

EL EFECTO DIRECTO DE LOS ACUERDOS OMC:
LA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999
(*PORTUGAL C. CONSEJO*, C-149/96)
O LA OBSTINACIÓN DEL TJCE

Por ALICIA CEBADA ROMERO

I. ANTECEDENTES: LA POSTURA DEL TJCE RESPECTO AL
EFECTO DIRECTO DEL GATT 47

Desde la Sentencia recaída en el asunto *International Fruit Company III* el TJCE negó la aplicabilidad directa de las disposiciones del GATT 47 basándose en un análisis general de los objetivos, esquema general y términos del mismo y, sin necesidad, por tanto, de entrar a estudiar la disposición concreta invocada con objeto de verificar su justiciabilidad¹. El TJCE reconocía que el GATT 47 vinculaba a la Comunidad pero, simultáneamente, condicionaba al efecto directo de sus disposiciones la posibilidad de utilizarlas para contrastar la legalidad de los actos de las Instituciones comunitarias². Para fundamentar su negativa a reconocer efecto directo al GATT 47, el TJCE utilizó dos argumentos: la flexibilidad del Acuerdo General y el hecho de que éste se había construido sobre los principios de reciprocidad y de ventajas mutuas³.

Según el concepto de efecto directo manejado por el TJCE, éste se

* TJCE. Sentencia de 23 de noviembre de 1999, as. C-149/96, no publicada (el texto de las sentencias no publicadas se ha obtenido de la base de datos *on-line* del TJCE en el siguiente sitio de Internet: <http://www.europa.eu.int/cj/es/jurisp/index.htm>).

** Becaría F.P.I del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ TJCE. Sentencia de 12 de diciembre de 1972, as. 21 a 24/72, *International Fruit company*, Rec. p. 1227, párrafo 21.

² Sentencia *International Fruit Company*, cit., pp. 1226-1227, párrafos 8 y 10-18.

³ Sentencia *International Fruit Company*, cit., p. 1227, párrafos 20-21.

podría entender como la condición requerida para que una disposición de un acuerdo internacional pueda ser invocada por un Estado o por un particular en el marco de un recurso de anulación (artículo 230 del Tratado CE)⁴, o para que pueda ser alegada por un particular ante los órganos jurisdiccionales nacionales⁵ con objeto de impugnar un acto comunitario o estatal o para que pueda ser invocada en el marco de una excepción de ilegalidad (artículo 241 del Tratado CE). En estos casos sólo se puede prescindir del efecto directo cuando la norma se invoque como parámetro interpretativo⁶ o en los supuestos análogos a los resueltos por las sentencias *Fediol* y *Nakajima*⁷, es decir, cuando la norma comunitaria impugnada se remite expresamente a la disposición internacional invocada o cuando se ha elaborado con objeto de cumplir una obligación concreta asumida en el marco del acuerdo internacional de que se trate⁸.

De acuerdo con la concepción de efecto directo manejada por el TJCE, éste se concibe, por tanto, como una condición para que opere el principio de prevalencia de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre el Derecho comunitario derivado⁹. También se condiciona

⁴ TJCE. Sentencia de 5 de octubre de 1994, as. C-280/93, *Alemania c. Consejo*, Rec. p. I-4973; sentencia de 9 de noviembre de 1995, as. C-466/93, Rec. p. I-3799.

⁵ TJCE. Sentencia de 12 de diciembre de 1972, as. 21 a 21/72, *International Fruit Company*, Rec. p. 1219; sentencia de 24 de octubre de 1973, as. 9/73, *Schlüter*, Rec. p. 1135; sentencia de 1983, as. 266/81, *Siot*, Rec. p. 776.

⁶ TJCE. Sentencia de 19 de noviembre de 1975, *Nederlandse Spoorwegen*, as. 38/75, Rec. p. 1439; sentencia de 5 de mayo de 1981, as. 112/80, *Dürbeck*, Rec. p. 1095.

⁷ TJCE. Sentencia de 22 de junio de 1989, as. 70/87, *Fediol*, Rec. p. 1825; sentencia de 7 de mayo de 1991, C-69/89, *Nakajima*, Rec. p. I-2177.

⁸ En la doctrina no existe una posición unánime sobre el contenido que se debe dar a los conceptos de aplicabilidad directa, efecto directo y aplicabilidad inmediata. Esta confusión ya fue denunciada por WINTER, «Direct applicability and direct effect, two distinct and different concepts in Community law», en *CMLR*, 1972, vol. 9, p. 425. Vid. también: MILLÁN MORO, «Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *RIE*, vol. 11, n.º 1, 1984, pp. 475-474; MANGAS MARTÍN, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 78. En el marco de este trabajo, se utilizarán los términos efecto directo y aplicabilidad directa como equivalentes. Con el término «aplicabilidad inmediata» se aludirá a la incorporación automática de los acuerdos internacionales al ordenamiento jurídico comunitario. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, 3.ª ed., Barcelona: Ariel, 1995, pp. 184 y ss.

⁹ BOULOUIS, «Le droit des Communautés Européennes dans ses rapports avec le droit international general», en *RCADI*, 1992-IV, p. 77. Sobre el principio de pri-

la operatividad de este principio en su aplicación al Derecho estatal, cuando la incompatibilidad es puesta de manifiesto por un particular ante los órganos jurisdiccionales nacionales. De esta manera la primera dimensión del principio consagrado en el artículo 300.7 del Tratado CE (antiguo 228.7)¹⁰ queda reducida a papel mojado pues no existe ningún mecanismo en el ordenamiento jurídico comunitario que garantice su operatividad. En cambio, la prevalencia de los acuerdos internacionales celebrados por la CE sobre el Derecho estatal sí queda de alguna manera garantizada a través de la posibilidad reconocida a la Comisión europea de interponer un recurso de incumplimiento contra cualquier actuación estatal que vulnere lo dispuesto en un acuerdo internacional celebrado por la Comunidad¹¹.

La sentencia *Racke*, no relacionada con el GATT, pone de manifiesto las fallas de esta doctrina acerca del efecto directo¹². En esta sentencia, el TJCE admitió la invocación de una norma de Derecho internacional general (regla *rebus sic stantibus*) ante un órgano jurisdiccional alemán con objeto de impugnar la validez de un Reglamento comunitario sin que, en este caso, se exigiera el efecto directo de la norma invocada. El TJCE se basó en que el particular no derivaba sus derechos de la norma de Derecho internacional general sino del acuerdo internacional suspendido

macía del Derecho internacional sobre el Derecho comunitario derivado y el Derecho interno de los Estados miembros, vid.: DíEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, Madrid: McGraw Hill, 1998, pp. 131 y ss.

¹⁰ Sobre el principio de primacía de los acuerdos internacionales sobre el Derecho comunitario derivado, vid.: CHUECA SANCHO, «La aplicación de los acuerdos internacionales en el orden jurídico comunitario», en MARIÑO (ed.), «Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional», Madrid: BOE; Universidad Carlos III, 1998, pp. 302-309.

¹¹ Sentencia de 10 de septiembre de 1996, as. C-61/94, *Comisión c. Alemania*, Rec. p. I-3989.

¹² TJCE. Sentencia de 16 de junio de 1998, as. C-126/96, *Racke*, Rec. pp. I-3688-3709; vid. también las conclusiones presentadas por el Abogado General, sr. Jacobs, el 4 de diciembre de 1997, Rec. 1998, pp. I-3659 y ss. En el asunto *Racke*, un órgano jurisdiccional alemán planteaba al TJCE dos cuestiones prejudiciales sobre la validez del Reglamento (CEE) n.º 3300/91 del Consejo, de 11 de noviembre de 1991, por el que se suspendían las concesiones comerciales establecidas por el Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República de Yugoslavia. En concreto, se planteaba si la suspensión unilateral decretada por la Comunidad cumplía las condiciones previstas en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969, en relación con la aplicabilidad de la circunstancia *rebus sic stantibus* como causa de terminación o suspensión de tratados.

mediante el Reglamento impugnado¹³. En primer lugar, el Tribunal de Justicia declaró que las normas de Derecho consuetudinario internacional formaban parte del ordenamiento jurídico comunitario y vinculaban a las Instituciones de la Comunidad. El TJCE había venido manteniendo que el efecto directo de la norma era una condición para que ésta pudiese ser invocada ante los órganos jurisdiccionales nacionales, con objeto de cuestionar la validez de un acto comunitario o estatal. En aplicación de este modelo habría sido lógico que el TJCE comprobase el efecto directo de la norma consuetudinaria internacional cuyo incumplimiento se alegaba para impugnar un Reglamento comunitario¹⁴. Sin embargo, el TJCE declaró que «(...) en el caso de autos, el justiciable impugna, con carácter incidental, la validez de un Reglamento comunitario con respecto a dichas normas para invocar derechos que él basa directamente en un Acuerdo de la Comunidad con un país tercero. El presente asunto no versa, por tanto, sobre el efecto directo de las citadas normas» (párrafo 47). Es decir, el TJCE consideró que puesto que los derechos del particular se derivaban del artículo 22 del acuerdo de cooperación con Yugoslavia, no debía proceder al análisis del efecto directo de la norma consuetudinaria internacional alegada. El TJCE realizó por tanto un control sobre el posible efecto directo del artículo 22 del acuerdo, pero no sobre el efecto directo de la regla *rebus sic stantibus*¹⁵.

En el caso *Racke* se dejaba, pues, constancia de las dos funciones que puede desempeñar la norma internacional invocada: parámetro de validez del Derecho comunitario o estatal y fuente de derechos. Cuando la norma invocada realice sólo la primera función, el efecto directo no debería ser un requisito. Sí debe serlo cuando desempeñe la segunda.

Ciertamente esta no es la única interpretación que se puede realizar de la sentencia *Racke*, pues en su razonamiento el TJCE hizo también alusión a su sentencia en el asunto *Nakajima*¹⁶, considerando a éste como

¹³ *Ibidem*, Rec. pp. I-3704-3705, párrafos 45-47.

¹⁴ El mismo Abogado General, Sr. Jacobs, le da este enfoque al asunto. Vid.: conclusiones, cit., párrafos 82-86.

¹⁵ La aplicabilidad directa es una cuestión que no se plantea exclusivamente en relación con las disposiciones de los acuerdos internacionales, sino también respecto a cualquier fuente de Derecho internacional público, como la costumbre o las resoluciones de las Organizaciones Internacionales. VERHOEVEN, «La notion d'applicabilité direct du Droit International», en *RBDI*, 1980, 15, p. 244.

¹⁶ TJCE. Sentencia de 7 de mayo de 1991, as. C-69/89, *Nakajima*, Rec. P. I-2170-2203. Sobre esta sentencia, vid.: GONZÁLEZ ALONSO, «Nuevos desarrollos en la aplicación del GATT», en *RIE*, 1992, n.º I, vol. 19, pp. 195-210.

un caso paralelo con respecto a normas de base de carácter convencional. Con esta referencia, no quedaba claro si había pesado más en el ánimo del TJCE la circunstancia de que los derechos invocados por el particular se basaban en el Acuerdo de cooperación y no en la norma consuetudinaria internacional o la circunstancia de que el Reglamento impugnado había sido adoptado en aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, idea esta última que encontraría su fundamento en la sentencia *Nakajima*¹⁷. Parece, sin embargo, que el TJCE otorgó mayor relieve a la segunda circunstancia mencionada: «(...) cuando un justiciable invoca ante los Tribunales de derechos que él basa directamente en un Acuerdo con un país tercero, no puede negársele la facultad de impugnar la validez de un Reglamento que, al suspender las concesiones comerciales otorgadas por dicho Acuerdo, le impide alegarlas, e invocar, para impugnar su validez, las obligaciones derivadas de las normas del Derecho consuetudinario internacional que regulen el cese y la suspensión de las relaciones convencionales» (párrafo 51).

En cualquier caso, al no haber una mención expresa en el Reglamento controvertido al artículo 62 de la Convención de Viena¹⁸, el alcance de la jurisprudencia *Nakajima* resultaría ampliado en el sentido de que se daría por sentado que cualquier actuación comunitaria que entrase dentro del ámbito de aplicación de la norma de Derecho internacional debería tener en cuenta el contenido de esta última y adecuarse a él. Además, la sentencia *Racke* constituye un ejemplo de la posibilidad de invocar una norma internacional, en el marco del artículo 177 del Tratado CE (actual 234), como parámetro de validez de una disposición comunitaria sin que la aplicabilidad directa de la norma invocada sea un requisito.

Pues bien, esta distinción que el TJCE realiza en la sentencia *Racke* no existe en la jurisprudencia relativa al efecto directo de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad y, más en concreto, en la jurisprudencia relativa al GATT 47.

En primer lugar, como se ha dicho, el TJCE admite la posibilidad de que la Comisión alegue una norma del GATT 47 para poner de relieve el incumplimiento de un Estado en el marco del artículo 226 del Tratado CE¹⁹.

¹⁷ TJCE. Sentencia de 16 de junio de 1998, as. C-126/96, *Racke*, Rec. p. I-3705, párrafo 48.

¹⁸ Ver texto del Reglamento en DOCE L 315 de 15 de noviembre de 1991, pp. 1 y ss.

¹⁹ TJCE. Sentencia de 10 de septiembre de 1996, as. C-61/94, *Comisión c. Alemania*, Rec. p. I-3989.

Sin embargo no se ha admitido, basándose en la carencia de efecto directo del GATT 47, que una norma del Acuerdo General pueda ser utilizada por los Estados o los particulares en el marco de un recurso de anulación o de una excepción de ilegalidad. Esta fue la posición del TJCE en el conocido como *caso bananas*²⁰. Este orden de cosas no tiene sentido²¹. En el contexto de un recurso de este tipo se está contrastando la compatibilidad de un acto comunitario con el Acuerdo General con objeto de verificar la validez del primero. La norma invocada no actúa como fuente de derechos, sino como parámetro de validez por lo que aplicando el esquema empleado por el TJCE en la sentencia *Racke*, no se entiende por qué en este caso se subordina la aplicación del principio consagrado en el artículo 300.7 del Tratado CE al efecto directo de la disposición invocada²². Ni siquiera cuando el recurso previsto en el artículo 230 sea utilizado por los particulares se debería exigir el requisito del efecto directo²³. El artículo 230 consagra un sistema objetivo de control jurídico de la legalidad de los actos de las Instituciones comunitarias y la realización de tal control no debería estar subordinada a la aplicabilidad directa de la norma cuya violación se alega²⁴.

²⁰ TJCE. Sentencia de 5 de octubre de 1994, as. C-280/93, *Alemania c. Consejo*, Rec. p. I-4973 y ss.

²¹ EVERLING, «Will Europe slip on bananas? The bananas judgment of the Court of Justice and national courts», en *CMLR*, 33, 1996, pp. 401-437; REMIRO BROTONS, «Pelagattos y aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», en *GJ* 1996, 26, pp. 55-63; HAHN y SCHUSTER, «Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté: L'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union Européenne», en *RGDIP*, 95/2, pp. 367-384; CASTILLO DE LA TORRE, «Los efectos del GATT en Derecho Comunitario: consecuencias de la sentencia relativa al régimen de importación del plátano para la aplicación de los acuerdos de la Ronda Uruguay en Derecho comunitario», en *Gaceta Jurídica*, Boletín 101, Abril 1995, pp. 13-25.

²² Críticos con la postura del TJCE se muestran, entre otros, SCHERMERS, «Community law and international law», en *CMLR*, vol. 12, 1975, pp. 85-86; GARCÍA LÓPEZ, «Derecho económico internacional y relaciones privadas: la interdependencia funcional del régimen GATT y el ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de normas de intervención comercial, con particular referencia al derecho antidumping», en *REDI*, 1999-2, pp. 458-459.

²³ MARESCAU, *The GATT in the case-law of the European Court of Justice*, en HILF, JACOBS y PETERSMANN (eds.), *The European Community and GATT*, Deventer: Kluwer, 1986, pp. 115-116

²⁴ TESAURO, «Rapporti tra la Comunità Europea e l'OMC», en *Rivista di Diritto Europeo*, 1997, n.º 3, pp. 369-400.

En lo que se refiere a la invocabilidad de una norma GATT 47 por un particular ante los órganos jurisdiccionales nacionales, con objeto de denunciar la invalidez de un acto de las Instituciones o del propio Estado, tampoco se admite por el TJCE con la excusa de la inaplicabilidad directa de sus disposiciones. En estos casos es, a veces, difícil distinguir las dos funciones de la norma invocada, pues ésta puede actuar al mismo tiempo como parámetro de validez y como suministradora de derechos. No obstante, la distinción debería ser hecha. Incluso hay supuestos en que la norma desempeña sólo la primera función y su utilización debería permitirse, independientemente de su inaplicabilidad directa²⁵. No olvidemos que el asunto *Racke* se planteó al TJCE en el marco de una cuestión prejudicial.

II. LA POSICIÓN DEL TJCE EN RELACIÓN CON EL EFECTO DIRECTO DE LOS ACUERDOS OMC: LA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999

Tras la creación de la OMC buena parte de la doctrina había abogado por el reconocimiento de efecto directo a los nuevos Acuerdos. Los cambios que éstos comportaban respecto al viejo GATT podían haber amparado un viraje jurisprudencial. Hasta la sentencia, objeto de este comentario, el TJCE había eludido pronunciarse sobre el efecto directo de los Acuerdos OMC, lo que había llevado a concebir ciertas esperanzas de que modificase la postura mantenida respecto al GATT 47²⁶. Estas esperanzas, sin embargo, no tardarían en verse defraudadas.

El pronunciamiento del TJCE acerca de la aplicabilidad directa de los Acuerdos OMC ha llegado con la sentencia recaída en el asunto C-149/

²⁵ No obstante la naturaleza de la función que cumpla la norma invocada dependerá del tipo de recurso en que la invocación se realiza y de las pretensiones de la parte demandante. Las soluciones variarán de Estado a Estado por lo que se podría poner en peligro la uniformidad en la aplicación del acuerdo, por lo que —en el caso de invocación de la norma ante los órganos jurisdiccionales nacionales— estaría, de alguna manera, justificada la exigencia de efecto directo.

²⁶ TJCE. Sentencia de 17 de julio de 1997, as. C-183/95, *Affish*, Rec. pp. I-4363-4381, párrafo 16, p. I-4368; sentencia de 10 de junio de 1998, as. C-53/96, *Hermès*, Rec. pp. I-3603-3654; sentencia de 10 de marzo de 1998, as. C-364 y 365/95, *Port III*, Rec. 1998 p. I-1037 y ss.; sentencia de 11 de marzo de 1999, C-100/96, *Agrochemical Association*, no publicada, párrafos 43-46. De igual modo ha actuado el TPI: sentencia de 25 de junio de 1998, as. T-120/96, *Lilly Industries*, Rec. p. II-2571.

96 y dictada por el TJCE el 23 de noviembre de 1999. Se trata de un recurso de anulación planteado por Portugal contra la decisión del Consejo de 26 de febrero de 1996, 96/386/CE, por la que se concluyeron sendos acuerdos con Pakistán y la India sobre el acceso al mercado de productos textiles. Era un caso de control a posteriori de dos acuerdos internacionales celebrados por la CE, en el que se suscitaba la cuestión de si las disposiciones de un acuerdo internacional, con independencia de su efecto directo, podían servir para impugnar la validez de un acto comunitario, en este caso una Decisión, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 173 (actual 230). Es decir, se trataba de un asunto que guardaba claras concomitancias con el *caso bananas*²⁷.

En el asunto C-149/96 son particularmente interesantes las Conclusiones del Abogado General, Sr. Saggio, presentadas el 25 de febrero de 1999, en las que hace una crítica muy fuerte de la posición del TJCE acerca de la necesidad de que la disposición de un acuerdo internacional sea aplicable directamente para que pueda ser utilizada con objeto de contrastar la validez de los actos de las Instituciones comunitarias²⁸. Pocas veces un Abogado General ha expresado con tanta claridad sus críticas a una posición del TJCE.

Lo cierto es que el TJCE ha hecho, en su sentencia, caso omiso de las observaciones del Abogado General y de los argumentos del Gobierno portugués que también había defendido que la aplicabilidad directa de las normas OMC no debía ser un requisito para que éstas se pudiesen erigir en parámetro de validez de los actos comunitarios²⁹. El TJCE, a pesar del rechazo que había provocado su pronunciamiento en el *caso bananas*³⁰, mantuvo su posición.

El TJCE empieza reconociendo que «(...) los Acuerdos OMC comportan notables diferencias en relación con las disposiciones del GATT de 1947, principalmente debido al refuerzo del régimen de salvaguardia y al mecanismo de solución de controversias...»³¹. Es un comienzo esperanzador

²⁷ TJCE. Sentencia de 5 de octubre de 1994, as. C-280/93, *Alemania c. Consejo*, Rec. p. I-4973 y ss. Vid. *supra* p. 5.

²⁸ Conclusiones presentadas el 25 de febrero de 1999, en el asunto C-149/96, párrafo 18. La misma postura se puede encontrar en TESAURO, *Rapporti tra la Comunità... op. cit.*, pp. 369-400.

²⁹ En el *caso bananas* Alemania había defendido esta misma idea (Sentencia de 5 de octubre de 1994, as. C-280/93, cit., Rec. p. I-5071, párrafo 103).

³⁰ *Vid.: supra*.

³¹ Párrafo 36.

para aquellos que abogaban por el reconocimiento de aplicabilidad directa a las normas OMC. Sin embargo, el TJCE aclara sin solución de continuidad que «no es menos cierto que el sistema resultante de dichos Acuerdos reserva un importante papel a la negociación entre las Partes»³². La flexibilidad del GATT 47 había sido uno de los argumentos utilizados por el TJCE para negar el efecto directo de sus disposiciones. Desde la óptica del TJCE, el mecanismo de salvaguardias y el de solución de controversias constituían paradigmas de esa flexibilidad³³. Ahora, enfrentado al sistema OMC, el TJCE reconoce, por un lado, que la flexibilidad se ha visto reducida, pero no lo suficiente. Ya no se habla del régimen de salvaguardias como ejemplo de esa flexibilidad, sino del mecanismo OMC de solución de controversias que es analizado someramente por el TJCE para concluir que « (...) los Acuerdos OMC (...) no determinan los procedimientos jurídicos adecuados para garantizar su ejecución de buena fe en los ordenamientos jurídicos internos de las referidas Partes contratantes»³⁴.

Después de denunciar la flexibilidad del mecanismo de resolución de controversias, el TJCE hace referencia a que los Acuerdos OMC están basados en «el principio de negociaciones llevadas a cabo ‘sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas’»³⁵. A continuación se remite a su sentencia en el asunto *Kupferberg* para reiterar que el reconocimiento unilateral de efecto directo no estaba reñido, por sí solo, con el principio de reciprocidad en la aplicación del acuerdo³⁶. Pero, a continuación, añade que «(n)o obstante, la falta de reciprocidad a este respecto, por parte de terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad, en relación con los Acuerdos OMC, que se basan en el principio de ‘reciprocidad y mutuas ventajas’ y que se distinguen, por ello, de los Acuerdos celebrados por la Comunidad mencionados en el apartado 42 de la presente sentencia, entrañan el riesgo de que se produzca un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC. En efecto, admitir que incumbe directamente al Juez comunitario la tarea de garantizar la conformidad del Derecho comunitario con las mencionadas normas equivaldría a privar

³² *Ibidem*.

³³ Vid.: sentencia de 12 de diciembre de 1971, as. 21 a 24/72, *International Fruit company*, Rec. p. 1227, párrafo 21; sentencia de 24 de octubre de 1973, as. 9/73, *Schlüter*, Rec. p. 1157, párrafo 29.

³⁴ Párrafo 41.

³⁵ Párrafo 42.

³⁶ Párrafo 44.

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»³⁷.

Basándose en la flexibilidad y en la necesidad de respetar la reciprocidad y el equilibrio en la aplicación de las normas de la OMC, el TJCE concluye que «(...) los Acuerdos OMC no se incluyen, en principio, entre las normas con respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las Instituciones comunitarias»³⁸. El TJCE, por tanto, no se ha movido un ápice de la posición que ocupaba respecto al GATT 47. La única alternativa que el TJCE ofrece a la inaplicabilidad directa de las normas OMC es su jurisprudencia *Fediol* y *Nakajima*³⁹.

Pues bien, todas las críticas que se han vertido en relación con la posición del TJCE en el *caso bananas*, pueden ser transplantadas aquí en su integridad⁴⁰. Los Acuerdos OMC vinculan a la Comunidad no sólo desde la perspectiva jurídico-internacional, sino también desde la perspectiva jurídico comunitaria (artículo 300.7 del Tratado CE). Con este pronunciamiento del TJCE, la subordinación de las Instituciones comunitarias a estos Acuerdos queda convertida, desde la óptica comunitaria, en una quimera y el artículo 300.7 del Tratado CE se ve jurisprudencialmente modificado ya que sólo es operativo, con respecto a la parte referida a las Instituciones comunitarias, en los supuestos de acuerdos internacionales directamente aplicables. No existe ningún mecanismo en el ordenamiento jurídico comunitario para exigir a las Instituciones el cumplimiento de las disposiciones de los acuerdos internacionales carentes de efecto directo. La única posibilidad sería utilizar el mecanismo de resolución de diferencias previsto en el propio acuerdo, pero —tratándose de una disposición encuadrada en una competencia comunitaria—, la actuación de un Estado comunitario contra la Comunidad sería, además de políticamente inimaginable, un incumplimiento desde la perspectiva del Derecho comunitario⁴¹.

³⁷ Párrafos 45 y 46.

³⁸ Párrafo 47.

³⁹ Párrafo 49.

⁴⁰ Vid.: EVERLING, *Will Europe slip... op. cit.*; REMIRO BROTONS, *Pelagattos y aristogattos... op. cit.*; CASTILLO DE LA TORRE, *Los efectos del GATT... op. cit.*; SCHERMERS, *Community Law... op. cit.*, pp. 85-85; GARCÍA LÓPEZ, *Derecho económico internacional... op. cit.*, pp. 458-459.

⁴¹ PETERSMANN, «Application of GATT by the Court of Justice of the European Communities», en *CMLR*, 1983, n.º 20, p. 403; CASTILLO DE LA TORRE, *Los efectos del GATT... op. cit.*, p. 17.

En el marco de un recurso de anulación no parece lógico hacer un análisis del efecto directo de las disposiciones cuya violación se alega. Debería bastar con establecer que las disposiciones invocadas vinculan a las Instituciones comunitarias.

El TJCE se equivoca cuando se empeña en confundir la aplicabilidad directa de los Acuerdos OMC con su aptitud para servir como criterio de legalidad de los actos de las Instituciones comunitarias.

El asunto planteado ante el TJCE tiene, además, otra dimensión que no ha sido atendida por el órgano jurisdiccional. Mediante el procedimiento previsto en el artículo 173 (actual 230) se impugna una Decisión por la que se celebran dos Memorandos de entendimiento entre la CE y Pakistán e India sobre acuerdos en el sector del acceso a los mercados para los productos textiles. Uno de los motivos de la impugnación es que la Decisión impugnada constituye una violación de determinadas normas y principios fundamentales del GATT de 1994. Se trata, como se ha dicho, de un supuesto de control *a posteriori* de dos acuerdos internacionales en el que no se denuncia la violación del Derecho comunitario originario o de los principios generales del Derecho, sino que se alega el incumplimiento de otro acuerdo internacional. El principio de prevalencia consagrado en el artículo 300.7 del Tratado CE se podría aplicar a la Decisión, pero no a los acuerdos en sentido estricto, pues el precepto citado no regula la relación jerárquica entre acuerdos internacionales. Se suscita, pues, el problema de las relaciones entre acuerdos internacionales. Se puede decir que los acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay están situados, en el ordenamiento jurídico comunitario, por encima de los acuerdos comerciales concluidos por la CE pues en lo concerniente a éstos últimos se especifica que se concluyen en conformidad con el sistema OMC. Mediante este mecanismo, como dice Pazarci, la CE previene las incompatibilidades⁴².

Seguidamente analizaremos la posición del TJCE prestando atención a algunos puntos concretos.

⁴² PAZARCI, «Problèmes d'incompatibilité des accords conclus par la CEE», en *Mélanges offerts à Paul Reuter: Le droit international: unité et diversité*. Paris: Editions Pedone, 1981, p. 395.

2.1. VALOR OTORGADO A LA DECLARACIÓN CONTENIDA
EN EL PREÁMBULO DE LA DECISIÓN POR LA QUE SE CONCLUYERON,
EN NOMBRE DE LA CE, LOS ACUERDOS OMC.

Existía una fuerte polémica doctrinal acerca del valor jurídico que se debía otorgar a esta declaración que reflejaba la posición unánime del Consejo, la Comisión y el Parlamento, contraria al reconocimiento de aplicabilidad directa a los Acuerdos OMC⁴³. La inclusión de la controvertida declaración en la exposición de motivos y no en el texto dispositivo de la Decisión impedía que se le pudiesen otorgar a la misma efectos propiamente vinculantes⁴⁴. Era poco probable que el TJCE hubiese optado por enfrentarse con su decisión a las demás Instituciones comunitarias, lo que, además, le hubiese exigido un viraje en su jurisprudencia. El Tribunal de Justicia se ha limitado a estudiar el sistema y la naturaleza de los Acuerdos OMC para concluir la inaplicabilidad directa de los mismos. La declaración de las demás Instituciones sólo le ha servido de apoyo para tomar una decisión que —en su opinión— sólo a él le correspondía⁴⁵.

⁴³ PETERSMANN, «The transformation of the World Trading system through the 1994 establishing the world trade organization», en *EJIL* 1995, n.º 6, pp. 161-221. GAJA, «Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al GATT 1994 gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?», en *Rivista di diritto internazionale*, 1995, Vol. LXXVIII, fasc. 2, p. 408. MENGOZZI, «Le AGCS: un accord sans importance pour la Communauté européenne?», en *RMUE*, 2/1997, p. 30. Ver también, del mismo autor, «The world trade organization law: an analysis of its first practice», en *Rivista de Diritto europeo*, 1998, n.º 1, Vol. XXXVIII, pp. 32-33.

⁴⁴ Decisión 412/1996, de 25 de junio de 1996 (DOCE L 167, de 6 de julio de 1996, p. 23 y ss.).

⁴⁵ En este sentido se pronuncia el TJCE cuando declara en la sentencia objeto de este comentario que «con arreglo a los principios del Derecho internacional, las Instituciones comunitarias competentes para negociar y concluir un acuerdo con un tercer país, gozan de libertad para concertar con éste los efectos que las disposiciones del acuerdo deben surtir en el ordenamiento jurídico interno de las Partes contratantes. Sólo cuando dicha cuestión no haya sido regulada en el acuerdo, corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes y en especial al Tribunal de Justicia, en el marco de sus competencias con arreglo al Tratado CE, dirimirla, al igual que cualquier otra cuestión de interpretación referida a la aplicación del acuerdo en la Comunidad» (Párrafo 34). Vid. también el párrafo 48. El TJCE está reiterando lo que ya había dicho en la sentencia Kupferberg, de 26 de octubre de 1982, as. 104/81, Rec. p. 3663, párrafo 17.

2.2. ¿HA SOPESADO CONVENIENTEMENTE EL TJCE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL GATT CON OCASIÓN DE LA RONDA URUGUAY?

Los cambios introducidos en el GATT a raíz de las negociaciones de la Ronda Uruguay dieron origen a una duda razonable acerca de la influencia que tales modificaciones tendrían sobre la posición del TJCE en relación con el efecto directo de los Acuerdos OMC. El TJCE se ha servido del análisis global de estos Acuerdos para colegir la inaplicabilidad directa de sus disposiciones, por lo que ha mantenido la misma posición que venía sosteniendo con respecto al GATT 47. Sin embargo, se ha visto obligado a modificar, aunque levemente, los argumentos en los que apoyaba su opinión.

En este sentido, es evidente que la flexibilidad del acuerdo, uno de los argumentos en los que se fundamentaba la posición del TJCE, se ha visto muy reducida. En materia de salvaguardias, se concluyó un nuevo acuerdo que exige una investigación previa a la adopción de medidas. Además se establecen plazos precisos que limitan la vigencia de las medidas de salvaguardia. Por consiguiente, la flexibilidad se reduce en este aspecto⁴⁶. Como ya se ha visto, este hecho es reconocido por el propio TJCE en la sentencia de 23 de noviembre de 1999⁴⁷.

Aparentemente la jurisdiccionalización del procedimiento de resolución de controversias también limita fuertemente la flexibilidad de los Acuerdos OMC⁴⁸. La solución de diferencias aparece regulada en un Entendimiento sobre la materia que figura como Anexo 2 del Acta constitutiva de la Organización Mundial de Comercio⁴⁹. Sin embargo, el TJCE no ad-

⁴⁶ BOURRINET, «L'Accord relatif aux sauvegardes», en FLORY, *et al.*, *La Communauté Européenne et le GATT: Évaluation des accords du cycle d'Uruguay*. Rennes: Éditions Apogée, 1995, pp. 85-93.

⁴⁷ Sentencia de 23 de noviembre de 1999, cit., párrafo 36.

⁴⁸ Sobre la posible influencia de los cambios en la posición del TJCE, vid.: LEE; KENNEDY, «The potential direct effect of GATT 1994 in European Community Law», en *Journal of world trade*, 1996, n.º 1, pp. 78-89; KUILWIJK, *The European Court of Justice and... op. cit.*, pp. 140-152.

⁴⁹ Sobre el nuevo procedimiento de resolución de controversias en el marco de la OMC, vid.: CASTILLO URRUTIA, «La judicialización de la normativa multilateral sobre comercio internacional», en *Noticias de la Unión Europea*, 1995, n.º 129, pp. 39-51; LOWENFELD, «Remedies along with rights: institutional reform in the new GATT», en *AJIL*, July 1994, Vol. 88, n.º 3, pp. 477-488; VERMULST Y DRIESSEN, «An overview of the WTO Dispute Settlement-System and its relationship with the Uruguay Round Agreements», en *JWT*, 1995, vol. 29, n.º 2, pp. 131-161.

mite que los cambios introducidos tengan la suficiente entidad como para justificar un cambio de su posición acerca del efecto directo del GATT⁵⁰. Para llegar a esta conclusión el Tribunal de Justicia realiza un análisis sesgado del mecanismo OMC de solución de diferencias. Por un lado reconoce que el objetivo del citado mecanismo es lograr la eliminación de las medidas incompatibles con las normas de la OMC, pero, por otro, destaca la posibilidad de ofrecer una compensación⁵¹. Acto seguido, admite el carácter provisional de la compensación aunque vuelve a subrayar que si las recomendaciones o decisiones del Órgano de solución de diferencias no se cumplen en un plazo razonable cabe la posibilidad de que las Partes interesadas entablen negociaciones con objeto de encontrar una compensación mutuamente aceptable⁵². El TJCE no hace ninguna referencia a los rasgos del sistema OMC de solución de diferencias que han significado una jurisdiccionalización del mismo. Así, por ejemplo, no menciona la adopción *quasi* automática del informe del pánel por parte del Órgano de solución de diferencias que lo aprueba salvo consenso en contrario.

En conclusión, aunque el resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay es un conjunto de acuerdos internacionales que son menos flexibles que algunos de los que el TJCE ha considerado como directamente aplicables⁵³, lo cierto es que el TJCE se muestra reacio a admitir esa reducción de la flexibilidad, sobre todo, en sede de resolución de controversias. La utilización del argumento de la flexibilidad encarnado en el sistema OMC de solución de diferencias es, cuanto menos, discutible.

⁵⁰ Párrafo 41.

⁵¹ Párrafo 37. El artículo 21 del Entendimiento establece que la parte infractora tiene la obligación de eliminar la infracción en un plazo razonable o, caso contrario, podrá ofrecer compensaciones o sufrir las medidas de retorsión que adopte la parte contraria. Las medidas de retorsión tienen que ser autorizadas por el Órgano de solución de diferencias que la concederá salvo consenso en contrario. El artículo 22.8 destaca el carácter provisional tanto de las compensaciones como de las medidas de retorsión.

⁵² Párrafos 38 y 39.

⁵³ Citan en concreto el Acuerdo de libre comercio con Portugal. LEE; KENNEDY, «The potential direct effect of GATT 1994 in European Community Law», en *Journal of world trade*, 1996, n.º 1, pp. 80-81. En cambio, Timmermans previó correctamente que los cambios introducidos en el sistema de resolución de controversias y la reducción general de la flexibilidad de los acuerdos no tenían la suficiente entidad como para inspirar un cambio de postura del TJCE.

2.3. EL TJCE NO HA TENIDO EN CUENTA LOS ARGUMENTOS DOCTRINALES FAVORABLES AL RECONOCIMIENTO DE EFECTO DIRECTO

El autor que, con mayor ahínco, ha defendido la necesidad de reconocer eficacia directa al GATT, primero, y a los Acuerdos OMC, después, ha sido, quizá, PETERSMANN⁵⁴. Este autor vincula el reconocimiento de efecto directo con la necesidad y conveniencia de cumplir los Acuerdos⁵⁵. En nuestra opinión, sin embargo, el reconocimiento de efecto directo a las disposiciones de los Acuerdos OMC no es la única vía para obtener, al menos, un alto grado de observancia de dichos acuerdos. Se podría alcanzar el mismo resultado con una definición diferente de la noción de aplicabilidad directa. En efecto, si se aplicara el esquema propuesto en este trabajo en relación con el alcance de la eficacia directa, se podría exigir a las Instituciones comunitarias, tanto por los Estados como por los particulares, que actuasen en conformidad con los compromisos asumidos en el ámbito de la OMC o, por lo menos, que no contraviniesen los Acuerdos, sin necesidad de que previamente se reconociese aplicabilidad directa a las disposiciones de éstos.

Petersmann, sin embargo, se centra en la necesidad de admitir la aplicabilidad directa de los Acuerdo OMC, valiéndose de razones diversas. Señala, en primer lugar, que otorgar relevancia, en el marco del GATT, al principio de reciprocidad es incoherente y contradictorio con la postura del TJCE respecto a otros acuerdos internacionales⁵⁶. Por otro lado, re-

⁵⁴ PETERSMANN, *Application of GATT by the Court... op. cit.*, pp. 397-437.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 420 y ss. Ver también PETERSMANN, «The EEC as a GATT member: legal conflicts between GATT law and European Community law», en HILF, JACOBS y PETERSMANN (eds), *The European Community and... op. cit.*, pp. 28 y ss.; PETERSMANN, «Participation of the European Communities in the GATT: International Law and Community Law Aspects», en O'KEEFFE; SCHERMERS (ed.), *Mixed Agreements... op. cit.*, pp. 167-198, especialmente pp. 191 y ss.; PETERSMANN, «Constitutional Principles Governing the EEC's Commercial Policy», en MARESCEAU (ed.), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The legal dimension*. Dordrecht (etc): Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 21-62.

⁵⁶ PETERSMANN, *Application of GATT by ... op. cit.*, pp. 424-429. También desarrolla este argumento, JAN KUIWIJK, «The European Court of Justice and the GATT Dilemma: Public Interest versus Individual Rights», *Critical European Studies Series* - Volume 1. Nexed Editions Academic Publishers, 1996, pp. 126-131.

calca que la denunciada flexibilidad del GATT primero y del sistema OMC, después, no justifica suficientemente el que el TJCE analice la aplicabilidad directa de estos Acuerdos con una perspectiva diferente de aquella que aplica al estudio de otros convenios concluidos por la Comunidad⁵⁷.

2.4. EL TJCE Y LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS AL RECONOCIMIENTO DE EFECTO DIRECTO

La declaración acerca de la carencia de efecto directo contenida en el preámbulo de la Decisión por la que se concluyeron los acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay ha pesado en el ánimo del TJCE. Es decir, el TJCE no está solo en su decisión de mantener en relación con los Acuerdos OMC, la posición que había defendido respecto al GATT⁵⁸. El argumento central en el que se apoya el Tribunal de Justicia ha pasado a ser la idea de que los Acuerdos están conformados por compromisos recíprocos y mutuamente ventajosos⁵⁹.

La cuestión de la relación entre la reciprocidad y el reconocimiento unilateral del efecto directo por una de las partes en un acuerdo, fue resuelta parcialmente por el TJCE en el asunto *Kupferberg* en el que dictaminó, en el contexto de un acuerdo bilateral de cooperación, que tal reconocimiento unilateral no podía considerarse por sí sólo contrario al principio de reciprocidad⁶⁰. Ahora bien, como buena parte de la doctrina había puesto de manifiesto, esta declaración no sancionaba de una vez y para siempre la compatibilidad entre el reconocimiento unilateral de efecto directo y el respeto del principio de reciprocidad⁶¹.

⁵⁷ PETERSMANN, *Application of GATT by ... op. cit.*, p. 429 y ss. Ver también JAN KUIWIJK, *The European Court of Justice and... op. cit.*, pp. 118 y ss., que abunda en este argumento.

⁵⁸ BOURGEOIS, «Les relations extérieures de la Communauté européenne et la règle de droit: quelques réflexions», en CAPOTORTI; EHLERMANN (*et al*), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 64.

⁵⁹ Párrafo 42. Esta idea aparecía recogida en el preámbulo del GATT 47 y subsiste en el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC. Vid.: LEE; KENNEDY, *The potential direct effect... op. cit.*, p. 81.

⁶⁰ TJCE. Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, as. 104/81. Rec. p. 3664, párrafo 18.

⁶¹ MENGOZZI, «The world trade organization law: an analysis of its first practice», en *Rivista de Diritto europeo*, 1998, n.º 1, Vol. XXXVIII, p. 31.

En opinión de Mengozzi, el TJCE podía reconocer, unilateralmente, efecto directo a un acuerdo internacional, pero a condición de que existiese una reciprocidad substancial⁶². Es decir, a condición de que verificase la reciprocidad en el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes contratantes. Esta interesante propuesta de Mengozzi es aplicable en el contexto de un acuerdo bilateral o incluso de un acuerdo multilateral con un número reducido de partes contratantes. Sin embargo, sería de difícil aplicación en el contexto de los Acuerdos OMC⁶³.

A nuestro modo de ver, la multilateralidad intensa de los Acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay es un factor relevante. En el marco de estos acuerdos cobra particular importancia el principio del equilibrio, al que se refiere el TJCE⁶⁴, entre el alcance de las obligaciones asumidas por cada una de las Partes contratantes⁶⁵. Ahora bien, dicho esto, habría que matizar que, de acuerdo con el concepto de efecto directo defendido anteriormente, no estamos de acuerdo con la relación establecida, por el TJCE⁶⁶, entre el reconocimiento de efecto directo y el cumplimiento de los Acuerdos. En nuestra opinión, un incumplimiento por parte de la Comunidad no debería admitirse, independientemente del reconocimiento de efecto directo a las disposiciones de los Acuerdos. Es cierto que, aplicando la definición de efecto directo propuesta, podría subsistir una violación de los Acuerdos en otros Estados contratantes⁶⁷. Esto rompería de alguna manera el equilibrio que es un principio constitucional de la Organización Mundial del Comercio⁶⁸, pero nada habría que objetar a esta actitud co-

⁶² MENGOZZI, *ibidem*. Y del mismo autor: «The present state of research carried out by the english-speaking section of the centre for studies and research», en *Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales = Centre for studies and research in international law and international relations // L'organisation mondiale du commerce = The world trade organization*. Dordrecht (etc.): Martinus Nijhoff, 1998, pp. 94-95.

⁶³ LEE; KENNEDY, *The potential direct effect... op. cit.*, p. 86-7. Estos autores reconocen el atractivo teórico de la propuesta pero denuncian las insuperables dificultades que conllevarían su aplicación práctica.

⁶⁴ Párrafos 42-45.

⁶⁵ MONTAÑA I MORA, «Equilibrium: a rediscovered basis for the Court of Justice of the European Communities to refuse direct effect to the Uruguay Round Agreements?», en *Journal of world trade*, 1996, Vol. 30, n.º 5, pp. 52 y ss.

⁶⁶ Párrafo 46.

⁶⁷ MEESSEN, «The application of rules of public international law within Community Law», en *CMLR*, 1976, p. 499.

⁶⁸ MONTAÑA I MORA, *Equilibrium: a rediscovered basis... op. cit.*, p. 55.

munitaria coherente con el *principio pacta sunt servanda*. Además la persistencia del desequilibrio estaría limitada en el tiempo, pues los propios Acuerdos disponen de un mecanismo de solución de diferencias del que se podría valer la Comunidad para denunciar el incumplimiento de cualquiera de las otras Partes contratantes y poner fin al mismo u obtener una compensación que restableciera el equilibrio.

En definitiva, dentro del planteamiento que hace el TJCE de la cuestión del efecto directo, la necesidad de garantizar el respeto del principio de reciprocidad es un motivo más razonable que la pretendida flexibilidad de los Acuerdos, para negarles aplicabilidad directa. Por mi parte no puedo más que discrepar con la relación que se establece por el TJCE entre la inaplicabilidad directa de las normas y su aptitud para servir como parámetro de validez de la actuación de las Instituciones comunitarias. Es decir el efecto directo no debería condicionar la operatividad de la norma⁶⁹.

2.5. ALTERNATIVAS AL EFECTO DIRECTO

Cuando el TJCE expone las alternativas al efecto directo, se remite a sus sentencias *Fediol* y *Nakajima*⁷⁰, señalando que únicamente en estos supuestos podría controlar la legalidad del acto comunitario en relación con las normas de la OMC⁷¹. Estas vías alternativas parecen insuficientes⁷². No obstante, partiendo de la sentencia recaída en el asunto *Racke*, se podría haber entendido que había resultado ampliado el alcance de la jurisprudencia *Nakajima* en el sentido de que toda actuación, comunitaria o estatal, encuadrada en el ámbito de aplicación de una disposición internacional se debe realizar en conformidad con esta última⁷³. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha hecho ninguna referencia a esta posible matización de su jurisprudencia.

⁶⁹ En contra JAN KUIWIJK, *The European Court of Justice and the GATT... op. cit.*, p. 156.

⁷⁰ RUTTLEY, *The effect of WTO Agreements in EC Law... op. cit.*, pp. 146-148. También se refiere a estas alternativas el propio TJCE en su sentencia de 23 de noviembre de 1999 en el as. C-149/96, cit., párrafo 49.

⁷¹ Sentencia de 23 de noviembre de 1999, cit., párrafo 49.

⁷² GONZÁLEZ ALONSO, «Nuevos desarrollos en la aplicación del GATT», en *RIE*, 1992, n.º I, vol. 19, pp. 195-210.

⁷³ Vid. *supra*.

Un sector de la doctrina proponía que si no se otorgaba efecto directo al GATT sí se deberían considerar, en cambio, directamente aplicables las resoluciones adoptadas en el marco del mecanismo OMC de resolución de controversias⁷⁴. Según esta postura, cuando se hubiese comprobado que un acto comunitario era contrario a los Acuerdos OMC, dicho acto debía ser declarado inaplicable. Para lograr este objetivo se debía reconocer efecto directo a las decisiones adoptadas en el marco del mecanismo OMC de resolución de controversias en las que se declarase un incumplimiento por parte de la Comunidad⁷⁵.

Esta alternativa tiene el peligro de confundir la aplicación de los acuerdos en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional con su aplicación en el marco del ordenamiento jurídico comunitario. Dentro del planteamiento que hace el TJCE, las normas internacionales convencionales que carecen de efecto directo no pueden servir para contrastar la legalidad de una actuación comunitaria. Este orden de cosas, desde la óptica del TJCE, no se vería modificado por el hecho de que exista una resolución, adoptada en el marco del procedimiento OMC de solución de diferencias, que declare el incumplimiento comunitario. Esta resolución será un elemento nuevo que aporta algo a la perspectiva jurídico-internacional, pero nada a la perspectiva comunitaria⁷⁶. De hecho, al exigir la aplicabilidad directa de una disposición de un acuerdo internacional para permitir su utilización como parámetro de validez de una actuación comunitaria o estatal, el TJCE está asumiendo la posibilidad de dejar subsistir, en el orden comunitario, comportamientos que generan una responsabilidad internacional⁷⁷. En el caso de que la CE se hubiese comprometido a modificar la

⁷⁴ CHEYNE, «International Agreements and the European Community legal system», en *ELR*, 1994, vol. 19, n.º 6, p. 595.

⁷⁵ EECKHOUT, *The domestic legal status...op cit.*, p. 53-54. Ver también COTTIER, «Dispute settlement in the world trade organization: characteristics and structural implications for the European Union», en *CMLR*, 1998, pp. 325-378.

⁷⁶ Se puede encontrar otro argumento en contra del efecto directo en PEERS, «Banana Split: WTO Law and preferential agreements in the EC legal order», en *European Foreign Affairs Review*, 1999, 4, p. 209: «Neither Eeckhout nor Cottier address the problem that a WTO panel only rules on whether a WTO member has violated its WTO obligations to the complaining parties; a panel does not define whether an infringing member has violated obligations to parties which did not complain. (...) Why should importers of bananas from these states have the ability to claim the direct effect of the 1997 reports against the Community when the 1997 reports do not establish whether the EC regime has violated the WTO as against these states?».

⁷⁷ Sentencia de 23 de noviembre de 1999, cit., párrafo 46.

normativa comunitaria con objeto de cumplir lo establecido por el Órgano de solución de diferencias, entonces la decisión de éste último sí tendría que servir necesariamente para contrastar la validez de la nueva regulación comunitaria⁷⁸. Ahora bien, ya aquí no estaríamos ante un caso de efecto directo, sino de efecto indirecto análogo al planteado en el asunto *Nakajima*⁷⁹.

Ya ha habido un caso en que se ha invocado, por una empresa alemana, una Decisión del Órgano de solución de diferencias, en el contexto de un recurso de casación presentado contra una sentencia del TPI. Se trata del caso *Atlanta*⁸⁰. Fiel a su costumbre de eludir las cuestiones espinosas, el TJCE consiguió evitar pronunciarse sobre la posibilidad de invocar una Decisión de este tipo. Lo hizo basándose en que el motivo fue alegado en el momento de la réplica y no en el momento de presentar el recurso de casación⁸¹. Sin embargo, el Abogado General, Sr. Mischo, sí se pronunció sobre la cuestión, rechazando la posibilidad de invocar una decisión del Órgano de solución de diferencias. Para ello argumentaba que no había, en el marco de la OMC, una obligación de modificar inmediatamente la legislación que se hubiese estimado incompatible con los Acuerdos y en que era, incluso, posible mantener la normativa infractora a cambio del pago de una adecuada compensación⁸². La cuestión del efecto de las decisiones del Órgano de solución de diferencias en el ordenamiento jurídico comunitario quedaba completamente abierta, pues el TJCE no se había pronunciado al respecto⁸³. Sin embargo, tras la sentencia de 23 de noviembre de 1999, que estamos analizando, y en la que el TJCE pone de relieve la posibilidad de alcanzar soluciones negociadas en el marco del procedimiento OMC de solución de diferencias⁸⁴, parece claro que el Tribunal de Luxemburgo seguiría, de tener ocasión, el camino marcado por el Abogado General, Sr. Mischo, en el asunto *Atlanta*.

Desde nuestro punto de vista, la principal alternativa pasa por una limitación de los casos en que el efecto directo se convierte en requisito para la

⁷⁸ COTTIER, «Dispute settlement in the world trade organization: characteristics and structural implications for the European Union», en *CMLR*, 1998, pp. 369-375.

⁷⁹ PEERS, *Banana Split...* op. cit. pp. 209 y ss.

⁸⁰ Sentencia de 14 de octubre de 1999, as. C-104/97, no publicada.

⁸¹ Párrafo 22 de la sentencia.

⁸² Vid.; conclusiones del abogado general, párrafos 26-32.

⁸³ Ya había eludido la cuestión en Sentencias anteriores. Vid.: sentencia de 17 de julio de 1997, as. C-183/95, *Affish*, Rec. p. I-4363.

⁸⁴ TJCE. Sentencia de 23 de noviembre de 1999, cit., párrafos 37-41.

invocación de una disposición internacional convencional. Somos, sin embargo, conscientes de que la aplicación de este modelo exigiría un cambio en la jurisprudencia que, hoy por hoy, parece muy improbable. En nuestra opinión, la negación del efecto directo no debería ser un impedimento absoluto al juego del principio de prevalencia consagrado en el artículo 300.7 (antiguo 228.7) del Tratado CE y confirmado reiteradamente por el TJCE a lo largo y ancho de su jurisprudencia⁸⁵. Es necesaria, pues, una reconstrucción de la doctrina del efecto directo de los acuerdos internacionales.

La aplicación de este modelo supondría otorgar al TJCE la capacidad para declarar la incompatibilidad de un acto comunitario con los Acuerdos OMC, con lo que se privaría a la Comunidad de la posibilidad de mantener la actuación ilegítima a cambio del pago de una compensación, posibilidad que, como se ha visto, aparece prevista en el sistema OMC⁸⁶. Este es uno de los argumentos esgrimidos por el propio TJCE para justificar su posición⁸⁷. Frente a esta razón se puede alegar que la eliminación de la actuación ilegal es el mecanismo adecuado para remediar las violaciones de las normas OMC⁸⁸, por lo que la actuación del Tribunal de Luxemburgo favorecería la aplicación de las mismas. Además, este resultado también se da en los casos en que el incumplimiento se deriva de una actuación estatal y esto no ha impedido que el TJCE considere admisible un recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 (antiguo 169) en estos casos. Si tal recurso es estimado por el TJCE, el Estado denunciado tendrá que eliminar la actuación controvertida y quedará privado de la posibilidad de mantenerla a cambio de pagar las oportunas compensaciones a las demás partes contratantes.

2.6. UN APUNTE SOBRE EL ALCANCE DE LA COMPETENCIA INTERPRETATIVA DEL TJCE

En relación con el alcance de la competencia del TJCE, habría que hacer una acotación inspirada en el carácter mixto de los Acuerdos OMC.

⁸⁵ Acta final OMC, Art. XVI.4: «Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos».

⁸⁶ OSTERHOUDT BERKEY, «The European Court of Justice and direct effect for the GATT: A question worth revisiting», en *EJIL*, 1998, 9, pp. 645-646.

⁸⁷ Sentencia de 23 de noviembre de 1999, cit., párrafo 46.

⁸⁸ JACKSON, «Editorial Comment: the WTO dispute settlement understanding: misunderstandings on the Nature of Legal Obligation», en *AJIL*, 1997, 91, p. 60.

El TJCE se debe limitar a pronunciarse sobre el efecto directo de las disposiciones de los Acuerdos OMC que se encuadran en un ámbito competencial comunitario. Así, el TJCE sería competente para conocer del efecto directo de cualquiera de las normas del GATT. No debería ocurrir lo mismo en el caso del AGCS y del ADPIC⁸⁹. A esto habría que añadir que si se atiende a la declaración del TJCE en la sentencia *Hermès*⁹⁰, según la cual cuando una norma se puede aplicar tanto a una situación regulada por el Derecho comunitario, como a una situación regulada por el Derecho nacional, puede ser objeto de interpretación por parte del TJCE; y, teniendo en cuenta que la determinación del efecto directo es una cuestión interpretativa, se produciría una ampliación importante del objeto de las competencias del TJCE en este punto. Podría así, por ejemplo, decidir sobre el efecto directo de todas las disposiciones del AGCS sobre la base de que las mismas pueden aplicarse a una situación regida por el Derecho comunitario: la prestación transfronteriza de servicios. Aun así, la competencia del TJCE no sería absoluta, ya que por ejemplo en materia de

⁸⁹ Hay un sector de la doctrina que considera que los acuerdos mixtos, en su totalidad, constituyen Derecho comunitario por lo que el TJCE tiene competencias para interpretarlos en su integridad. Vid. en este sentido: BLECKMANN, «The Mixed Agreements of the EEC in Public International Law», en O'KEEFFE; SCHERMERS (eds.), *Mixed Agreements*. Deventer: Kluwer, 1983, p. 156.

Otros autores, en cambio, admiten que no todas las disposiciones de un acuerdo mixto son Derecho comunitario, pero sostienen la existencia de una competencia del TJCE para interpretar un acuerdo mixto en su integridad. Esta competencia se podría derivar del deber de cooperación previsto en el artículo 10 del Tratado CE (Vid.: NOLTE, «Case Law», en *CMLR*, 1988, 25, p. 407); o de la responsabilidad que asumiría la Comunidad frente al tercer Estado con el que se ha concluido el acuerdo (HILF, «The application of GATT within the member States of the European Community with special reference to the federal republic of Germany», en HILF, JACOBS y PETERSMANN (eds.), *The European Community and GATT*. Deventer: Kluwer, 1986, p. 166); o, por último, de la necesidad de garantizar una interpretación uniforme del acuerdo en todo el territorio comunitario (Vid.: EECKHOUT, «The domestic legal status of the WTO Agreement: Interconnectig legal systems», en *CMLR*, 1997, 34, pp. 11-58).

Nosotros nos alineamos con el sector doctrinal que habla de la división del acuerdo mixto en dos parcelas: una que constituye Derecho comunitario y otra que sería Derecho estatal, y que defiende la necesaria limitación de la competencia interpretativa del TJCE (Vid.: DíEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*. Madrid: McGraw Hill, 1998, pp. 72 y ss.).

⁹⁰ TJCE. Sentencia de 10 de junio de 1998, as. C-53/96, *Hermès*, cit., párrafo 32.

propiedad intelectual, carecería de competencia para decidir sobre el efecto directo de algunos artículos del ADPIC. En este caso, serían competentes los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

En su sentencia en el asunto C-149/96 el TJCE no ha hecho este tipo de matizaciones. En descargo del órgano jurisdiccional europeo hay que decir que el asunto se había planteado en el marco del GATT y, por tanto, su competencia era indiscutible⁹¹.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aunque con una reacción previsible, el TJCE ha decepcionado a todos los que deseábamos un cambio en su manera de enfocar la cuestión del efecto directo del GATT/OMC. El concepto de efecto directo manejado por el TJCE se muestra difícilmente compatible con el principio de prevalencia de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre el Derecho comunitario derivado recogido en el artículo 300.7 del Tratado CE y reconocido en la propia jurisprudencia comunitaria. Si por un lado se puede aceptar que el TJCE infiera, del análisis general de los Acuerdos OMC, la inaplicabilidad directa de los mismos, no lo es que subordine la utilización de estos Acuerdos como criterio de validez de los actos de las Instituciones al efecto directo de los primeros. Es de esperar que los mismos que criticaron la sentencia del Tribunal de Justicia recaída en el asunto *bananas* vuelvan a mostrar su desconcierto ante la postura inamovible del TJCE. La sentencia *Racke* parecía abrir una nueva línea mediante una matización de la jurisprudencia, pero las esperanzas se han desvanecido con la sentencia que hemos comentado.

⁹¹ Sobre el alcance de la competencia comunitaria en el marco de la OMC, ver el dictamen de 15 de noviembre de 1994, 1/94, Rec. pp. I-5276-I-5422. Este dictamen ha concitado la atención de la doctrina, entre los numerosos comentarios, vid.: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La competencia de la CE para celebrar el acuerdo de la OMC: Comentario al dictamen del TJCE 1/94, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994», en *RIE*, 1995, Vol. 22, pp. 593-618. APPELLA, «Constitutional aspects of Opinion 1/94 of the ECJ concerning the WTO Agreement», en *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, April; Vol. 45, Part 2, pp. 440-462. AUVRET-FINCK, «Avis 1/94 de la Cour, du 15 novembre 1994», en *RTDE*, 1995, Vol. 31, pp. 322-336. BOURGEOIS, «The EC in the WTO and advisory opinion 1/94: an echer-nach procession», en *Common Market Law Review* 32: 763-787, 1995.

