⁴ V. Texto en http://www.unesco.org/culture/laws/copyright/html_sp/page1.shtml

³⁷⁵ V. Directiva 87/54/CEE, referente a la protección de topografías de productos semiconductores, DO L 204, de 27 de enero de 1987, pp. 36-40; Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, DO, L 122, p. 42; Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de los datos bancarios, DO L 77, p. 20. V. también el Tratado (que no ha entrado en vigor) de Washington sobre la Propiedad Intelectual dentro de los Circuitos Integrados en <http://www.wipo.int/treaties/ip/index-es.html>.

³⁷⁶ V. Texto en <http://www.wipo.int/treaties/convention/index-es.html>

³⁷⁷ BOE núm. 234, 30 de septiembre de 1986.

El Convenio de Luxemburgo de 1975, relativo a las patentes comunitarias, que no ha 5
llegado a entrar en vigor, tenía como finalidad la unificación del Derecho sobre la patente
de invención para los Estados miembros de la UE.³⁷⁸

Con el Convenio, debía crearse una patente comunitaria que concediese a su titular
la misma posición jurídica en todos los Estados miembros, y que se cedía o se extinguía
conforme a unas reglas uniformes; es decir, que la patente corría la misma suerte en to-
dos los Estados miembros (art. 2 del Convenio). El registro y la concesión de la patente
comunitaria (a través de la Oficina europea de patentes) se regirían por el Convenio so-
bre la patente europea de 1973. Pero el Convenio de Luxemburgo no fue ratificado por
todos los Estados miembros.

Existen aspiraciones para crear, sobre la base de un reglamento de la Unión Europea,
una patente que tenga validez en toda la Unión Europea.

El Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales (*Internatio- 6*
nal Convention for the Protection of New Varieties of Plants) reglamenta los derechos del
obtentor, respecto del uso de material de reproducción de variedades protegidas (art. 14
ss.).³⁷⁹ El Convenio permite restricciones a favor de los agricultores que utilicen el pro-
ducto de la cosecha que hayan obtenido en su propia explotación (*farmers' privilege*). El
Tratado internacional sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura
(*FAO Seed Treaty*)³⁸⁰ prevé la protección de los conocimientos tradicionales en materia de
plantas útiles (art. 9.2, letra a). El Convenio constituye también la base para un sistema
multilateral que facilite el acceso a recursos fitogenéticos para fines de alimentación y
agricultura (arts. 10 ss.). Tal acceso se concederá bajo la condición de que los receptores
no reclamen ningún derecho de propiedad intelectual (art. 12.3, letra d). La distribución
de los beneficios debe ser regulada mediante un llamado Acuerdo de transferencia de
material (*Material Transfer Agreement –MTA–*).

2. El Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

Bibliografía recomendada: Abbott, F. M.: “Toward a New Era of Objective Assessment
in the Fields of TRIPS and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism”,
European Journal of International Economic Law, 8/2005, pp. 77 ss., *id.*: “The WTO Me-
dicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health”,
AJIL 99/2005, pp. 317 ss.; Correa, C. M., Yusuf, A. (eds.): *Intellectual Property and In-*

³⁷⁸ DO L 17 de 26 de enero de 1976, p. 1; edición especial en español: capítulo 1, t. 6, p. 10.

³⁷⁹ DO L 192 de 22 de julio de 2005, p. 63 y ss.

³⁸⁰ Al respecto, Fowler, C.: “Plant Genetic Resources for Food and Agriculture – Developments in Interna-
tional Law and Politics”, *Bio-Science Law Review* 7/2004-2005, pp. 53 ss.; Stoll, T.: “The FAO ‘Seed Treaty’ – New
International Rules for the Conservation and Sustainable Use of Plant Genetic Resources for Food and Agriculture”,
Journal of International Biotechnology Law, 1/2004, pp. 239 ss.

ternational Trade: The TRIPS Agreement, 1998; Duggal, R.: *TRIPS-Übereinkommen und internationale Urheberrecht*, 2001; Herrmann, Ch.: "TRIPS, Patentschutz für Medikamente und staatliche Gesundheitspolitik: Hinreichende Flexibilität?", *EuZW*, 2002, pp. 37 ss.; Kampf, R.: "Patent versus Patients?", *AVR*, 40/2002, pp. 90 ss.; Hestermeyer, H.: *Human Rights and the WTO*, 2007; Pacón, A. M.: "Was bringt TRIPS den Entwicklungsländern?", *GRURInt.*, 1995, pp. 875 ss.; Pires de Carvalho, N.: *The TRIPS Regime of Patent Rights*, 2002; Staehlin, A.: *Das TRIPS-Abkommen*, 1999; Straus, J.: "Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht", *GRURInt.*, 1996, pp. 179 ss.; von Kraack, C.: *TRIPS oder Patentschutz weltweit*, 2005.

- 7 El GATT se ocupa de los derechos de propiedad intelectual solamente de forma tangencial. De acuerdo con el Art. XX. d del GATT, las medidas de protección jurídica de la propiedad intelectual son admisibles si no discriminan ni se establecen como un obstáculo encubierto al comercio. En las negociaciones en el marco de la Ronda Uruguay, los países industrializados se impusieron en su reivindicación de un régimen convencional especial para la protección de la propiedad intelectual: entre los Acuerdos Multilaterales se cuenta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS*).³⁸¹

Principios fundamentales de este Acuerdo son el principio de trato nacional (art. 3) y el de la nación más favorecida (art. 4). El objetivo del Acuerdo está recogido en el artículo 7. Son objeto de reglamentación detallada la concesión y el alcance de los derechos de autor y derechos relacionados (arts. 9 ss.), las marcas (arts. 15 ss.), denominaciones de origen (arts. 22 ss.), los modelos de utilidad y diseños industriales (arts. 25 ss.), las patentes (art. 27 ss.), los derechos relacionados con topografías de circuitos integrados (arts. 35 ss.), la protección de información no divulgada (arts. 39 ss.) y el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales (arts. 40 ss.). Las disposiciones sobre la observancia efectiva de los derechos de propiedad intelectual (art. 41 ss.), incluyendo medidas provisionales (art. 50), tienen gran importancia.³⁸²

Allí se prevén disposiciones especiales para países en vías de desarrollo y en transición (art. 65. 2 *bis* 5 ADPIC; también art. 67 ADPIC). Para los países menos desarrollados prevé el ADPIC un régimen de transición (art. 66.1). No obstante, la mayoría de los países en vías de desarrollo no ha hecho uso de esta opción.

- 8 El Artículo 27 del ADPIC juega un papel destacado, ya que define qué puede ser objeto de protección mediante patentes:

(1) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en

³⁸¹ ILM, 33/1994, p. 81.

³⁸² V. al respecto las siguientes Sent. del TJUE: As. C-53/96 (Hermès), Rec. 1998, p. I-3603; As. C-300/98 (Christian Dior), Rec. 2000, p. I-11307.

todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.³⁸³ Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

(2) Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

(3) Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

De acuerdo con el Artículo 27.1 del ADPIC, la patentabilidad de las invenciones se extiende a todos los sectores de la tecnología. Las excepciones a la patentabilidad por consideraciones de orden público (*ordre public*) en el artículo 27.2 justifican una exclusión de patentes sólo si *cualquier* utilización comercial de la invención causa infracciones del orden público o de las buenas costumbres.

El Artículo 31 del ADPIC contempla una restricción importante, referida a la concesión 9 de autorizaciones obligatorias. Una autorización obligatoria permite, por ejemplo, que un producto protegido por una patente se manufacture sin el consentimiento del titular de la misma. El Artículo 31 del ADPIC somete la concesión de una autorización obligatoria a una serie de condiciones como, por ejemplo, la de abastecer principalmente el mercado interno del respectivo miembro (art. 31, letra f), o la de pagar una remuneración adecuada al titular del derecho (art. 31, letra h). En caso de “emergencia nacional” o en

³⁸³ Según la nota 5 al art. 27 ADPIC, “(a) los efectos del presente artículo, todo Miembro podrá considerar que las expresiones ‘actividad inventiva’ y ‘susceptibles de aplicación industrial’ son sinónimos respectivamente de las expresiones ‘no evidentes’ y ‘útiles’”.

“otras circunstancias de extrema urgencia”, se aplican condiciones menos estrictas (art. 31 letra b, segunda y tercera frase).

Según un Protocolo de 2005 que modifica el ADPIC, se prevé una amplia excepción al artículo 31, letra f, para permitir autorizaciones obligatorias con miras a abastecer de medicamentos las poblaciones de determinados países cualificados para realizar importaciones de dicho tipo. Este grupo comprende, entre otros, a todos los países menos desarrollados.

El ADPIC no prevé una exclusión de la patentabilidad de invenciones basadas en la utilización de recursos genéticos ilegalmente obtenidos.

- 10 Entre los Estados industrializados y los Estados en vías de desarrollo existe una intensa confrontación de intereses sobre la protección de las patentes de agentes activos de gran relevancia para la lucha contra enfermedades epidémicas. A este respecto, la protección de las patentes puede convertirse en una barrera de costes difícil de superar para los estratos necesitados de la población.³⁸⁴ El Artículo 8 del ADPIC toma esos intereses existenciales en consideración. Conforme al Artículo 8.1 del Acuerdo, los Estados miembros pueden, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, “...adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo”.
- 11 La Conferencia Ministerial de Doha sobre el Acuerdo ADPIC y la salud pública, de noviembre de 2001, concedió a los miembros una libertad de acción considerable en el campo de las tensas relaciones entre la protección de la propiedad intelectual y la protección de la salud pública:³⁸⁵

[...] 4. We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent Members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.

In this connection, we reaffirm the right of WTO Members to use, to the full, the provisions in the TRIPS Agreement, which provide flexibility for this purpose.

5. Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include:

³⁸⁴ Herrmann, C.: “TRIPS, Patentschutz für Medikamente und staatliche Gesundheitspolitik: Hinreichende Flexibilität?”, *EuZW*, 2002, pp. 37 ss.; Hestermeyer, H.: *Human Rights and the WTO*, 2007; Joseph, S.: “Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The “Fourth Wave” of Corporate Human Rights Scrutiny”, *Human Rights Quarterly*, 25/2003, pp. 425 ss.

³⁸⁵ Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (adoptada el 14 de noviembre de 2001), WT/MIN(01)/DEC/2.

[...]

(b) Each Member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.

(c) Each Member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that the public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.

[...]

6. We recognize that WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to find an expeditious solution to the problem and to report to the General Council before the end of 2002.

El motivo detrás de esta declaración son agudos conflictos en torno a la regulación del sector farmacéutico en interés del abastecimiento de la población con medicamentos para contrarrestar enfermedades pandémicas, sobre todo en Sudáfrica.

En 2003, el Consejo General de la OMC ha adoptado una decisión sobre la aplicación **12** del párrafo 6 de la Declaración de Doha.³⁸⁶ Esta decisión relaja las condiciones para la concesión de autorizaciones obligatorias en los casos en que la producción y la exportación de medicamentos protegidos por patentes se pongan al servicio del abastecimiento de los miembros que se encuentren entre los países menos desarrollados. Para tal fin, la decisión prevé una excepción (*waiver*) de los requerimientos del Artículo 31 del ADPIC (producción sólo para el mercado interno) y modifica la debida compensación con base en el Artículo 37, letra h, del ADPIC:

[...] 2. Se eximirá a un Miembro exportador del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud del apartado f) del Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a la concesión por ese Miembro de una licencia obligatoria en la medida necesaria para la producción de un producto o productos farmacéuticos y su exportación a un Miembro o Miembros importadores habilitados de conformidad con los términos que a continuación se enuncian en este párrafo:

(a) cuando el Miembro o Miembros importadores habilitados hayan hecho al Consejo de los ADPIC una notificación, en la cual:

³⁸⁶ Decision of the General Council on the Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health, WT/L/540; al respecto Abbott, F.M.: "The WTO Medicines Decision: The Political Economy of World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health", *AJIL*, 99/2005, pp. 317 y ss.

i) se especifiquen los nombres y cantidades previstas del producto o productos necesarios;

ii) se confirme que el Miembro importador habilitado en cuestión, a menos que sea un país menos adelantado Miembro, ha demostrado de una de las formas mencionadas en el Anexo de la presente Decisión, que sus capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes para los productos de que se trata; y

iii) se confirme que, cuando un producto farmacéutico esté patentado en su territorio, ha concedido o tiene intención de conceder una licencia obligatoria de conformidad con el Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC y las disposiciones de la presente Decisión;

(b) cuando la licencia obligatoria expedida por el Miembro exportador en virtud de la presente Decisión contenga las condiciones siguientes:

i) sólo podrá fabricarse al amparo de la licencia la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades del Miembro o los Miembros importadores habilitados, y la totalidad de esa producción se exportará al Miembro o Miembros que hayan notificado sus necesidades al Consejo de los ADPIC;

ii) los productos producidos al amparo de la licencia se identificarán claramente, mediante un etiquetado o marcado específico, como producidos en virtud del sistema expuesto en la presente Decisión. Los proveedores deberán distinguir esos productos mediante un embalaje especial y/o un color o una forma especiales de los productos mismos, a condición de que esa distinción sea factible y no tenga una repercusión significativa en el precio; y

iii) antes de que se inicie el envío, el licenciatario anunciará en un sitio Web la siguiente información:

– las cantidades que va a suministrar a cada destino a que se hace referencia en el inciso i) *supra*; y

– las características distintivas del producto o productos a que se hace referencia en el inciso ii) *supra*;

(c) el Miembro exportador notificará al Consejo de los ADPIC la concesión de la licencia, incluidas las condiciones a que esté sujeta. La información proporcionada incluirá el nombre y dirección del licenciatario, el producto o productos para los cuales se ha concedido la licencia, la cantidad o las cantidades para las cuales ésta ha sido concedida, el país o países a los cuales se ha de suministrar el producto o productos y la duración de la licencia. En la notificación se indicará también la dirección del sitio Web a que se hace referencia en el inciso iii) del apartado b) *supra*.

3. Cuando un Miembro exportador conceda una licencia obligatoria en virtud del sistema expuesto en la presente Decisión, se recibirá en ese Miembro una remuneración adecuada de conformidad con el apartado h) del Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC, habida cuenta del valor económico que tenga para

el Miembro importador el uso autorizado en el Miembro exportador. Cuando se conceda una licencia obligatoria respecto de los mismos productos en el Miembro importador habilitado, se eximirá a ese Miembro del cumplimiento de la obligación que le corresponde en virtud del apartado h) del artículo 31 respecto de aquellos productos por los que se reciba en el Miembro exportador una remuneración de conformidad con la primera oración de este párrafo [...].

3. La protección de invenciones biotecnológicas mediante patentes

Bibliografía recomendada: Adcock, M., Llewellyn, M.: “TRIPS and the Patentability of Micro-Organisms”, *Bio-Science Law Review*, 3/2000-2001, pp. 91 ss.; Barton, T.: *Der “Ordre Public” als Grenze der Biopatentierung*, 2004; Grubb, P. W.: *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology*, 1999; Herdegen, M.: “Patents on Parts of the Human Body – Salient Issues under EC and WTO Law”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2002, pp. 145 ss.; Kunczik, N.: *Geistiges Eigentum an genetischen Informationen*, 2007.

La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas (especialmente las de ingeniería genética) es una cuestión de gran actualidad. El Artículo 27 del ADPIC, al que deliberadamente se atribuyó un extenso ámbito de aplicación, cubre también invenciones de este tipo. 13

En cuanto a las patentes de plantas y animales y, sobre todo, de secuencias del ADN humano, se han formado profundas resistencias (basadas en consideraciones principalmente éticas o derivadas de la preocupación por las barreras a su utilización económica). Desde el punto de vista de los países en vías de desarrollo (especialmente de los países con más elevada biodiversidad), se expresó la preocupación de que los conocimientos tradicionales de la población local (en especial de los pueblos indígenas) pudieran, en cierto modo, ser objeto de una apropiación extranjera, mediante patentes a través del aislamiento, la sintetización o modificaciones inventivas, de los agentes activos de las plantas.³⁸⁷ La protección, mediante patentes, de determinadas secuencias de ADN (es decir, genes o fragmentos de genes) que se encuentren en la naturaleza y respecto de los cuales se hayan inventado procedimientos de aislamiento o sintetización, suponen un problema particularmente difícil de resolver.

Existe jurisprudencia reciente en Estados Unidos que se opone a la patentabilidad de las sustancias que son iguales, en su esencia, a sustancias naturales. En el asunto *Association for Molecular Pathology et al. v. US Patent and Trademark Office*, un tribunal

³⁸⁷ V. en torno a este sector de problemas: Blakeney (ed.): *Intellectual Property Aspects of Ethnobiology*, 1999; Aoki, K.: “Neocolonialisms, Anticommons Property and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of Intellectual Property Protection”, *Global Legal Studies Journal*, 6/1998, pp. 11 ss.; Spranger, T.: “Indigene Völker, ‘Biopiraterie’ und internationales Patentrecht”, *GRUR*, 2001, pp. 89 ss.

federal de apelación se pronunció en este sentido con respecto a genes responsables de una predisposición a padecer cáncer de pecho.³⁸⁸

14 En la Unión Europea, la Directiva 98/44/EC, relativa a la protección jurídica de invenciones biotecnológicas,³⁸⁹ ha logrado, a pesar de la enorme crítica que ha generado, abrir una brecha a favor de la protección mediante patentes de invenciones biotecnológicas. Conforme al Artículo 3.1 de la Directiva, pueden patentarse invenciones “aun cuando tengan por objeto un producto que esté compuesto o que contenga materia biológica o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice la materia biológica”. De acuerdo con el Artículo 3.2 de la Directiva, una materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico puede ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural. La posible protección mediante patentes de invenciones que se refieran a un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico (incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen) es muy controvertida. También en estos casos, la Directiva se muestra abierta a una protección mediante patentes (art. 5.2): “Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural”.

La Directiva exige, en este contexto, que la aplicación industrial de una secuencia o de una secuencia parcial de un gen figure explícitamente en la solicitud de patente (art. 5.3).

Con este requerimiento se concreta la condición general de que cualquier invención patentable contenga enseñanzas de carácter técnico (considerando núm. 23). El criterio de aplicación industrial exige, además, que, al utilizar una secuencia o una secuencia parcial para producir una proteína o una proteína parcial, se precise qué proteína o qué proteína parcial se produce y qué función realiza (considerando núm. 24).

La Directiva sobre invenciones biotecnológicas excluye de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad (art. 6). En particular, se consideran no patentables:

- a) los procedimientos de clonación de seres humanos;
- b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano;
- c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales;

³⁸⁸ *Association for Molecular Pathology et al. v US Patent and Trademark Office et al.*, US District Court, S.D.: New York, F. Supp.2d, 2010 WL 1233416.

³⁸⁹ DO, L 213, de 30 de julio de 1998, p. 13. Al respecto, Herdegen, M.: “Patenting Human Genes and other Parts of the Human Body under EC Biotechnology Directive”, *BioScience Law Review*, 4 (2000/2001), pp. 102 ss.

- d) los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para estos sufrimientos sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos (art. 6.2).

Una cuestión especialmente controvertida concierne a la protección de las secuencias de ADN como “materia de protección absoluta”. Una protección absoluta de esta clase, que es la que se concede a sustancias químicas, conduce a grandes dificultades en relación con la descodificación de la información genética, dado que una secuencia genética, aislada o sintetizada, puede tener múltiples funciones, cuyo desciframiento no puede, en absoluto, atribuirse al propietario de la patente y que, con frecuencia, se logra y se divulga sólo más tarde. Esta multifuncionalidad de las secuencias de ADN como portadoras de información hace suponer que la materia de protección debe limitarse a aquellas funciones en las que se basa la solicitud de patente (protección material funcional).³⁹⁰ La legislación alemana ha optado por este camino.³⁹¹

Según la Directiva sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, la protección de una secuencia patentada de ADN en una planta útil, a modo de una “materia”, presupone que ésta ejerza efectivamente la función precisada en la solicitud de la patente. Las secuencias de ADN que son incapaces de ejercer su función (como las que se encuentran, por ejemplo, en harina producida a partir de plantas genéticamente modificadas), se consideran “materia muerta” y, por ende, no patentables.³⁹² Las líneas directrices (*Utility Examination Guidelines*³⁹³) de la Agencia Estadounidense para Patentes y Marcas (*United States Trademark and Patent Office*) se muestran partidarias de una protección de genes o de meras secuencias de ADN como “materias de protección absoluta”, sin limitarla a las funciones divulgadas por el inventor.

4. Propiedad intelectual y libre circulación de mercancías

En el Derecho de la Unión Europea, juega un papel muy importante la relación entre las reglas sobre libre circulación de mercancías (arts. 28 ss. TCE), y la protección internacional de las patentes y otras formas de la propiedad intelectual. El Artículo 36.1 TFUE permite restricciones a la libre circulación de mercancías cuando sean justificadas por la protec-

³⁹⁰ V. Herdegen, M.: “Patenting Human Genes and Other Parts of the Body under EC Law”, *European Biopharmaceutical Review*, invierno 2002, pp 43 ss. (esp. p. 44).

³⁹¹ El § 1a de la Ley alemana sobre Patentes (*Patentgesetz*) en la versión publicada en el *Bundesgesetzblatt*, 2005, parte I, pp. 146 y ss., establece lo siguiente en sus párrafos 3 y 4:

“(3) La susceptibilidad de aplicación industrial de una secuencia o de una secuencia parcial de un gen debe precisarse de manera concreta en la solicitud, especificando la función cumplida por la secuencia o la secuencia parcial. (4) Si el objeto de la invención es una secuencia o una secuencia parcial de un gen cuya estructura es idéntica a una secuencia o secuencia parcial de un gen humano, debe incluirse en la reivindicación de la patente el uso para el que se precisó la susceptibilidad de aplicación industrial en el sentido del párrafo 3”.

³⁹² Sent. TJUE, As. C-428/08 (Monsanto Technology), *Rec.* 2010, n. marg. 48-49.; *EuZW* 2010, pp. 627 ss.

³⁹³ *Federal Register*, t. 66/4, 2001, pp. 1092 ss.

ción de la propiedad industrial y comercial. Sin embargo, una primacía absoluta de la protección de la propiedad intelectual frente a la libre circulación de mercancías conduciría a un aislamiento y cierre de los mercados nacionales.

- 17 Esta problemática puede ilustrarse con el ejemplo de los medicamentos, que son introducidos por el fabricante en los Estados miembros a precios distintos en cada caso y que contienen agentes activos para los que el fabricante tiene una patente en uno o varios Estados miembros. A causa del diferente nivel de precios, para algunas empresas es rentable adquirir el medicamento a un precio favorable en un Estado miembro y venderlo en otro Estado a un precio más elevado. El TJUE ha tenido que ocuparse, en varias ocasiones, de la cuestión relativa a si el fabricante puede impedir la importación de sus productos en un Estado miembro con un elevado nivel de precios, si tiene allí una patente para el agente activo del medicamento. De acuerdo con la doctrina del TJUE, la protección de las patentes no puede justificar obstáculos al comercio si el titular de la patente ha “agotado” su derecho dentro de la Unión Europea, al haberse introducido el producto en el mercado de un Estado miembro por el titular mismo de la patente o por un tercero con el consentimiento de aquél (por medio de la concesión de una licencia).³⁹⁴ Otros derechos de protección de la propiedad intelectual tampoco deben establecerse con el fin de aislar los mercados nacionales o para parcelar el mercado de la Unión.

- 18 Por el contrario, la comercialización de un producto por el titular, o con su consentimiento, no agota el derecho de propiedad intelectual, mientras se limite a países fuera de la Unión Europea (o del Espacio Económico Europeo).³⁹⁵

³⁹⁴ Sents. TJUE, As. 24/67 (Parke Davis), Rec. (ed. especial española) 1967-1969, p. 161 y As. 187/80 (Merck), Rec. (ed. especial española) 198, p. 583.

³⁹⁵ Sents. TJUE, As. C-51/75 (EMI), Rec. (ed. especial española) 1976, p. 327 y As. C-355/96 (Silhouette), Rec., 1998, p. I-4799.