

OMC, COMPETENCIA PREJUDICIAL Y EFECTO DIRECTO - LA SENTENCIA *DIOR/ASSCO*

Por FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE *

1. INTRODUCCIÓN

En la sentencia de 14 de diciembre de 2000 en los asuntos acumulados Dior (C-300/98) y Assco (C-392/98) se entrecruzan algunas de las cuestiones principales de la dimensión judicial de los efectos internos de los acuerdos internacionales. Por ello representa un paso importante tanto en la confirmación de la competencia prejudicial del TJCE con respecto a acuerdos mixtos como en la configuración del alcance que las normas de la OMC tienen en el control judicial de actos comunitarios y de los Estados miembros. Las cuestiones planteadas por dos jurisdicciones neerlandesas suscitaban tres problemas relativos, respectivamente: a la competencia del TJCE para interpretar el artículo 50 del ADPIC y a los requisitos para el ejercicio de esta competencia; al eventual efecto directo del artículo 50, apartado 6, del ADPIC, y a la interpretación de la expresión «derecho de propiedad intelectual» que figura en tal artículo. Nos detendremos sólo en los dos primeros problemas. Analizaremos en una primera parte el problema de la competencia prejudicial y, en una segunda parte, el problema del efecto directo, situándolo en el contexto más amplio de la operatividad de las normas OMC (y en general de los acuerdos internacionales) en el ordenamiento comunitario, cuestión recientemente abordada por la sentencia *Portugal/Consejo*, sobre los memorandos textiles con la India y Pakistán¹.

* Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

¹ Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Portugal/Consejo* (C-149/96, Rec. p. I-8395). Sobre esta sentencia, vid. DíEZ-HOCHLEITNER/ESPÓSITO, «La falta de efi-

2. SOBRE LA COMPETENCIA PREJUDICIAL PARA INTERPRETAR ACUERDOS MIXTOS

2.1. El ADPIC no está cubierto por la competencia exclusiva comunitaria. Los acuerdos mixtos plantean problemas particulares tanto jurídicos como prácticos² puesto que, aunque el acuerdo es objeto de procedimientos de conclusión paralelos (Comunidad y cada Estado), la conclusión por parte de la Comunidad sólo se referirá en buena lógica a disposiciones respecto a las que ésta tiene competencias. El TJCE no ha dudado en el pasado en interpretar acuerdos mixtos³, y el último elemento jurisprudencial

directa de los Acuerdos OMC (a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 en el asunto C-149/96, Portugal c Consejo), *GJ de la UE y de la competencia*, núm. 206, marzo-abril 2000, p. 10; CEBADA ROMERO, «El efecto directo de los acuerdos OMC: la sentencia de 23 de noviembre de 1999», *RDCE*, núm. 7, 2000, p. 171; BERROD, «La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC: essai de régulation de la mondialisation», *RTD eur* 36(3) 2000, p. 419; DESMEDT, «European Court of Justice on the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order», *LIEJ*, 2000, p. 93; GRILLER, «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union», *JIEL*, 2000, p. 441; ZONNEKEYN, «The status of WTO Law in the Community legal order: some comments in the light of the Portuguese Textiles case», *ELRev*, 2000, p. 293; HILF Y SCHORKOPF, «WTO und EG: Rechtskonflikte vor den EuGH?», *EuR*, 1/2000, p. 74; BERRISCH, «WTO-Recht im Gemeinschaftsrecht - (k)eine Kehrtwende des EuGH», *EWS*, 3/2000, p. 89.

² Sobre estos problemas, en detalle, ROSAS, «Mixed Union - Mixed Agreements», en M. KOSKENNIEMI (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer, 1998, pp. 125, en esp. las pp. 135-143. Existe una muy abundante bibliografía sobre los acuerdos mixtos, entre la que destacan, O'KEEFFE Y SCHERMERS (eds.), *Mixed Agreements*, Kluwer, 1983; DOLMANS, *Problems of Mixed Agreements: Division of Powers within the EEC and the Right of Third States*, Asser Instituut, La Haya, 1985; BOURGEOIS, DEWOST, GAIFFE (eds.), *La Communauté européenne et les accords mixtes - Quelles perspectives?*, Bruxelles, 1996.

³ Aunque el TJCE ha interpretado en varias ocasiones disposiciones contenidas en Acuerdos mixtos, lo ha hecho sin especificar si su competencia se debía a la circunstancia de que las disposiciones de que se trataba estaban claramente comprendidas en el ámbito de competencia comunitaria o a la circunstancia de que su competencia se extiende a todas las disposiciones de un Acuerdo mixto. Vid. *Haegeman* (181/73, Rec. 1974 p. 449), relativa a la interpretación del Acuerdo de asociación con Grecia; *Bresciani* (87/75, Rec. 1976 p. 129), relativa a la interpretación del Convenio de Yaundé de 1963; *Razanatsimba* (65/77, Rec. 1977 p. 2229), relativa a la interpretación del convenio de Lomé; *Kziber* (C-18/90, Rec. 1991 p. I-199) y *Krid* (C-103/94, Rec. p. 1995 I-719), relativas, respectivamente, a la interpretación de los

cial, antes de la sentencia comentada, era la sentencia *Hermès*⁴, sobre si estaba comprendida en el concepto de medida provisional a los efectos del artículo 50 del ADPIC una decisión provisional como la que se contemplaba en derecho neerlandés.

Pese a las reticencias de varios Estados miembros, el TJCE afirma en *Hermès* su competencia para interpretar la disposición en cuestión. El TJCE negó que el ámbito relativo a los medios de protección de los derechos de propiedad intelectual pueda considerarse reservado a los Estados miembros. Dado que, cuando han de aplicar normas nacionales para ordenar medidas provisionales con el objeto de proteger los derechos derivados de una marca comunitaria⁵, los tribunales nacionales han de hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y la finalidad del artículo 50 del ADPIC (que se aplica tanto a las marcas comunitarias como a las marcas nacionales) el TJCE concluye que: «cuando una disposición puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho nacional como a situaciones regidas por el Derecho comunitario, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse»⁶. Lo que se le preguntaba en *Dior/Assco* al TJCE era si la competencia prejudicial para interpretar tal disposición podía extenderse a situaciones en que no estaba en juego el derecho de marcas, sino otros derechos de propiedad industrial con respecto a los que no existía armonización. El AG Cosmas, en sus profundas conclusiones, defendía una respuesta negativa⁷.

Acuerdos de Cooperación celebrados con Marruecos y Argelia. Es por primera vez en el asunto *Demirel*, relativo al Acuerdo de Asociación con Turquía, concluido como acuerdo mixto, que los Estados miembros cuestionaban la competencia del TJCE para interpretar las disposiciones en causa (*Demirel*, 12/86, Rec. 1987 p. 3719, apartado 9).

⁴ *Hermès* (C-53/96, Rec. 1998, p. I-3603).

⁵ Conforme al artículo 99 del Reglamento n.º 40/94, los derechos derivados de la marca comunitaria pueden protegerse mediante la adopción de medidas provisionales y cautelares (reglamento (CE) n.º 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1).

⁶ Sobre esta sentencia, vid. BONAFÉ, «El contributo del caso *Hermès* alla soluzione dei problemi posti dagli accordi misti», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/1999, p. 109.

⁷ Aunque reconoce que el respeto del equilibrio institucional entre autoridades nacionales y autoridades comunitarias no era un obstáculo para afirmar la competencia del TJCE (apartados 42 a 45), considera que tal competencia rompería el equilibrio entre las autoridades comunitarias y el propio TJCE. Mientras que el TJCE

El TJCE, tras recordar los principios establecidos en la sentencia *Hermès*, va más allá. Al ser el artículo 50 del ADPIC una disposición procesal destinada a aplicarse a situaciones reguladas tanto por el Derecho nacional como por el Derecho comunitario, la obligación de estrecha cooperación entre los Estados miembros y las Instituciones comunitarias en la ejecución de los compromisos que han asumido en virtud de una competencia compartida para celebrar el acuerdo OMC, incluido el ADPIC⁸ exige, «tanto por motivos prácticos como jurídicos», que los Estados miembros y de la Comunidad adopten una interpretación uniforme de dicha disposición (apartados 36 y 37). Pues bien, sólo el TJCE, actuando en colaboración con los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del artículo 234 CE, está en condiciones de garantizar dicha interpretación uniforme. Por consiguiente, la competencia del TJCE para interpretar el artículo 50 del ADPIC no se limita únicamente a las situaciones reguladas por el Derecho de marcas (apartados 38 y 39). No parece que el primer y tercer elementos del razonamiento del TJCE sean discutibles: que existiera una obligación de cooperación y que sólo el TJCE está en condiciones de garantizar una interpretación uniforme (finalmente, es el único órgano supranacional). La cuestión más debatible era si tal necesidad de interpretación uniforme realmente existía, en otras palabras, si se hubiera infringido el principio de cooperación si la misma disposición se

habría negado, en su dictamen 1/94, que las autoridades comunitarias pudieran concluir acuerdos en materia de propiedad intelectual que entrañaran también una armonización a nivel comunitario (apartados 59 y 60), consideraba que afirmar la competencia prejudicial suponía dar el poder al TJCE de legislar en una materia en la que las instituciones comunitarias no han ejercido su competencia (apartados 46 a 51). Tampoco consideraba que la exigencia de una interpretación uniforme pudieran justificar tal competencia prejudicial. La existencia posible de diversas interpretaciones de una misma disposición en contextos diferentes no entrañaba ninguna incoherencia sistémica (apartado 57), los acuerdos OMC no se basan necesariamente en una interpretación uniforme y constante de sus disposiciones (apartado 58) y dudaba que la afirmación de la competencia prejudicial del TJCE coadyuvara realmente a la necesidad de una unidad de representación internacional o a la garantía de una cooperación estrecha entre la Comunidad y los Estados miembros en casos de acuerdos mixtos (apartados 63 a 68).

⁸ Dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994 (Rec. p. I-5267, apartado 108). La obligación de cooperación se presenta en tal dictamen como una exigencia de la unidad de representación internacional de la Comunidad. El carácter comunitario de esta obligación es acertadamente subrayado por GARZÓN CLARIANA, «La mixité: le droit et les problèmes pratiques», en BOURGEOIS y otros, *cit.*, p. 15, en la p. 19.

hubiera interpretado de una manera en relación con las marcas y de otra en relación con el diseño industrial. La referencia a unos «motivos prácticos y jurídicos» que exigen tal interpretación uniforme tiene un cierto halo de misterio.

La solución contrasta con la que dio en su sentencia *Andersson*, en la que se negó la competencia para pronunciarse sobre la interpretación del Acuerdo EEE en lo que respecta a su aplicación por parte de Estados miembros durante el período anterior a su adhesión a la Unión Europea, basándose en que, aunque formalmente se trataba de disposiciones de un acuerdo concluido por la Comunidad, las cuestiones prejudiciales se referían «a su aplicación a situaciones que no competen al ordenamiento jurídico comunitario»⁹. Las exigencias de una interpretación uniforme ni siquiera son consideradas. Con respecto a las disposiciones de acuerdos internacionales integradas en el ordenamiento comunitario se dibuja así una distinción entre situaciones que no competen al ordenamiento jurídico comunitario por razones temporales, con respecto a las que el TJCE carece de competencia prejudicial, y situaciones que no competen al ordenamiento comunitario por razones de la materia, con respecto a las que sí se afirma la competencia prejudicial.

2.2. En todo caso, creemos que el TJCE carecerá de competencia prejudicial para interpretar acuerdos mixtos en los ámbitos en los que la Comunidad no disponga de competencia. Es cierto que el TJCE en su sentencia sobre el FED parece partir de que, al menos en los casos en que no hay una declaración de competencias, la Comunidad es responsable internacionalmente¹⁰. No obstante, aunque una corriente doctrinal defien-

⁹ Sentencia de 15 de junio de 1999, *Andersson* (C-321/97, Rec. p. I-3551, apartados 28-31) Vid. también, sentencia del mismo día, *Rechberger* (C-140/95, Rec. p. I-3499, apartado 38).

¹⁰ Con respecto al acuerdo ACP, afirma que «salvo excepciones expresamente previstas en el Convenio, la Comunidad y sus Estados miembros, en su calidad de contratantes con los Estados ACP, son conjuntamente responsables frente a estos últimos del cumplimiento de cualquier obligación que resulte de los compromisos contraídos, incluidos los relativos a las ayudas financieras» (sentencia de 2 de marzo de 1994, *Parlamento/Consejo*, C-316/91, Rec. p. I-625, apartado 29). En este sentido se expresa la mayoría de la doctrina: DIEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998, p. 36-38, con la bibliografía que cita; MONJAL, «La guerre des droits aura-t-elle lieu? - Remarques sur le statut contentieux des accords internationaux dans l'ordre juridique communau-

de que el TJCE debe tener competencia prejudicial para interpretar la globalidad del acuerdo mixto, para evitar así que la Comunidad incurra en responsabilidad¹¹, no creemos que esta circunstancia pueda fundamentar una competencia para interpretar el acuerdo mixto en su conjunto.

taire», *RMUE* 1999/3, p. 167 en esp. pp. 213-214; PIGRAU SOLÉ, «La responsabilidad internacional de la Comunidad Europea», en MARIÑO MENÉNDEZ, *Acción exterior de la Unión Europea y Comunidad internacional*, Univ. Carlos III/BOE, Madrid, 1998, p. 171, en las pp. 181-185; DOLMANS, *cit.*, p. 82 y ss.; TOMUSCHAT, «Liability for Mixed Agreements», en O'KEEFFE, SCHERMERS, *cit.*, p. 125 en la p. 130; CONZE, *Die völkerrechtliche Haftung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden Baden, 1987, p. 82; STEIN, *Der gemischte Vertrag in Recht der Aussenbeziehungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Duncker und Humblot, Berlin, 1986, pp. 186-88. Sobre los intentos de regulación de la cuestión de la competencia en propio texto convencional vid., DIEZ-HOCHLEITNER, *cit.*, pp. 29-36, y la bibliografía citada en el mismo y DOLMANS, *cit.*, p. 53 y ss.

¹¹ Un grupo mayoritario actualmente concluye que el TJCE es competente para interpretar por entero los acuerdos en los que no se expresa la división de competencias, pues la Comunidad, en el plano internacional, resulta vinculada por el mismo. Una posición matizada es la que recoge el AG Tesauro en sus conclusiones en el asunto *Hermes*, en las que, aparte de las exigencias de una interpretación uniforme, que como hemos visto han sido recogidas en la sentencia, él mencionaba dos elementos adicionales. En primer lugar, el hecho de que la responsabilidad de la Comunidad puede cuestionarse, ya que como hemos visto estima que la Comunidad está internacionalmente vinculada por el acuerdo en su integridad y existe pues un interés a que no exista violación alguna por parte de los Estados miembros (apartado 20, segundo párrafo; en un sentido parecido, DIEZ-HOCHLEITNER, *cit.*, p. 39; ROLDÁN BARBERO, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores», en RODRÍGUEZ IGLESIAS y LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, p. 297, en la p. 313). En segundo lugar, el AG basa su razonamiento en la obligación de cooperación que el TJCE recuerda en su dictamen 1/94, que resultaría en su opinión menoscaba de no existir una interpretación centralizada, que evitara quince interpretaciones diferentes de lo negociado. En particular, la Comisión había subrayado ante el Tribunal que se correría el riesgo de que perdiera una buena parte de su eficacia, en los ámbitos de competencia compartida, el denominado mecanismo de retorsión cruzada establecido en el artículo 22 del Entendimiento sobre solución de diferencias. En efecto, era evidente que, en caso de no existir un acuerdo a este respecto, un Estado miembro que pretendiese ejercer su derecho de retorsión en el ámbito del comercio de mercancías, en lugar de en el de los servicios o la propiedad intelectual, no estaría autorizado para hacerlo. Del mismo modo, a falta de un acuerdo con los Estados miembros, la Comunidad no podría ejercer el derecho de retorsión en los ámbitos del AGCS y el ADPIC, que son (todavía) competencia de los Estados miembros. No es muy diferente la tesis, propuesta precisamente en relación con la interpretación de las normas de la OMC, de EECKHOUT en «The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems», *CMLRev*, 1997, p. 11.

En primer lugar, el TJCE tiene competencia prejudicial para interpretar una disposición en tanto en cuanto ésta se integre en el derecho comunitario y no sólo porque resulte «práctico»¹². La determinación de los sujetos internacionalmente obligados por el acuerdo nada tiene que ver con la cuestión de si una norma internacional se integra o no en el derecho comunitario. Tanto en *Hermès* como en *Dior/Assco* y, muy anteriormente, en *Demirel*, el TJCE se esfuerza en afirmar que la norma interpretada vinculaba a la Comunidad por cuanto que, en determinadas situaciones por lo menos, entraba en el campo de su propia competencia. Afirmer la competencia para interpretar el acuerdo en su conjunto supondría aceptar la posibilidad de que el TJCE interprete normas que no se integran en el ordenamiento comunitario.

En segundo lugar, fundamentar la competencia prejudicial en que la Comunidad puede incurrir en responsabilidad por acciones de los Estados adoptadas en sus propias esferas de competencias supone una visión unidireccional del problema, en la que los malos de la película son siempre los Estados miembros. En el contexto de los acuerdos OMC, no se comprende por qué el TJCE debería ser el vigilante de que los Estados cumplan con las obligaciones que asumen en virtud únicamente del derecho internacional (y no en virtud del derecho comunitario) y, por otro lado, se negaría a esos mismos Estados miembros la posibilidad de que vigilaran que la Comunidad cumple también con su parte del acuerdo mixto, ya que en *Portugal/Consejo* concluye que las normas OMC no constituyen, salvo en casos excepcionales, normas de control del derecho derivado, con el riesgo de que tales Estados incurran en responsabilidad internacional también.

3. SOBRE LOS EFECTOS INTERNOS DE LOS ACUERDOS OMC

3.1. El TJCE considera en *Dior/Assco* que, por los motivos expuestos en los apartados 42 a 46 de la sentencia *Portugal/Consejo* para con-

¹² A este respecto el TJCE, en su dictamen 1/94, ya llamó la atención de que la cuestión del reparto de competencias «no puede solucionarse en función de las eventuales dificultades que pudieran suscitarse al gestionar los Acuerdos» (apartado 107). Un buen ejemplo de que no toda norma internacional que incida en el cumplimiento de obligaciones comunitarias debe ser interpretada en exclusiva por el TJCE es el caso de los «acuerdos pre-comunitarios» que son objeto del artículo 307 CE.

cluir que el Acuerdo OMC y sus anexos no se incluyen, en principio, entre las normas con respecto a las cuales el TJCE controla los actos de las instituciones comunitarias en virtud del artículo 230 CE, las disposiciones del ADPIC (que figura como anexo del Acuerdo OMC), «no confieren derechos a los particulares que éstos puedan invocar directamente ante los tribunales *en virtud del Derecho comunitario*».

El TJCE distingue a continuación entre las obligaciones asumidas por la Comunidad y las obligaciones asumidas por los Estados miembros. En efecto, el artículo 50 del ADPIC es una disposición procesal destinada a ser aplicada por los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales en virtud de las obligaciones asumidas tanto por la Comunidad como por los Estados miembros. Por lo que respecta a los ámbitos en los que Comunidad ya ha legislado, como es el caso de las marcas, de la sentencia *Hermès* 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 ADPIC (apartado 47). Por el contrario, respecto de los ámbitos en los que la Comunidad aún no ha legislado y que, por consiguiente, son competencia de los Estados miembros, la protección de los derechos de propiedad intelectual y las medidas adoptadas con este fin por las autoridades judiciales no se rigen por el Derecho comunitario. En consecuencia, «el Derecho comunitario no impone ni excluye que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro reconozca a los particulares el derecho a invocar directamente la norma prevista en el artículo 50, apartado 6, del ADPIC o que los jueces la apliquen de oficio» (apartado 48).

Las densas afirmaciones del TJCE contienen una doble distinción. Por un lado, al reconocerse que los Estados miembros pueden llegar a conclusiones diferentes en cuanto a la aplicación judicial del artículo 50 del ADPIC se confirma que el problema del efecto del ADPIC en el ordenamiento interno es un problema de derecho interno (comunitario o nacional, según el caso), y no de derecho internacional (sección 3.2). Por otro lado, la diferencia que traza el TJCE entre efecto directo como «derechos de los particulares» y las normas con respecto a las cuales se controlan los actos de las instituciones comunitarias es también crucial para examinar las diferentes manifestaciones de la operatividad de la norma internacional en el ordenamiento comunitario (secciones 3.3 a 3.5).

3.2. La sentencia *Dior/Assco* supone la culminación de una jurisprudencia que establecería una diferencia entre la aplicabilidad judicial exigida por el acuerdo internacional y la que encuentra su base en el propio derecho comunitario. Como el profesor Buergenthal tuvo ocasión de indicar hace unos años, bajo expresiones como eficacia o aplicabilidad directa o normas self-executing, se esconden dos realidades. Por un lado, está el caso de tratados internacionales que han sido concluidos con el propósito de conferir derechos invocables ante los tribunales nacionales¹³. Por otro lado, en la mayoría de las ocasiones, la noción se utiliza para explicar la situación en que los tribunales internos consideran que ciertas disposiciones de tratados no requieren desarrollo legislativo o administrativo ulterior y crean derechos directamente invocables o que se trata de normas que pueden servir para controlar los actos de los poderes del Estado (de reconocerse la primacía de los tratados internacionales sobre tales actos). La distinción es muy importante pues el primer problema es un problema de derecho internacional, mientras que el segundo es un problema de derecho interno, relativo a cómo el derecho interno entiende más adecuado asegurar la operatividad del acuerdo en su seno¹⁴. La aplicabilidad directa del Tratado CE ante los órganos jurisdiccionales nacionales deriva del propio Tratado, por cuanto la misma no depende de cada ordenamiento interno de los Estados miembros, y se sitúa por lo tanto en el primer nivel de análisis¹⁵.

Este doble nivel de análisis ha encontrado su reflejo en la jurisprudencia comunitaria sobre los efectos de los acuerdos internacionales. El examen de la posible aplicación judicial de los acuerdos OMC en la sentencia *Portugal/Consejo* consta por ello de dos partes claramente diferenciadas. En un primer momento (apartados 34 a 41) el TJCE concluye que tales acuerdos, «interpretados a la luz de su objeto y de su finalidad, no determinan los procedimientos jurídicos adecuados para garantizar su ejecución de buena fe en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes

¹³ Opinión consultiva sobre la jurisdicción de los tribunales de Dantzig, PCIJ, Ser. B., núm. 15.

¹⁴ BUERGENTHAL, «Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law», *Recueil des cours*, tomo 235/1992, vol. IV, p. 303. Vid. también BLECKMANN, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge: Versuch einer allgemeinen Theorie des self-executing Treaty auf rechtsvergleichender Grundlage*, 1970 y VERHOVEN, «La notion d'«applicabilité directe» du droit international», *RBDI*, 1980, p. 243.

¹⁵ BUERGENTHAL, cit. pp. 325-35.

contratantes»¹⁶. En otras palabras, los acuerdos OMC «no imponen a los órganos jurisdiccionales la obligación de abstenerse de aplicar las normas jurídicas internas que sean incompatibles con los mismos», pues ello tendría como consecuencia privar a los órganos legislativos o ejecutivos de las Partes contratantes de la posibilidad de alcanzar, siquiera fuera con carácter temporal, soluciones negociadas, posibilidad que les confiere el artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias¹⁷. En una segunda parte de la sentencia (apartados 42 a 47) su análisis se centra en examinar si tal efecto puede tener como base el propio ordenamiento comunitario. El riesgo de que se produzca un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC conduce al TJCE a afirmar que admitir que incumbe directamente al juez comunitario la tarea de garantizar la conformidad del Derecho comunitario con las mencionadas normas equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la Comunidad del margen de maniobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad.

Este análisis en dos etapas de la norma internacional encuentra poco eco en la doctrina¹⁸, aunque ya tenía muy hondas raíces en la jurisprudencia anterior y en particular en la sentencia *Kupferberg*¹⁹, y cristaliza

¹⁶ El TJCE recuerda que, en derecho internacional, cada una de las partes es responsable de la ejecución completa de los compromisos que ha contraído, le corresponde en cambio determinar las medidas jurídicas adecuadas para alcanzar dicha finalidad en su ordenamiento jurídico, a menos que el acuerdo, interpretado a la luz de su objeto y de su finalidad, determine por sí mismo estas medidas.

¹⁷ Esta interpretación habría sido supuestamente confirmada por un informe de un grupo especial (WT/DS 152 R, Estados Unidos - artículos 301 a 310 de la Trade Act, informe de 22 de diciembre de 1999, como apunta MENGOZZI, «La Cour de justice et l'applicabilité des règles de l'OMC en droit communautaire à la lumière de l'affaire Portugal c. Conseil», *RDUE* 3/2000, p. 509.

¹⁸ Con honrosas excepciones, como ESPÓSITO, *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, Madrid, 1999, que distingue por una parte la intención de las Partes en relación con la concesión de derechos directamente aplicables (capítulo III) y por otro lado el punto de vista interno acerca de la eficacia de las normas del Acuerdo OMC (capítulo IV).

¹⁹ Ya en la sentencia *Kupferberg* (104/81, Rec. 1982, p. 3641) el TJCE señala que los efectos que las disposiciones del acuerdo debe producir en el orden interno puede ser convenido en el acuerdo mismo y que no es sino en el caso en que esta cuestión no esté determinada en el acuerdo que el TJCE deberá analizarla. En la sentencia sobre la OCM del plátano, el TJCE ya sugiere tal distinción conceptual en los apartados 110 y 111 (sentencia de 5 de octubre de 1994, *Alemania/Consejo*,

en la sentencia *Dior/Assco*. La diferencia entre los aspectos en los que la Comunidad ha legislado y en los que no ha legislado y, por consiguiente, son competencia de los Estados miembros, es lógica. En los primeros casos los Estados miembros observan el acuerdo internacional en tanto que obligación de derecho comunitario, pues, como ya declaró el TJCE en la sentencia *Nederlandse Spoorwegen*, el efecto obligatorio de los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad «debe ser determinado en referencia a las disposiciones relevantes del ordenamiento jurídico comunitario»²⁰. Por el contrario, en las materias de competencia estatal el efecto de los acuerdos internacionales continúa estando exclusivamente por el propio derecho y jurisprudencia nacionales, que pueden dar soluciones divergentes a la cuestión de la eficacia de la disposición internacional. En *Dior/Assco* el TJCE no considera justificado interferir en la manera en que cada ordenamiento nacional ha elegido para acomodarse a las obligaciones internacionales contenidas en tales acuerdos, rechazando así imponer una solución determinada (legislativa o judicial) para asegurar el respeto del artículo 50 del ADPIC.

No pretendemos en este trabajo el analizar en detalle si los acuerdos OMC exigen la inaplicación judicial de todo acto comunitario incompatible. Es cierto que la sentencia *Portugal/Consejo* se basa en una lectura

C-280/93, Rec. p. I-4973), en las que se habla por un lado de «la obligación de reconocerles valor de normas de Derecho internacional inmediatamente aplicables en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes Contratantes» y de que «a falta de obligación derivada del propio Acuerdo...». En la sentencia *Bresciani* se presentaba el efecto directo del Convenio de Yaundé como algo que «la Comunidad» (y no el acuerdo mismo) reconoce (sentencia de 5 de mayo de 1976, *Bresciani*, 87/75, Rec. p. 129: «este desequilibrio de las obligaciones [...] no es obstáculo para que la Comunidad reconozca el efecto directo de algunas de sus disposiciones» (apartado 23).

²⁰ 38/75, Rec. 1975, p. 1439, apartado 16. En *Kupferberg*, le TJCE ya afirmó que «al garantizar la observancia de los compromisos emanados de un acuerdo celebrado por las Instituciones comunitarias, los Estados miembros cumplen con una obligación no sólo en relación con el tercer país afectado, sino también y sobre todo con la Comunidad, que ha asumido la responsabilidad de la buena ejecución del acuerdo. Por tal motivo las disposiciones de tal acuerdo, [...] son parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario» (sentencia de 26 de octubre de 1982, 104/81, Rec. p. 3641, apartado 13). En la sentencia *Demirel* el TJCE señala más claramente el carácter comunitario de tales obligaciones «al garantizar el respeto de los compromisos que se derivan de un acuerdo celebrado por las instituciones comunitarias los Estados miembros cumplen en el ordenamiento comunitario una obligación que tienen para con la Comunidad».

discutible del procedimiento de resolución de disputas²¹, pero las críticas a esta sentencia ignoran con frecuencia que el TJCE no impugna la idea de que el cumplimiento de una decisión del organismo de resolución de disputas sea la solución preferida por el sistema OMC, ni cuestiona la obligatoriedad de tales normas. Lo que dice simplemente es que el sistema OMC, tal y como está concebido, no exige que los tribunales internos anulen las normas internas contrarias a los acuerdos OMC. De ello no se desprende tampoco que se excluya tal aplicación judicial, pero ese es otro debate. El problema del enfoque globalizador que el TJCE fundamenta en el artículo 22 del Entendimiento sobre la solución de diferencias es que descarta de raíz cualquier análisis textual y concreto de cada disposición que pudiera llevar a una conclusión contraria, toda vez que el tenor literal de algunas de sus disposiciones parece presuponer su aplicación por las autoridades nacionales²². Precisamente el ADPIC parece susceptible de tal aplicación judicial, pues afecta a los derechos de propiedad²³. Dicho esto, si incluso los acuerdos internacionales sobre derechos humanos no tienen por qué ser aplicados por los tribunales nacionales²⁴ y, que se sepa, nadie ha acusado a Estados Unidos de violar los acuerdos OMC por no

²¹ Sobre el debate, vid. JACKSON, «The WTO Dispute Settlement Understanding - Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation», *AJIL* (1997) p. 60 y la posición contraria de BELLO, «The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More», *AJIL* (1996), p. 416.

²² ESPÓSITO, cit. pp. 55-62.

²³ EECKHOUT, cit., p. 33; ESPÓSITO, cit. pp. 59-62; EPINEY/KADDOUS/RIDORÉ, «La Communauté européenne et l'OMC - à propos du statut des règles du GATT/OMC dans l'ordre juridique communautaire», *EFLR* 3/98, p. 291, en part. pp. 310-311. Parece que buen número de jurisdicciones nacionales aplican directamente los Convenios más representativos de propiedad industrial e intelectual (Convenios de Berna y París), que contienen obligaciones similares. Algunos autores han defendido que el acuerdo sobre contratación pública presume también tal aplicación judicial (MANIN, «A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté», *RTD eur* 1997, p. 399, en esp. pp. 422-428).

²⁴ El debate sobre si los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos reflejan la intención de otorgar derechos directamente aplicables en los sistemas internos en el sentido de que puedan ser invocados por los particulares ante los tribunales fue dilucidado por el TEDH en 1976 en el sentido que ni el artículo 13 ni la Convención en general establece respecto de las Partes Contratantes una manera específica para garantizar la efectiva implementación de cualquier norma de la Convención dentro de sus ordenamientos internos (sentencia de 6 de febrero de 1976, *Swedish Engine Driver's Union*, Ser. A, vol. 20, p. 18).

permitir que sus tribunales apliquen tales disposiciones, no parece haber problemas conceptuales para aceptar que los acuerdos OMC no exigen, en derecho internacional, la inaplicación por los tribunales internos de las normas incompatibles con los mismos.

3.3. En último caso, cuando la aplicación judicial no viene exigida por el acuerdo internacional, la solución sobre la efectividad de los acuerdos vendrá dada por cada ordenamiento interno y, en nuestro caso concreto, por el ordenamiento comunitario. Una actitud más o menos abierta a la aplicabilidad por el juez deriva de la propia lectura de sus poderes frente a los de los otros poderes del Estado²⁵.

Para caracterizar los efectos de las normas internacionales en el ordenamiento comunitario el TJCE va trazando una distinción entre el efecto directo, entendido como la posibilidad para los particulares de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales normas que les confieren derechos, y el problema de las disposiciones de acuerdos internacionales como normas de control en el contencioso de legalidad de los actos comunitarios. Esta distinción resulta necesaria porque, si bien en una primera jurisprudencia el que la disposición confiriera derechos para los particulares se analizaba como una condición previa para examinar la legalidad de un acto comunitario con respecto a un acuerdo internacional²⁶, esto no resultaba conforme a la jurisprudencia relativa a otras normas de derecho comunitario, que eran utilizadas como parámetros de control independientemente

²⁵ Una interpretación que excluya la aplicabilidad judicial de ciertos acuerdos vehicula la idea de que el cumplimiento de los acuerdos internacionales incumbe esencialmente a los otros poderes, que tienen que adoptar las medidas necesarias. Una lectura en clave de aplicabilidad judicial supone que los jueces son los constitucionalmente encargados, llegado el caso, de asegurar la observancia del acuerdo internacional. La tendencia doctrinal a dar prioridad a la acción judicial en esta materia, al menos con respecto a las disposiciones que no reclaman claramente la adopción de normas internas que la complementen o desarrollen, deriva de la constatación de que la misma redundaría en una mayor operatividad y eficacia del acuerdo internacional y es por ello que todo internacionalista la ve con buenos ojos. Para una discusión general de esta cuestión como atinente al reparto de poderes, vid. VÁZQUEZ, «The Four Doctrines of Self-Executing Treaties», 89 *AJIL* 695 (1995) y JACKSON, «Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis», 86 *AJIL* (1992), p. 310.

²⁶ *International Fruit Company* (21-24/72, Rec. 1972, p. 1228, apartados 27 y 28).

de que confirieran derechos a los particulares²⁷. Es por ello que los posibles límites a la aplicabilidad del derecho internacional en el contencioso relativo al control de actos comunitarios no podían basarse simplemente en la creación de derechos, sino que debía configurarse una nueva categoría conceptual capaz de vehicular la idea de que una disposición de un acuerdo internacional no puede constituir la norma de control de legalidad de los actos comunitarios²⁸.

²⁷ La doctrina ha destacado el sinsentido de exigir en el marco del contencioso de legalidad de actos comunitarios que la norma de control cree derechos. Vid. por ejemplo, RIDEAU, «Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux», *RGDIP* 1990, p. 289; KAPTEYN, «Quelques réflexions sur les effets des accords internationaux liant la Communauté dans l'ordre juridique communautaire», en *Libro Homenaje a Prof. D. Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 108; HAHN/SCHUSTER, «Le droit des états membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté», *RGDIP* (1995), p. 367 y las conclusiones del AG Saggio de 25 de febrero de 1999 en el asunto *Portugal/Consejo*, C-149/96, apartado 18.

²⁸ Ante esta necesidad, la doctrina se posiciona en torno a los que yo resumiría, aun a riesgo de simplificar, en dos principales paradigmas. Por un lado, están quienes consideran que toda norma, aunque sea internacional, es susceptible de ser aplicada por el juez comunitario con vistas a controlar la legalidad de todo acto comunitario, en cuanto que cumpla unas condiciones mínimas de precisión. Desde este punto de vista, que es en sustancia el recogido por el AG Saggio en sus conclusiones en el asunto *Portugal/Consejo*, compete a los jueces el asegurar el cumplimiento de toda norma, incluida la internacional, y, en suma, todo intento contrario es visto como una usurpación de las funciones jurisdiccionales o un atentado al reparto de competencias entre el poder judicial y los otros poderes (apartados 20 y 23). Se trata de un paradigma puramente comunitario, pues no parece defenderse que el acuerdo internacional deba ser necesariamente aplicado por los jueces en los ordenamientos jurídicos de las otras partes al acuerdo, que se deriva por algunos autores de la existencia de una Comunidad de Derecho (por ejemplo, BERROD, cit., pp. 436-38) o del artículo 300, apartado 7, del Tratado CE (por ejemplo, CEBADA ROMERO, cit. p. 180). Otros autores han defienden esta paradigma con respecto únicamente a las normas sobre comercio internacional sobre la base de criterios de maximización del beneficio económico que deriva de las normas OMC (KUILWIJK, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma*, Nexed Editions, 1996), o de la comprensión de tales normas como la expresión de derechos fundamentales (PETERSMANN, «Limited Government and Unlimited Trade Policy Powers? Why Effective Judicial Review of Foreign Trade Restrictions Depends on Individual Rights», en HILF/PETERSMANN (eds.), *National Constitutions and International Economic Law*, Kluwer, 1994). Un segundo paradigma, a la postre implícitamente adoptado por el TJCE, es aquél que considera que el juez tiene un papel importante pero más limi-

Ya la sentencia *Nakajima* parece evocar una efectividad diferenciada cuando indicaba que la demandante no invocaba «el efecto directo» del código antidumping²⁹, distinción que está presente de manera ambigua en las sentencias sobre la OCM del plátano³⁰ y *Racke*³¹, y más claramente, de nuevo, en *Portugal/Consejo*, en la que se evita el discurso en términos de «derechos de los particulares» y se habla únicamente de «normas que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta al controlar la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias»³². En la sentencia *Dior/Assco* el TJCE

tado a la hora de asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales. En la jurisprudencia comparada, no todas las disposiciones de derecho internacional han sido consideradas como aplicables por los tribunales internos, sino que se ha recurrido a diferentes teorías para limitar su eficacia e invocabilidad, incluso en Estados de Derecho muy consolidados. En otras palabras, de la existencia de un control de legalidad «objetivo» no se deduce de ninguna manera que todas las normas internacionales puedan ser utilizadas como normas de control. La decisión sobre si el juez debe dar efecto a tales normas y, en particular, las de la OMC es, en último caso, una cuestión que afecta a la distribución de poderes en el seno de la Unión (como indica acertadamente HILF/SHORKOPF, cit., p. 89) y a la cuestión del nivel óptimo de legalización de la OMC (vid. ESPÓSITO, cit., p. 122. HILF/SCHORKOPF, cit., p. 89). Sobre este enfoque en general en derecho comparado, vid. JACKSON, «Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis», 86 *AJIL* (1992), p. 310.

²⁹ Sentencia de 7 de mayo de 1991, *Nakajima/Consejo* (C-69/89, Rec. p. I-2069).

³⁰ Sentencia de 5 de octubre de 1994, *Alemania/Consejo* (C-280/93, Rec. p. I-4973, apartados 103-112).

³¹ CASTILLO DE LA TORRE, «Derecho comunitario, derecho de los tratados y sanciones económicas», *RDCE* 1998, p. 549, en esp. pp. 566-568. La ambigüedad deriva del hecho de que lo que afirma el TJCE es que todo acto que suspende o suprime un derecho conferido a los particulares por un acuerdo internacional debe poder ser controlado con respecto a las normas que, en derecho internacional, pueden justificar tal supresión o suspensión. No es seguro de que no se trate sino del reverso del efecto directo en términos de creación de derechos para los particulares.

³² Entre los que interpretan la distinción en los términos por nosotros reseñados se encuentran, por ejemplo, DESMEDT, cit., p. 93; GRILLER, cit., p. 318-19; ZONNEKEYN, cit., en las pp. 298-99. No precisa el TJCE si el incumplimiento de tal norma internacional no puede, por lo menos, generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad frente a los particulares afectados. La cuestión es debatida en la doctrina (vid. GRILLER, cit., p. 470 y REINISCH, «Entschädigung für die unbeteiligten 'Opfer' des Hormon- und Bananenstreites nach art. 288 II EG?», *EuZW* (2000), p. 43, en esp. p. 46 y ss.). En tres sentencias recientes el TPI se ha pronunciado contra la posibilidad de que la violación de los acuerdos OMC puedan dar lugar a responsabilidad extracontractual. Se trata de las sentencias de 20 de marzo 2001, *Cordis/Comisión* (T-18/99), *Bocchi Food/Comisión* (T-30/99) y *T. Port/Comi-*

utiliza sin dudarle la expresión «efecto directo», evitada en otras ocasiones, por entender que se trata en este caso de una situación «típica» de creación de derechos que los particulares pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales «en virtud del derecho comunitario».

Esta reciente jurisprudencia no es siempre interpretada en los términos descritos y se afirma a veces que el TJCE desconoce este doble nivel de análisis³³. Hay que reconocer que el problema es en parte creado por el propio lenguaje del TJCE, que crea la impresión en ocasiones de que, pese a las posibles diferencias conceptuales, los criterios para calificar un precepto como norma de control y para deducir su eficacia directa son bastante similares. El hecho que, como veremos más tarde, para justificar la ausencia de efecto directo del ADPIC la sentencia *Dior/Assco* (aplicación por tribunales nacionales) se remita a la sentencia *Portugal/Consejo* (aplicación por el TJCE) no redundando desde luego en una gran claridad conceptual.

Dicho esto, hay que considerar que la referencia a los «derechos de los particulares» no está siempre fuera de lugar en el contencioso de control de actos comunitarios. La aplicabilidad en términos de «derechos de los particulares» opera en dos ámbitos que con frecuencia se tienden a

sión (T-52/99). La cuestión se debate en estos momentos en varios otros asuntos ante el TPI, relativos a los daños sufridos tras las sanciones norteamericanas como consecuencia de la condena del régimen comunitario de importación de plátanos (*Fabbrica Italiana Accumulatori*, T-69/00; *Laboratoire du Bain*, T-151/00; *Claude-Anne de Solène*, T-297/00; *Groupe Fremaux*, T-301/00).

³³ En la inteligencia en ocasiones que toda limitación en la aplicabilidad de las normas de un acuerdo internacional supone una aplicación de la doctrina del efecto directo. Así, por ejemplo, BERROD considera que el TJCE deforma en la sentencia *Portugal/Consejo* las vías de recurso al exigir que para ser norma de control una disposición tenga efecto directo, cuando esta condición no se exige con respecto a otra normas de derecho comunitario, y se defiende a fin de cuentas que toda norma internacional pueda ser utilizada como norma de control (BERROD, cit., en la p. 433). En la misma línea, CEBADA ROMERO, cit., en esp. p. 175. En otros casos, aun reconociendo la posible existencia de límites a la posibilidad de que la norma internacional constituya la norma de control en el marco del contencioso sobre actos comunitarios, se afirma que el TJCE no aplica un doble nivel de análisis según el tipo de contencioso. Vid. DIEZ-HOCHLEITNER/ESPÓSITO, cit., en esp. pp. 19-22, quienes llegan finalmente a un resultado idéntico al TJCE desarrollando una categoría diferente al efecto directo, que llaman «justiciabilidad», y que presenta muchas similitudes con lo que el TJCE considera la capacidad de una norma para constituir el parámetro de control.

mezclar. Por un lado, se trata de un principio de derecho comunitario que articula las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional (en *Dior/Assco* se subraya que tales derechos son invocables «en virtud del derecho comunitario»). Por otro lado, constituye un elemento del análisis de derecho internacional que el juez debe efectuar: saber si las partes han querido que el acuerdo en cuestión confiera derechos a los particulares invocables ante los tribunales internos. Se trata ésta de una etapa del análisis que precede al problema de las relaciones entre el derecho comunitario y los tribunales nacionales y cuyo resultado se impone tanto en el contencioso ante el TJCE como ante los órganos jurisdiccionales nacionales. De hecho, en la sentencia sobre la OCM del plátano el TJCE se refiere como fuente de inspiración a la sentencia *International Fruit* en la que se hablaba claramente de «derechos de los particulares». Pero de una lectura reposada de las dos sentencias se desprende que el TJCE se está refiriendo aquí probablemente al análisis de derecho internacional y no a la creación de derechos invocables ante los tribunales nacionales en virtud del derecho comunitario³⁴. El problema es que el TJCE se para ahí y no prosigue su análisis para averiguar si tal aplicación judicial podría existir en derecho comunitario independientemente de la cuestión de si era o no exigida por el acuerdo internacional. Como se ve, la conjunción de varios niveles de normación, de diversos criterios para determinar la aplicabilidad judicial de una norma y de un lenguaje fluctuante por parte del TJCE dificultan sumamente el análisis en esta materia³⁵.

³⁴ Vid. nota 19, *supra*.

³⁵ Otra cuestión no absolutamente clara es si el «test Demirel» tantas veces citado por el TJCE para saber si una disposición tiene efecto directo, a saber, «una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista del tenor, del objeto y de la naturaleza del acuerdo, puede llegarse a la conclusión de que dicha disposición contiene una obligación clara, precisa e incondicional, que no se subordina, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de acto ulterior alguno», test que es citado también en la sentencia *Dior/Assco*, es un test de derecho comunitario o de derecho internacional. En otras palabras, si tal test indica cuándo el acuerdo internacional exige que los tribunales internos protejan derechos de los particulares o si es un test propiamente comunitario para detectar las disposiciones con respecto a las que no se considera necesario que se adopten medidas de desarrollo, y pueden ser ya aplicadas por los tribunales nacionales. El contexto en que se cita en la sentencia *Dior/Assco* y otras sentencia, y el hecho que se añada la coletilla que tal invocación se efectúa «en virtud del derecho comunitario», parece presuponer que se trata de un test de derecho comunitario, pero no se puede excluir que, en otros contextos, el

3.4. Trazadas estas categorías conceptuales, procede analizar ahora los criterios que gobiernan en derecho comunitario la operatividad de los acuerdos OMC. Aunque la sentencia *Portugal/Consejo* parece haber querido reforzar la motivación para negar la obligación de abstenerse de aplicar normas comunitarias incompatibles con los acuerdos OMC, utilizando argumentos avanzados por la doctrina³⁶, el TJCE no intenta realmente recurrir a la reciprocidad como principio jurídico³⁷, pues reconoce abiertamente que la no aplicación directa por los órganos jurisdiccionales de las otras partes «no constituye, en sí misma y por sí sola, una falta de reciprocidad en la aplicación del acuerdo». En lo que se basa finalmente es en el «desequilibrio» en la aplicación de las normas de la OMC, criterio que algunos podrían considerar de pura oportunidad, pero que también implica una cierta interpretación jurídica del orden constitucional comunitario en su conjunto. Además, el hecho de que ninguna otra parte contratante «de las que importan» haya reconocido el efecto directo de las normas OMC manifiesta la concepción que de tales normas tienen las partes en el acuerdo³⁸.

Hay que reconocer que los acuerdos OMC no son fundamentalmente muy diferentes en su estructura a otros acuerdos internacionales con respecto a los que el TJCE no ha tenido dudas en afirmar su efecto directo. Pero las diferencias, aunque sólo sea una cuestión de grado y no de blanco y negro, existen y se manifiestan a diversos niveles. Por un lado, como se señala en el apartado 42 de la sentencia *Portugal/Consejo*, los acuerdos OMC se distinguen tanto de acuerdos bilaterales que tienen como objetivo «relaciones especiales de integración» o como de los acuerdos cuyo fin es precisamente la ayuda al desarrollo a través de una asimetría en las obligaciones. Como apunta acertadamente Berkey, el peso de la Comunidad en tales acuerdos es lo suficientemente importante como para que

TJCE lo haya utilizado en la inteligencia de que el test servía para determinar si el acuerdo en cuestión debía ser interpretado en el sentido que exigía su aplicación por los tribunales internos.

³⁶ Vid. en particular, MONTAÑA MORA, «Equilibrium: A Rediscovered Basis for the Court of Justice of the European Communities to refuse direct effect to the Uruguay Round Agreements?», 30 *JWT* 43 (1996-5) y BERKEY, «The European Court of Justice and direct effect for the GATT: a question worth revisiting», *EJIL* 4 (1998) p. 626.

³⁷ Como intentaba el AG Tesouro en sus conclusiones en el asunto *Hermès*, apartado 34.

³⁸ BERKEY, cit., sección 3.1.

importe poco el efecto interno que las otras partes den al acuerdo³⁹. Esto no significa que los acuerdos multilaterales no deban de tener eficacia judicial alguna en el ordenamiento comunitario. La singularidad que parece percibir el TJCE en los acuerdos OMC con respecto a otras normas multilaterales es que existe un proceso de negociación continua de concesiones recíprocas. El TJCE no parece considerar que hacer valer las normas internacionales sobre la suspensión de acuerdos internacionales (*Racke*) o sobre la limitación extra-territorial de la aplicación del derecho de la competencia (sentencia «pasta de madera») redunde en el beneficio de un tercer Estado, por tener tales normas un valor más «absoluto». Sea como fuere, el TJCE acepta la clara opción jurídica (en derecho comunitario) de que las instituciones comunitarias incumplan las normas OMC (lo que llamaremos el «incumplimiento negociable»)⁴⁰.

Por cierto, en tanto que la eficacia de las disposiciones del acuerdo OMC en el ordenamiento comunitario es esencialmente un problema de derecho comunitario y no de derecho internacional no creemos que declaraciones como las contenidas en la decisión de conclusión de los acuerdos de la Ronda Uruguay, en la que el Consejo expresaba su opinión de que tales acuerdos no podían ser directamente invocados ante los tribunales comunitarios y nacional, estén desprovistas de todo valor. La negación de todo efecto a las mismas proviene con frecuencia de una confusión conceptual entre la aplicabilidad exigida por el acuerdo internacional y la que deriva del propio derecho interno, en nuestro caso el derecho comunitario⁴¹.

3.5. En lo que concierne, en particular, a los criterios para negar el efecto directo de una norma, entendido como la creación, en virtud del derecho comunitario, de derechos que los particulares pueden invocar ante los tribunales nacionales, se puede uno preguntar si los apartados 42 a 46 de la sentencia *Portugal/Consejo* son trasladables sin matices. En estos apartados el TJCE concluye que «admitir que incumbe directamente al Juez comunitario la tarea de garantizar la conformidad del derecho comunitario con las mencionadas normas equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la Comunidad del margen de maniobra del que dis-

³⁹ *Ibid.*, sección 2.1.

⁴⁰ GRILLER, cit., pp. 460-461.

⁴¹ Vid. por ejemplo, apartado 20 de las conclusiones del AG Saggio en el asunto C-149/96. Sobre el valor de esta declaración y su relación con la normatividad del acto de conclusión, vid., ESPÓSITO, cit. pp. 95-98.

frutan los órganos similares de los terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad», lo que refleja una cierta «deferencia» al poder político que, si tiene una cierta base tratándose de las instituciones comunitarias, en tanto que son ellas quienes dirigen la política comercial, parece fuera de lugar de tratarse de la aplicación por tribunales nacionales en casos de conflicto con una norma nacional. Teniendo en cuenta que, al respetar los acuerdos internacionales, los Estados miembros cumplen con una obligación estrictamente comunitaria, no se ve muy bien por qué los Estados miembros deben de gozar de un «margen de maniobra» para incumplir con las normas de la OMC. Creemos que sólo las instituciones comunitarias deben tener en su mano la posibilidad de un «incumplimiento negociable».

Esta idea de que las instituciones comunitarias tienen responsabilidades en materia de orientación de las políticas comunitarias es la que aparentemente fundamenta la a veces criticada circunstancia de que la Comisión pueda presentar un recurso por incumplimiento contra un Estado por infracción de las mismas disposiciones que el Estado no puede invocar en el marco de un recurso de anulación⁴². Si se analiza el contenido de las disposiciones la diferencia parece inexplicable, pero si se considera que son las instituciones comunitarias quienes son responsables de la política comercial y quienes, en último caso, pueden decidir sobre si una determinada disposición «se respeta o no» o si ha lugar a un «incumplimiento negociable» hay que reconocer que la jurisprudencia del TJCE recobra una cierta lógica. De no poder perseguir incumplimientos de los acuerdos OMC por los Estados miembros, teniendo en cuenta la ausencia de efecto directo de tales acuerdos, la Comisión no dispondría de los medios necesarios para asegurar la uniformidad de la política comercial.

4. CONCLUSIONES

Una lectura de conjunto de la sentencia *Dior/Assco* pone de manifiesto que la competencia interpretativa que el TJCE reconoce es la relativa al alcance de los conceptos que recoge el artículo 50 del ADPIC, y no incluye el problema del efecto directo en tanto que manifestación de la manera en que cada ordenamiento decide observar el acuerdo internacio-

⁴² Sentencia de 10 de septiembre de 1996, *Comisión/Alemania* (C-61/94, Rec. p. I-3989).

nal y del alcance del poder del juez interno en punto a garantizar tal observancia.

La limitada eficacia a nivel judicial de los acuerdos OMC resulta de una determinada lectura del orden constitucional comunitario, tanto en lo que se refiere al nivel de distribución horizontal de respectivas competencias entre órganos judiciales y políticos, como en el nivel vertical, entre Comunidad y Estados miembros. A este respecto, el que los Estados miembros no puedan impugnar actos comunitarios basándose en las normas OMC es desde luego dogmáticamente aceptable si se tiene únicamente en cuenta el reparto de poderes en materia de política comercial, pero resulta mucho más discutible que los Estados miembros se vean imposibilitados para asegurarse de que las instituciones comunitarias cumplen con el acuerdo en lo que a éstas compete en supuestos de acuerdos mixtos, es decir, cuando son también parte del acuerdo internacional y, como vimos, son probablemente internacionalmente responsables de su cumplimiento de no existir una declaración de competencia⁴³.

Pero hay un problema añadido. Si la norma de control en el marco del control del acto comunitario se concibe más ampliamente que la norma directamente eficaz ante los tribunales nacionales, los actos comunitarios serán más fácilmente «controlables» que los actos de los Estados miembros. Además, hasta ahora las «excepciones» que constituyen las sentencias *Nakajima* y *Fediol* han sido únicamente aplicadas para evaluar la legalidad de actos comunitarios, y aunque su aplicabilidad por los jueces nacionales no debe ser en absoluto excluida, tampoco parece obvia, pues esto supondría aceptar que los jueces nacionales controlen actos nacionales en relación con normas que no confieren derechos a los particulares. Ciertamente se trata de un problema general del derecho comunitario y la solución a esta diferencia de trato habrá de encontrarse en la relativización ya cada día más patente de la concepción según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden aplicar normas comunitarias que confieren derechos a los particulares⁴⁴, y en la puerta que siempre debe quedar abierta a la presentación de recursos por incumplimiento.

⁴³ En este sentido, el argumento de la «cross-retaliation» utilizado por la Comisión para fundamentar que el TJCE vigile que los Estados miembros cumplan con sus compromisos en virtud de los acuerdos OMC, es un arma de doble filo, pues debería conducir, lógicamente, a que el TJCE vigile también que las instituciones cumplen con su parte. Lo contrario sería ignorar que el deber de cooperación consagrado en el dictamen 1/94 compete a las dos partes, Comunidad y Estados.

⁴⁴ PRECHAL, «Does direct effect still matter?», *CMLRev* 37 (2000), p. 1047.

La impresión general de esta jurisprudencia es que, a través de ella, se ha configurado un sistema casi idéntico al que prevalece en los Estados Unidos, éste último creado por la Ley de la Ronda Uruguay de 1994⁴⁵. Con esta ley el Congreso de Estados Unidos negó la posibilidad de que los tribunales decidan acerca de la aplicabilidad directa de los Acuerdos OMC, pues tales acuerdos no son susceptibles de ser utilizados para impugnar ninguna acción u omisión de los Estados Unidos, ni de ninguna de sus subdivisiones políticas, y sólo el gobierno federal de los Estados Unidos (o, en nuestro caso, la Comisión) puede actuar o defenderse sobre la base de los Acuerdos de la Ronda Uruguay (en nuestro caso, a través del recurso por incumplimiento). Ahora bien, al igual que en los Estados Unidos (con la «section 301»), los particulares pueden, en virtud de un acto de derecho comunitario derivado (el reglamento sobre barreras comerciales)⁴⁶, presentar denuncias sobre incumplimientos de las normas OMC por terceros Estados y, en su caso, hacer valer los acuerdos OMC ante el TJCE⁴⁷, pero se ven imposibilitados a hacer lo mismo con respecto a los incumplimientos de sus propias instituciones. Sin duda las similitudes transatlánticas no son casuales.

⁴⁵ Section 102, URAA, 19 USC s. 3512.

⁴⁶ Reglamento (CE) 3286/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DO 1994, L 349, p. 71).

⁴⁷ *Fediol/Comisión* (70/87, Rec. 1989, p. 1781).