

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) (*)

Por JOSE MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES (**)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ACUERDO OMC Y LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN LA CE.—III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE. ANÁLISIS DE SUS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS: 1. *LA CUESTIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD*. 2. *LA CUESTIÓN DE FONDO*: A) *Acuerdos sobre el comercio de mercancías*. B) *El Acuerdo sobre el comercio de servicios (GATS)*: a) Contenido del GATS y compromisos contraídos por la CE. b) La competencia de la CE *ex* artículo 113 TCE: aa) Posturas doctrinales. bb) Postura del TJCE. c) Las competencias externas implícitas de la CE. La teoría del paralelismo. C) *El Acuerdo sobre propiedad intelectual (TRIPs)*: a) Contenido del TRIPs y compromisos contraídos por la CE. b) La cuestión competencial.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

Según lo previsto en el artículo 228 TCE, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro se encuentran legitimados activamente para solicitar un dictamen del TJCE sobre la compatibilidad con el TCE de cualquier Acuerdo celebrado entre la Comunidad y uno o más Estados u Organizaciones internacionales (1). Se trata de una función consultiva encomenda-

(*) Publicado en *Revista de Instituciones Europeas* 1/1995, págs. 224-253.

(**) Doctor en Derecho y Diplomado (LL. M. Eur.) en el *EUROPA-INSTITUT* de la Universidad de Saarbrücken (Alemania). Profesor asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja.

(1) En general sobre la función consultiva del TJCE, vid. BOLOW, E.: «Die Gutachtentätigkeit des EuGH», en AAVV, *Festschrift Kutscher*, 1981, pág. 55; Díez

da al TJCE en materia de relaciones exteriores, cuya operatividad recuerda en gran medida al control (potestativo) previo de inconstitucionalidad de los tratados previsto en los artículos 95 de nuestra Constitución o 54 de la Constitución francesa. Esta potestad ha sido utilizada hasta el momento de forma extremadamente parca si se compara con el resto de competencias jurisdiccionales encomendadas al TJCE: en dos ocasiones a instancia de un Estado (2) y en seis a petición de la Comisión (3), quedando aún un dictamen pendiente de resolución (4).

DE VELASCO VALLEJO, M.: «La competencia consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en LIÑÁN NOGUERAS, D. J./RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. (coord.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Ed. Civitas, Madrid 1993, pág. 574; ibídem: «La compétence consultative de la Cour de Justice des Communautés Européennes», en AAVV, *Du Droit International au Droit de l'integration, Liber amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden 1987, pág. 177; GRAY, C.: «Advisory Opinion and European Court of Justice», *ELR* 1/1983, pág. 24; KHEITIMI, R.: «La fonction consultative de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *RTDE* 1967, pág. 553 y ss y 759 y ss.; KOVAR, R.: «La compétence consultative de la Cour de Justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté Européenne», en AA. VV., *Mélanges Reuter*, 1981, pág. 357; SINAGRA, A.: «La funzione consultiva della Corte di Giustizia ex art. 228 del Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea», en AA. VV., *Studi di diritto Europeo in onore di R. Monaco*, Milán 1977, pág. 659; SOBRINO HEREDIA, J. M.: «El control de los acuerdos internacionales por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cursos de Derecho Internacional Público de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao 1993, pág. 85.

(2) *Avis* 1/78, Rec. 1978, pág. 2151, emitido a propósito de un proyecto de Convención de la AIEA a petición del Estado belga, y dictamen 2/92, de 24-3-1995 (no publicado aún en la Recopilación oficial), el cual fue solicitado también por el Estado belga a propósito de la Decisión del Consejo relativa a la participación de la CE en una Decisión revisada del Consejo de la OCDE sobre el tratamiento nacional.

(3) Concretamente en 1974 a propósito de un acuerdo OCDE sobre gastos locales (*Avis* 1/75, Rec. 1975, pág. 1355), en 1976 en relación a un proyecto de Convención sobre la navegación en el Rin (*Avis* 1/76, Rec. 1977, pág. 741), en 1978 sobre el Acuerdo Internacional del Caucho Natural (*Avis* 1/78, Rec. 1979, pág. 2871), en 1991 y 1992 sobre el proyecto de Acuerdo del EEE (*Dictamen* 1/91, Rec. 1991, pág. I-6079 y *dictamen* 1/1992, Rec. 1992, pág. I-2821) y también en 1991 otro referido a una Convención de la OIT (*Dictamen* 2/91, Rec. 1993, pág. I-1061). Referidos a la función consultiva del artículo 95 del Tratado CECA se han dictado los *Avis* 1/59, Rec. 1958-59, pág. 537; *Avis* 1/60, Rec. 1960, pág. 97 y *Avis* 1/61, Rec. 1961, pág. 485.

(4) *Dictamen* 2/94, el cual ha sido solicitado por la Comisión a propósito de la controvertida adhesión de la CE al Convenio de Roma de 1950.

En este contexto, la Comisión presentó el 6 de abril de 1994 una solicitud de dictamen a propósito del Acta Final que el 15 de diciembre de 1993 puso fin a los siete años de negociaciones en el marco de la denominada Ronda de Uruguay (5). Dicha Acta Final contiene un Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio —en adelante OMC—, el cual instaura un marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre los miembros, y una serie de Anexos que recogen diversos Acuerdos comerciales multilaterales, todos los cuales integran un «paquete único» que supera las deficiencias del «GATT a la carta» que había surgido de la Ronda de Tokio. Así, destacan los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, el principal de los cuales es el GATT 1994, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) (6), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (TRIPs) (7), un Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias y un Mecanismo de Examen de la Política Comercial. Dentro de este *paquete único* rige el principio de aceptación global (para ser miembro de la OMC se deben aceptar, salvo excepciones puntuales, todos los Acuerdos multilaterales negociados en la Ronda de Uruguay), así como un sistema conjunto de solución de diferencias (se aplica a todos los Acuerdos multilaterales) y la posibilidad de adopción de medidas de retorsión cruzada (el incumplimiento en un determinado sector de alguno de los elementos de un Acuerdo concreto puede compensarse con medidas de retorsión en el marco de otro sector e incluso de otro Acuerdo).

(5) Para consultar el texto oficial de la Declaración de Punta del Este que abrió la Ronda de Uruguay, cfr. *Release de Presse GATT/1396*, 25 septiembre de 1986, 86-1520.

(6) *General Agreement on Trade in Services*. Pese a que el TJCE en su dictamen utiliza en todo momento el título en castellano (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios —AGCS—), en esta nota se hará referencia al término inglés GATS por ser el que en la práctica se ha impuesto en toda la literatura especializada.

(7) Es la abreviatura inglesa de *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

II. EL ACUERDO OMC Y LA CUESTION COMPETENCIAL EN LA CE

Como ya ocurriera antes en otros Tratados multilaterales (8), la CE es aceptada como miembro inicial de la OMC (Art. XI, apdo. 1 Acuerdo OMC), si bien en las reuniones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General no tendrá voto único, sino un número de votos igual al número de sus Estados que sean miembros de la OMC (art. IX). Así, el Acuerdo OMC fue firmado por un miembro de la Comisión, por el Presidente del Consejo y por los representantes de los Estados miembros, si bien fue la Comisión la única que participó en las negociaciones. No obstante, el Consejo señaló en el Acta de la reunión mantenida para la aprobación de la Declaración de Punta del Este que la autorización a la Comisión para que actuara como negociador único se hace para «garantizar un máximo de coherencia en el desarrollo de las negociaciones» y «no prejuzga la cuestión de la competencia de la Comunidad y de los Estados miembros sobre materias determinadas».

Con esta base, la Comisión considera que la CE tiene competencia exclusiva para celebrar todas las partes del Acuerdo OMC, incluidos el GATS y el TRIPs, con lo que se reabre la vieja polémica doctrinal acerca de si el concepto de Política Comercial recogido en los artículos 110 a 116 TCE abarcan también las prestaciones de servicios o se limita a las mercan-

(8) La CEE firmó v. gr. en 1984 la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar (cfr. VITZTHUM, C.: «Die EG und das Internationale Seerecht», *AöR* 1986, pág. 33), desde 1992 es miembro de la FAO (vid. DE PASCALE, F.: «L'ammissione della CEE alla FAO», en *La Comunità Internazionale* 3/1992, pág. 477; SCHWOB, J.: «L'amendement de l'acte constitutif de la FAO visant à permettre l'admission en qualité de membre d'organisations d'intégration économique régionales à la Communauté économique européenne», *RTDE* 1993, pág. 1) y en diversas ocasiones ha establecido diferentes modalidades de relaciones con órganos y organismos de Naciones Unidas (cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A.: «La Comunidad Económica Europea en las Naciones Unidas», *RIE* 1/1977, pág. 27; PONS RAFOLS, F. X.: «El estatuto jurídico de las representaciones de la Comunidad Europea en el marco de Naciones Unidas», *RIE* 1/1990, pág. 195). Sobre la problemática general que plantea la participación de la CE en tratados internacionales multilaterales vid. DAUSES, M.: «Die Beteiligung der Europäischen Gemeinschaften an multilateralen Völkerrechtsübereinkommen», *EuR* 1979, pág. 138, así como BERNHARDT, R.: «Die Europäische Gemeinschaft als neuer Rechtsträger im Geflecht der traditionellen zwischenstaatlichen Beziehungen», *EuR* 1984, pág. 199 y, aunque ya algo desfasado, KOVAR, R.: «La participation des Communautés européennes aux conventions multilatérales», *AFDI*, 1975, pág. 904.

cías. La cuestión es de capital importancia si consideramos que el artículo 113 TCE establece, tras el período transitorio, una competencia exclusiva en favor de la Comunidad (9), la cual excluye toda actuación paralela de los Estados (10), incluso en caso de inactividad de los órganos comunitarios (11). Medidas nacionales de Política Comercial serían compatibles con la competencia exclusiva comunitaria únicamente si existiese una habilitación específica por parte de la Comunidad (12), la cual debería revestir incluso la forma de un acto normativo inequívoco (13) y habría de referirse específicamente a *todos* los aspectos fácticos que resultasen relevantes para el caso concreto (14), sin que por lo tanto cupiese una habilitación en blanco a los Estados miembros (15).

Con la vista puesta en esta amplia competencia, la Comisión consulta al TJCE para que, entre otros extremos, determine definitivamente si so-

(9) El TJCE ha considerado en reiteradas ocasiones que la competencia comunitaria derivada del artículo 113 TCE tiene carácter exclusivo, cfr. *avis 1/75*, cit., págs. 1363-1364; as. 41/76 *Donckerwolcke*, cit., pág. 1937; *avis 1/78*, cit., pág. 2910. Sobre la naturaleza exclusiva de la competencia comunitaria en materia exterior vid. en la doctrina española GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: «De nuevo sobre la doctrina AETR: La naturaleza jurídica de la competencia comunitaria en materia de relaciones exteriores», *Noticias de la UE* núm. 117, octubre 1994, pág. 93 (95-97) y OLESTI RAYO, A.: «La competencia comunitaria para concluir convenios en el marco de la OIT», *RIE* 3/1993, pág. 945 (963-966).

(10) TJCE *Dictamen 1/75*, cit., pág. 1364 y *Dictamen 2/91*, cit., fto. 8 *in fine*. En la doctrina puede consultarse por todos LOUIS, J. V.: «La competencia de la Comunidad en materia de política comercial», *RIE* 1977, pág. 7 (15-24).

(11) TJCE Sentencia de 05.05.1981, as. 804/79 *Comisión/Reino Unido (Pesquerías)*, Rec. 1981, pág. 1045 (ftos. 17-23). Aunque referida al tema pesquero establece que la transmisión de competencias a la CE es *total, definitiva y absoluta* (ftos. 17 y 20), incluso en caso de inactividad comunitaria (fto. 20 y 23).

(12) TJCE Sentencia de 15.12.1976, as. 41/76 *Donckerwolcke*, Rec. 1976, pág. 1932 (fto. 32).

(13) LENAERTS, K.: «Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de preemption», en DEMARET, P. (ed.), *Relations extérieures de la CE et marché intérieur*, Colloque de Bruges 1986, Story Scientia, Bruselas 1988, pág. 37 (45).

(14) TIMMERMANN, C. W. A.: «Community Commercial Policy in Textiles: A legal Imbroglío», en AAVV, *Protectionism and the European Community*, 2.ª edición, Ed. Kluwer, Deventer 1987, pág. 159 (161).

(15) Esta afirmación doctrinal ha quedado, no obstante, algo desvirtuada después de que el TJCE considerase válida una habilitación genérica realizada mediante un Reglamento dictado al amparo del artículo 115 TCE. Vid. al respecto TJCE sentencia de 18.02.1986, as. 174/84 *Bulk Oil*, Rec. 1986 pág. 559.

bre la base del artículo 113 o, en su caso, en concurrencia con los artículos 100A y/o 235 TCE puede predicarse el carácter exclusivo de la eventual competencia comunitaria en materia de servicios y propiedad intelectual. La cuestión planteada al TJCE es de notable interés *constitucional*, en cuanto afecta al reparto competencial entre Estados y la CE, e *institucional*, ya que dependiendo de la base jurídica por la que se opte varía la participación que corresponda a cada institución comunitaria en el correspondiente *iter* procedimental (16). Se trata de clarificar la jurisprudencia comunitaria iniciada en 1971 con la doctrina AETR (17) en relación al alcance de la capacidad jurídica internacional de la Comunidad (18), particularmente respecto del artículo 113 TCE (19).

(16) Vid. BOURGEOIS, J. H. J.: «L'avis de la Cour de Justice des Communautés Européennes à propos de l'Uruguay Round: un avis mitigé», *RMUE* 4/1994, pág. 11 (13). En una línea muy similar se pronuncia el Editorial de la *CMLR* 2/1995, pág. 385.

(17) TJCE Sentencia de 31-3-1971, as. 22/70 *Comisión/Consejo*, Rec. 1971, pág. 263. Cfr. por todos WAELBROECK, M.: «L'arrêt AETR et les compétences extérieures de la CEE», *Intégration* 2/1971, pág. 84.

(18) En general, sobre las relaciones exteriores de la Comunidad y el reparto competencial operado al respecto entre la CE y sus Estados miembros puede consultarse de entre la ingente bibliografía existente los siguientes trabajos: ALTING VON GEUSAU, F.: *The External Relations of the European Community*, Saxon House, Lexington Books, Londres 1984; BOURRINET, J./TORRELLI, M.: *Les relations extérieures de la CEE*, P.U.F., París, 1980; LOUIS, J. V.: «La Communauté et ses États membres dans les relations extérieures», en *Revue d'intégration européenne*, pág. 203; LOUIS, J. V./STENBERGEN, J.: «La répartition des compétences entre les Communautés Européennes et leurs États membres en matière de relations extérieures», *RBDI* 1983, pág. 355; RAUX, J.: *Les relations extérieures de la Communauté Economique Européenne*, Ed. Cujas, París 1966; REMIRO BROTONS, A.: «Las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas», en AAVV, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Civitas, Madrid 1986, tomo III, pág. 637; SIMÓN, D./GRILLO PASQUARELLE, E./KLEMAN, N.: *La Communauté Economique Européenne dans les relations internationales*, Nancy 1972; SOBRINO HEREDIA, J. M.: «Aproximación a la cuestión de la delimitación de la competencia internacional de la CEE», *GJ de la CEE* 1989, D-11, pág. 147; STEIN, E.: «External Relations of the European Community. Structure and Process», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Européen*, vol. I, libro 1, pág. 115.

(19) Vid. por todos EHLERMANN, C. D.: «The Scope of Article 113 of the EEC Treaty», en AAVV, *Études du droit des Communautés Européennes, Mélanges offerts à P.H. Teitgen*, Ed. Pedone, París 1984, pág. 145.

III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE. ANALISIS DE SUS PRINCIPALES PROBLEMAS JURIDICOS

1. LA CUESTIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD

Llama la atención que la Comisión presentase la solicitud de dictamen apenas diez días antes de la fecha solemne de firma del Acuerdo en Marrakech y transcurridos ya ocho años desde el inicio de las negociaciones y cuatro meses desde la aprobación del Acta Final. Máxime cuando la cuestión de fondo (desacuerdo sobre la existencia de competencias nacionales de carácter concurrente a la de la CE) ya se había manifestado años antes.

El artículo 228-6.º TCE no precisa el momento exacto en que se deba presentar la solicitud de dictamen. Sin embargo, sí que se refiere en todo caso a un «acuerdo previsto», lo que *prima facie* hace pensar en un dictamen *previo* y, por tanto, anterior al momento del nacimiento de obligaciones en el plano internacional. Tal planteamiento llevó al Gobierno español a plantear una excepción de inadmisibilidad de la solicitud de dictamen y a que el Consejo y los Gobiernos neerlandés y francés «se interrogasen seriamente» sobre la coherencia y el espíritu de cooperación mostrados por la Comisión. En consonancia con esta objeción, un sector doctrinal venía señalando que la solicitud de dictamen debía hacerse en el momento más temprano posible de forma que su resolución pudiera influir aún en la formulación definitiva del Acuerdo en cuestión. Tal solicitud temprana sería especialmente exigible cuando el tema de fondo afectase a una cuestión competencial, ya que esta surge desde el mismo momento en que la Comisión solicita al Consejo la autorización «para iniciar las negociaciones necesarias» y es además interés de todas las Partes contratantes resolverlo cuanto antes (20). De la propia jurisprudencia consultiva desplegada por el TJCE parecía poder inferirse

(20) Cfr. en este sentido VEDDER, C.: «Art. 228», en GRABITZ, E. (coord.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Ed. Beck, Munich 1989, especialmente apdo. 59. En sentido contrario, hay quienes aceptan que la solicitud de dictamen pueda hacerse hasta el mismo momento de entrada en vigor del Tratado, cfr. en este sentido BOULLOIS, J.: «La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes relative aux relations extérieures des Communautés», *RCADI* 1978, II, pág. 335 (353).

una posición en este sentido (21) que, además, era respaldada en la doctrina (22).

El TJCE, en el dictamen objeto del presente comentario, rechaza de plano la excepción planteada y de forma lacónica establece con una generosa amplitud que «se puede solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia en todo momento, antes de que la Comunidad haya expresado definitivamente su consentimiento en quedar vinculada por el acuerdo». Quiere ello decir que «mientras dicho consentimiento no haya tenido lugar, el acuerdo sigue siendo acuerdo previsto» (fto. 12).

2. LA CUESTIÓN DE FONDO

A) Acuerdos sobre el comercio de mercancías

Respecto a los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, particularmente el GATT 1994, tanto las partes personadas ante el TJCE (el Parlamento Europeo y todos los Estados salvo Bélgica, Irlanda, Italia y Luxemburgo) como la práctica totalidad de la doctrina (23) reco-

(21) En 1978 había aceptado una solicitud de dictamen previa a la apertura oficial de negociaciones porque el texto inicial, aunque era susceptible de modificaciones, ya traslucía en su globalidad «con suficiente exactitud» los elementos fundamentales del Acuerdo (TJCE *Avis 1/78*, cit., págs. 2902-2903). Por otra parte, en casos en que la participación en el Acuerdo era discutida se había aceptado la pertinencia de la solicitud desde el mismo momento en que surgiese la «intención» o «deseo» de participar (TJCE *Avis 1/75*, cit. pág. 1360).

(22) Cfr. BARAV, A.: «The Division of External Relations Power between the European Economic Community and the Member States in the cas-law of the Cour of Justice», en TIMMERMANN, C. W. A./VÖLKER, E. L. M. (coord.), *Division of Powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Ed. Kluwer, Deventer 1981, pág. 29 (30).

(23) Cfr. a título de ejemplo EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («The Scope...»), pág. 146; ibídem: «Rechtsgrundlagen der Außenbeziehungen der EG», en ZIEGER/LEBAHN (coord.), *Rechtliche und wirtschaftliche Beziehungen zwischen den Integrationsräumen in West- und Osteuropa*, 1980, pág. 25 (28); KOVAR, R.: «La mise en place d'une politique commune et la compétence des Etats membres en matière de relations internationales et de conclusion des traités», *AFDI* 1970, pág. 783 (803); KOVAR, R./LEONARD/SIMON, D.: «La mise en oeuvre de la politique commerciale commune: passage de la période de transition à la période définitive», *RTDE* 1971, pág. 107 (109); PESCATORE, P.: «La politique commerciale (de la CEE)», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Droit des Communautés européennes*, Bruselas 1969, núm. 2287

nocen, en base al artículo 113 y a la interpretación jurisprudencial de él hecha (24), una competencia exclusiva de la Comunidad.

No obstante, se plantea si las mercancías CECA y EURATOM, así como los productos agrícolas y fitosanitarios quedan también cubiertos por el artículo 113. Respecto a las primeras, del artículo 232 TCE se deriva con toda nitidez que las disposiciones del TCE «no modificarán las del Tratado constitutivo de la CECA» ni «afectarán a las estipulaciones del Tratado constitutivo de la CEEA» (25). Como quiera que el Tratado EURATOM no contiene ninguna disposición específica sobre el comercio exterior, «nada impide que los acuerdos celebrados en virtud del artículo 113 del Tratado CE se extienda a los intercambios internacionales de productos EURATOM» (fto. 24 *in fine*) (26). Más problemática resulta, empero, la situación jurídica en el Tratado CECA, ya que a tenor de lo dispuesto en la cláusula de no afectación recogida en su artículo 71, «la aplicación del presente Tratado [CECA] salvo disposición en contrario de éste, no afectará a la competencia de los Gobiernos de los Estados miembros en materia de política comercial». Por ello, el Consejo y algunos Estados miembros personados ante el TJCE deducen que resulta compatible con el Tratado el que *los Estados* miembros concluyan el GATT y sus anexos, en la medida en que las disposiciones de éstos formen parte de la competencia en materia de Política Comercial que el artículo 71 del Tratado CECA les reserva. Con esta postura, respaldada en una interpretación ex-

y ss, en particular núm. 2309; SCHWARZE, J.: «Die EWG in ihren völkerrechtlichen Beziehungen», *NJW* 1979, pág. 456 (460); STEENBERGER, J.: «The Common Commercial Policy», *CMLR* 1980, pág. 229; ibídem: «La notion de politique commerciale commune», *CDE* 1980, pág. 54 (73).

(24) TJCE *Avis 1/75*, cit., págs. 1363-1364; *As. 41/76 Doncerwolcke*, cit., pág. 1937; *Avis 1/78*, cit., pág. 2910. De forma no tan diáfana se recoge también en *as. 804/79 Pesquerías*, cit., fto. 6 y en la sentencia de 16.03.1983, *as. 267-269/81 SAMI*, Rec. 1983, pág. 801 (ftos. 13-15).

(25) La diferente formulación del artículo 232 según se refiera a la CECA («no modificarán») o la EURATOM («no afectarán») es meramente de estilo. En sentido contrario, diferenciando el alcance de ambas, se muestra v. gr. CARSTENS, K.: «Die Errichtung des Gemeinsamen Marktes in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Atomgemeinschaft und Gemeinschaft für Kohle und Stahl», *ZaöRV* 1957-58, pág. 459 (463).

(26) En este aspecto ha reinado desde el mismo momento de entrada en vigor de los Tratados de Roma una unanimidad poco común. Cfr. a título de ejemplo: CARSTENS, K.: *loc. cit.*, pág. 504; VEDDER, C.: *Die auswärtige Gewalt des Europa der Neun*, Göttingen 1980, pág. 94.

cesivamente aferrada a la literalidad del citado precepto, se predica una competencia exclusiva de los Estados miembros en relación con los productos CECA. La Comisión, por su parte, defiende que dicho artículo 71 no puede ser susceptible de reservar a los Estados miembros derecho alguno a efectos del artículo 232-1.º TCE, de tal suerte que la competencia exclusiva de la Comunidad derivada del artículo 113 TCE también se hace extensiva a los productos CECA.

El TJCE ya había establecido en 1975 de manera explícita que «no cabe admitir que [el artículo 71 TCECA] pueda privar de eficacia a la atribución a la Comunidad de la competencia para negociar y concluir Acuerdos internacionales que formen parte del ámbito de la política comercial común» (27). En el dictamen 1/94, el Tribunal mantiene el mismo criterio basándose en que «en el presente asunto, el examen de los Acuerdos Multilaterales sobre el comercio de Mercancías revela que ninguno de ellos está relacionado específicamente con los productos CECA», de lo que se deduce que «no cabe poner en duda la competencia exclusiva de la Comunidad para celebrar dichos Acuerdos por aplicarse los mismos también a los productos CECA» (fto. 27 *in fine*). Tal postura es coherente con lo sostenido por la mayoría de la doctrina (28) y con el hecho de que el Tratado CECA fue redactado en un momento en que la CEE aún no existía, por lo que el artículo 71 sólo podía reservar a los Estados miembros competencia en lo relativo a Acuerdos que se refieran concreta y *específicamente* a los productos CECA (29). El artículo 113 TCE, sin embargo, confiere a la Comunidad una competencia exclusiva para celebrar un Acuerdo de carácter general que abarque *todo tipo de mercancías*, aunque entre ellas figuren también productos CECA.

(27) TJCE *avis 1/75*, cit., pág. 1365.

(28) Desde la misma entrada en vigor del Tratado CEE se planteó la doctrina esta cuestión. A favor de la postura que asumió posteriormente el TJCE se mostraba por ejemplo CARSTENS, K.: *loc. cit.*, pág. 521. En sentido contrario se decantaban, entre otros, BRUNNER: «Art. 232», en GROEBEN/BOECKH, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 1.ª edición, Baden-Baden 1958, apdo. 1 punto c.; REUTER, P.: «Rapport des trois traités entre eux», en GANSHOF VAN DER MEERCH, *op. cit.*, núm. 262. Tras el *avis 1/75* del TJCE, cit., la doctrina más solvente respalda al unísono la posición jurisprudencial, vid. por todos KRÜCK, H.: *Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Berlín 1977, pág. 53.

(29) Por ej. el Acuerdo de 21.12.1982 entre la CE y los EEUU sobre exportación de acero (JOCE 1982, L 307 de 01.11.1982, pág. 11) se basó en el art. 95 TCECA; cfr. al respecto BENYON, F./BOURGEOIS, J. H. J.: «The European Community United States Steel Arrangement», *CMLR* 1984, pág. 305 (337-342).

Por último, respecto a los productos agrícolas y fitosanitarios se reproduce una polémica muy semejante a la anterior. El Consejo y el Reino Unido consideran necesario recurrir al artículo 43 TCE para respaldar jurídicamente los Acuerdos sobre Agricultura y para los relativos a las medidas sanitarias y fitosanitarias. Argumentan que estos Acuerdos «no sólo se refieren a las medidas comerciales aplicables al comercio internacional de productos agrícolas, sino sobre todo al régimen interno de organización de los mercados agrícolas» (30). El Parlamento Europeo se suma a esta postura, fundamentándose en la considerable importancia que reviste el Acuerdo sobre Agricultura. La Comisión, por su parte, se opone a ello por considerar que esos Acuerdos «se refieren al comercio de mercancías y tienen como objetivo común la expansión del comercio internacional mediante la supresión de las barreras y obstáculos al comercio», por lo que se hallan dentro del ámbito de aplicación del artículo 113 TCE y resulta del todo punto innecesario recurrir al artículo 43 TCE.

El TJCE, en su jurisprudencia anterior, aun sin haberse visto directamente confrontado con un supuesto de hecho comparable, había considerado en una sentencia de 1989 que el artículo 43 TCE era la base jurídica apropiada para una Directiva que tenía por objeto la regulación uniforme de los requisitos para la comercialización de los productos, no sólo en los intercambios intracomunitarios, sino también cuando los mismos procediesen de países terceros (31). Ahora, el TJCE acoge la posición propugnada por la Comisión y establece que «el hecho de que los compromisos suscritos en el marco de dicho Acuerdo [sobre Agricultura] impliquen la adopción en base al artículo 43 del Tratado de medidas de ejecución internas no impide que los compromisos internacionales en sí mismos puedan ser adoptados basándose únicamente en el artículo 113». Lo realmente relevante es que el Acuerdo sobre Agricultura anexo al Acuerdo OMC «tiene

(30) Como ejemplos ilustrativos de esta incidencia se citan las disposiciones sobre limitación de las ayudas internas a la Agricultura o los compromisos de reducción de las subvenciones a la exportación. Las primeras tendrían un efecto directo sobre el funcionamiento de las organizaciones comunes de mercados agrícolas y las segundas afectarían al sistema comunitario de restituciones a la exportación de productos agrícolas comunitarios, ambos creados al amparo del artículo 43 TCE.

(31) TJCE sentencia de 16.11.1989, as. C-131/87 *Comisión/Consejo*, Rec. 1989, pág. I- 3764 (ftos. 27 y 28). Se trataba de la Directiva 87/64/CEE (DOCE L 34, pág. 52). Cfr., por otro lado, la reciente sentencia de 05.10.1994, as. C-280/93 *Alemania/Consejo (Plátanos)*, Rec. 1994, pág. I-4973, especialmente ftos. 53 a 57.

por objeto establecer, a escala mundial un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado» (fto. 29) (32).

Por tanto, la Comunidad ostenta *ex artículo 113 TCE* una competencia exclusiva para celebrar los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, incluidas las mercancías EURATOM y CECA, así como los productos agrícolas y fitosanitarios, esto es, sólo ella es competente para celebrar tales acuerdos (fto. 34 y tenor primero de la sentencia).

B) *El acuerdo sobre el comercio de servicios (GATS)*

a) Contenido del GATS y compromisos contraídos por la CE

El amplio concepto de servicio empleado por el GATS abarca «todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales», entendiéndose por tal el «que no se suministre en condiciones comerciales ni de competencia con uno o varios proveedores de servicios» [art. I, apdo. 3.º letras b) y c) GATS] (33). El comercio con estos servicios engloba cuatro tipos de modalidades que resultarán de gran trascendencia en la argumentación que el TJCE utiliza en el dictamen al analizar la cuestión competencial: el *suministro transfronterizo* (suministro de un servicio del territorio de un Estado miembro al territorio de cualquier otro Estado miembro sin desplazamiento personal y realizado v.gr. por medios electrónicos), el *consumo en el extranjero* (suministro de un servicio en el territorio de un Estado miembro a un consumidor de otro Estado miembro), la *presencia comercial* o de persona jurídica (establecimiento de empresas o profesionales de un Estado miembro en otro Estado miembro) y el *movimiento de personas* (prestación de un servicio mediante la presencia del proveedor de un Estado miembro en otro Estado miembro) (art. I, apdo. 2.º GATS). En cuanto al ámbito de actuación, el GATS engloba todos los sectores de servicios e

(32) Ello además no entra en contradicción con la jurisprudencia anteriormente citada porque en aquel asunto se trataba de una Directiva que perseguía la realización de objetivos de la Política Agrícola común propios del artículo 39 TCE, mientras que los del Acuerdo sobre Agricultura anexo al Acuerdo OMC persigue el establecimiento en el plano mundial de un determinado sistema de comercio agropecuario.

(33) En la terminología comunitaria se hallarían bajo esta última categoría aquellos servicios prestados en actividades comprendidas en el ejercicio de la autoridad pública.

incluye tanto las condiciones relativas al establecimiento, como todas las condiciones del régimen de ejercicio de la actividad de que se trate (34).

Los compromisos asumidos por los Estados miembros se concretan fundamentalmente en el clásico principio del trato de la nación más favorecida (art. II, apdo 1.º GATT) y el de trato nacional (Partes II y IV GATS), esto es la obligación de permitir el acceso de los servicios y proveedores de cualquier otro Estado miembro bajo un régimen jurídico que ofrezca un trato que no sea menos favorable que el que se dispense a sus propios servicios y prestadores similares. Pero tales compromisos no son incondicionales ni absolutos (35). Se trata, simplemente, de un primer paso que se verá completado en el futuro con los frutos que se recojan de la obligación de entablar sucesivas rondas de negociaciones encaminadas a lograr un nivel de liberalización de los servicios cada vez más elevado (art. XIX GATS).

b) La competencia de la Comunidad ex artículo 113 TCE

aa) Posturas doctrinales

Actualmente es posición doctrinal mayoritaria la que propugna un concepto abierto de Política Comercial Común que también englobe los servicios (36), si bien las argumentaciones desplegadas para sustentar esta

(34) Quedan, por ende, cubiertos por el GATS todos los aspectos relativos al establecimiento y ejercicio de actividades tan proclives a la acción proteccionista de los Estados como las telecomunicaciones, el sector audiovisual, los servicios financieros, los seguros, la hostelería, las profesiones liberales e incluso los servicios sanitarios.

(35) El de la nación más favorecida puede sufrir excepciones y permitir v. gr. mantener determinadas medidas discriminatorias durante un plazo de diez años siempre que tales medidas aparezcan expresamente enumeradas en uno de los anexos y cumplan los requisitos allí establecidos. Además, el GATS incluye otra excepción de carácter permanente, para los fenómenos de integración regional al estilo del de la UE semejante al originario artículo XXIV GATT. Por último, los principios de acceso al mercado y el de trato nacional permiten, por su lado, formular restricciones o establecer condiciones que se concretan en un complejo sistema de listado.

(36) Vid. por ejemplo BOURGEOIS, J. H. J.: *loc. cit.*, pág. 15; BRINKHORST, L. J.: *loc. cit.*; MAAS, H. H.: «Enkele aspecten van handelspolitieke problemen van de EEG», en *Travaux et conférences*, Faculté de droit, Université de Bruxelles, 1963-II, pág. 13; KIM, C. O.: *La Communauté économique européenne dans les relations commerciales internationales*, 1971, págs. 45-46; LE TALLEC, G.: «Die Auswirkungen

opinión son bastante dispares (37). En el dictamen objeto del presente comentario, la Comisión acoge con toda rotundidad esta postura doctrinal y propugna, con carácter principal, que la celebración del GATS forme parte de la competencia exclusiva que ostenta la Comunidad en materia de Política Comercial (38).

Como contrapunto a la postura anterior, un sector doctrinal que fue mayoritario durante las dos primeras décadas de andadura comunitaria ha venido mostrándose contrario a incluir las prestaciones de servicios dentro del concepto de Política Comercial Común (39). Se basan para ello

der Handelspolitik auf das vorgehen der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten», *AWD* 1971, pág. 105 (107); MEGRET, J.: «Le pouvoir de la CEE de conclure des accords internationaux», *RMC* 1964, pág. 529 (532, punto 11 *in fine*); PESCATORE, P.: «La politique commerciale», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pág. 917 (923 punto 2296); RAMBOW, G.: «Die Rechtsfragen der Außenhandelspolitik», en VVAA: *Einführung in die Rechtsfragen der europäischen Integration*, 2.ª edición 1972, pág. 194; SCHUMACHER, H. H.: «Kooperationsverträge und RGW: Sackgasse für die Gemeinsame Handelspolitik», en *EuR* 1977, pág. 26 (31); TROBERG, P.: «Vorbe-merkungen zu den Art. 52-58», en GROEBEN/THIESING/EHLERMANN, *op. cit.*, 4.ª ed., tomo 1 (pág. 926, punto 22 *supra*, y pág. 1067, punto 28); VEDDER, C.: «Art. 113», en GRABITZ, E., *op. cit.*, punto 33.

(37) Unos, partiendo de una interpretación literal, destacan que el propio artículo 113 recoge la expresión «particularmente», por lo que no se excluyen «productos» diferentes a las mercancías, como por ejemplo prestaciones de servicios [PESCATORE, P.: *loc. cit.* («La politique...»), pág. 922, núm. 2296]. Otros, con base en una interpretación teleológica, sostienen que son subsumibles en el campo de aplicación de la Política Comercial Común todas las medidas que «sean tomadas con la intención de influenciar positiva o negativamente el tráfico comercial, no siendo determinante el que esta influencia sea directa o indirecta y el medio específico o general» [EHLERMANN, C. D.: «Gemeinschaftsrechtliche Probleme der Kooperation mit Osthändelsländern» —edición hektográfica no publicada—, pág. 17; SASSE, C.: en *Europa-Archiv* 1974, pág. 695 (701)]. Este criterio tan amplia y categóricamente formulado es criticado incluso por algunos defensores de esta teoría porque su aceptación conduciría a una *competencia-mamut* prácticamente ilimitada (SCHUMACHER, H. H.: *loc. cit.*, pág. 31) o porque también incluiría indebidamente, por ejemplo, la Política de Transportes con terceros Estados (MAAS, H.: *loc. cit.*, pág. 16). Por último, hay quien considera como criterio decisivo el que los servicios sean «bienes incorpóreos objeto de intercambio comercial» [VEDDER, C.: *loc. cit.* (art. 113), punto 33; TROBERG, P.: *loc. cit.* (GROEBEN, H. v./THIESING/EHLERMANN, 4.ª ed.), pág. 926, punto 22].

(38) Como se desarrollará más adelante, la Comisión recurre con carácter subsidiario a los artículos 100A y 235 TCE. Vid. *infra*.

(39) EVERLING, U.: *Rechtsprobleme der gemeinsamen Handelspolitik in der EWG*, Beiträge zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierrecht, I,

en una interpretación excesivamente apegada a la literalidad de la oscura fórmula de compromiso del artículo 113 y en determinados argumentos de efectividad práctica. Una interpretación amplia del precepto conduciría, según esta misma teoría restrictiva, a conceder a la CE una *competencia-mamut* que sería inmanejable y que no podría respetar los complejos intereses que cada Estado presenta en esta materia. En el dictamen 1/94, tanto el Consejo como los Gobiernos de los Estados que han presentado alegaciones asumen, siquiera velada y parcialmente, esta postura doctrinal como base que les permita oponerse a una competencia exclusiva de la Comunidad para celebrar el GATS.

bb) Postura del TJCE

En los dictámenes 1/75 y 1/78, aunque el TJCE no había sido expresamente llamado a pronunciarse, dejaba traslucir una postura favorable a la tesis defensora anteriormente descrita (40). En el dictamen 1/94, como preludeo de su decisión, retoma la jurisprudencia de los citados dictámenes de la década de los setenta para sostener una vez más que, habida cuenta de la evolución que está sufriendo el comercio internacional, «el ca-

Göttingen 1965, pág. 189 (205), existe una versión inglesa bajo el título «Legal Problems of the Common Commercial Policy in the EEC», en *CMLR* 1966-67, pág. 141; vid. el resumen ofrecido por PESCATORE, P.: «Les relations extérieures des Communautés Européennes», *RCADI* 1961, II, págs. 9-14 y 80-95 (especialmente pág. 85); TOMUSCHAT, C.: «Die wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen der BRD und der VR Polen im Lichte der bestehenden vertraglichen Bindungen beiden Staaten», *WiR* 1974, pág. 154 (pág. 161, sí acepta incluir al menos las prestaciones de servicios ejercidas inseparablemente con una mercancía, por ej. la asesoría).

(40) En el primero de ellos, no hizo distinción alguna entre mercancías y servicios al reconocer la competencia exclusiva de la Comunidad respecto de los regímenes de ayuda a la exportación y las medidas relativas a los créditos destinados a la financiación de los gastos locales relativos a operaciones de exportación, ya que se ven *necesariamente* englobados en «el ámbito de la política comercial común y, más particularmente, [en] el de la política de exportación» (TJCE *Avis* 1/75, cit., pág. 1362). Y en el segundo de los dictámenes citados, el TJCE consideró, de forma aún más diáfana, que «la cuestión de los intercambios exteriores debe regularse desde una perspectiva abierta», debido a que «la circunstancia de que la enumeración por el artículo 113 de los fines de la política comercial (...) está concebida como una enumeración no limitativa». El Tribunal rechazó una interpretación del artículo 113 cuyo efecto fuera «reducir la política comercial común a la utilización de instrumentos destinados a producir efecto únicamente sobre los aspectos tradicionales del comercio exterior» (TJCE *Avis* 1/78, cit., ftos. 44 y 45).

rácter abierto de la política comercial común tal y como está definida en el Tratado se opone a que el comercio de servicios sea excluido desde un primer momento y por principio del ámbito del artículo 113» (fto. 41). Sin embargo, lo que parece anticipar una acogida favorable de las tesis presentadas por la Comisión, sufre un brusco giro argumental y el TJCE considera necesario tomar en consideración la definición de comercio de servicios adoptado por el GATS con la intención de comprobar si el sistema del Tratado constitutivo de la CE en su conjunto no es de una naturaleza tal que limite la inclusión del comercio de servicios en el ámbito del artículo 113. De modo que, en primer lugar, diferencia entre servicios en general y transportes, no incluyendo en la primera categoría más que uno de los cuatro supuestos de servicios que recoge el GATS. Únicamente el *suministro transfronterizo* (sin desplazamiento de personas) es susceptible de inclusión en el concepto de Política Comercial Común.

A este respecto, sorprende la pobre argumentación desplegada por el Tribunal para justificar la distinción entre los servicios citados y la sola inclusión del primero bajo el artículo 113. Según el TJCE, en este primer caso, «no existe ni desplazamiento del prestador al país del prestatario ni, a la inversa, desplazamiento del prestatario al país del prestador». Ello, pues, «no carece de analogía con el comercio de mercancías, el cual forma parte, sin duda alguna, del ámbito de la política comercial común tal y como está definida en el Tratado» (fto. 44). Y sorprende aún más la parquedad y lacónismo con que se solventa la no inclusión en la Política Comercial Común del *consumo en el extranjero, la presencia comercial y la presencia de personas físicas*. Con una interpretación sistemática y analógica, el Tribunal recoge la distinción que establece el artículo 3 TCE entre «una política comercial común» [art. 3 letra b) TCE], aparentemente referida tan sólo a la Unión aduanera de la letra a), y las «medidas relativas a la entrada y circulación de personas» [art. 3 letra d) TCE] para deducir, sin más, que «el trato aplicado a los nacionales de países terceros al atravesar las fronteras exteriores de los Estados miembros no puede considerarse comprendido en el ámbito de la política comercial» y respaldar, por último, su postura en el simple hecho de que «la existencia en el Tratado de capítulos específicos consagrados a la libre circulación de personas (...) revela que dichas materias no están englobadas en la política comercial común» (fto. 46).

A propósito de los transportes (41), el TJCE ya había establecido en

(41) Sobre su problemática específica, vid. VAN RIJN, T.: «Transport Policy and commercial Policy», en MARESCEAU, M., *op. cit.*, pág. 249.

el célebre asunto AETR que los Acuerdos internacionales en materia de transportes no están comprendidos dentro del ámbito de la Política Comercial Común debido a que puede derivarse de otras disposiciones del Tratado y de actos adoptados por las Instituciones de la CE en el marco de dichas disposiciones (42). Postura ésta que mantuvo en el dictamen 1/76 (43). Como quiera que el GATS comprende también los servicios de transporte y que sus Anexos regulan los transportes aéreos, así como las negociaciones sobre los transportes marítimos, el TJCE, en plena armonía con su jurisprudencia anterior, excluye los Acuerdos internacionales en materia de transporte del ámbito de la Política Comercial Común del artículo 113 (fto. 53). Debe entenderse, por tanto, que el título sobre los transportes y sólo ese título es el que constituye en el Tratado, el fundamento de los Acuerdos con países terceros en materia de prestación de servicios de transporte.

c) Las competencias externas implícitas de la CE.
La teoría del paralelismo (44)

La Comisión mantuvo, con carácter subsidiario, que la competencia exclusiva de la Comunidad para celebrar el GATS deriva, *implícitamente*, en primer lugar, de las facultades que confiere el Tratado a las Instituciones comunitarias en el plano interno, en segundo lugar, de la necesidad de concluir el Acuerdo para realizar el objetivo de la Comunidad y, por último, de los artículos 100A y 235 TCE (45).

(42) TJCE sentencia de 31.03.1971, as. 22/70 *Comisión/Consejo*, cit., fto. 16.

(43) TJCE *avis 1/76*, cit. Con base en esta jurisprudencia han sido celebrados al amparo del artículo 75 un buen número de Acuerdos con países terceros.

(44) El TJCE utiliza en todo momento una terminología que, en la línea seguida v.gr. por el profesor Kovar (KOVAR, R.: «Les compétences implicites: jurisprudence de la Cour et pratique communautaire», en DEMARET, P. (ed.), *op. cit.*, pág. 19), alude a las *competencias implícitas*, sin referirse en ningún momento al *paralelismo*, término éste más consolidado en la doctrina desde su utilización por Pescatore (*loc. cit.*) y Ganshof [GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J.: «Les relations extérieures de la CEE dans le domaine des politiques communes et l'arrêt de la Cour de Justice du 31 mars 1971», *CDE 1/1972*, pág. 127 (139: «parallélisme des compétences internes et externes», règle *foro interno, foro externo*)]. Vid. también GROUX, J.: «Le parallélisme des compétences internes et externes de la CEE», *CDE 1/1978*, pág. 3, con quien el término ya está consolidado.

(45) El artículo 100A TCE porque impone al Consejo una obligación jurídica

El TJCE había establecido, en efecto, que la competencia de la Comunidad para contraer obligaciones internacionales puede derivar, no solamente de una atribución explícita del Tratado, sino que también puede hacerlo de forma implícita de las disposiciones de éste (46). En su doctrina AETR y en su dictamen 1/76 abogó por la existencia de competencias de la Comunidad para actuar en el plano externo respecto de aquellas en las que la Comunidad dispone de competencia para actuar en el plano interno (47). En el caso que nos ocupa, establece, sin embargo, que

de actuar para obtener la consecución del mercado interior. Y el artículo 235 TCE porque serviría, en su caso, para atribuir a las Instituciones comunitarias las competencias externas necesarias, ya que —en opinión de la Comisión— concurren los requisitos exigidos por el precepto: el Acuerdo es necesario, contribuye a la realización de los objetivos específicos de la Comunidad y se refiere al funcionamiento del mercado común. En realidad, a juicio de la Comisión, la eventual acción unilateral de los Estados miembros fuera del marco comunitario podría constituir un obstáculo que llegara a poner en tela de juicio e incluso desmantelar gradualmente el mercado interior. Esta cuestión, a pesar de algunas referencias irónicas en las alegaciones de algún Estado, no es tan novedosa y descabellada como se pretende. De hecho, ya había sido planteada anteriormente por parte de un relevante sector doctrinal, vid. al respecto RAUX, J.: «Le recours à l'article 235 du Traité CEE en vue de la conclusion d'accords externes», en AAVV, *op. cit.* (*Mélanges Teigen*), pág. 407 (422). El autor analiza, en primer lugar, la posibilidad de recurrir al artículo 235 como fundamento complementario del título jurídico principal que representa el artículo 113. En segundo lugar, considera que la competencia externa basada en el artículo 235 podría resultar igualmente subsidiaria de la competencia interna que funda directamente una competencia externa.

(46) Cfr. a título de ejemplo TJCE *Dictamen 2/91*, cit., fto. 7.

(47) Según la denominada «doctrina del dictamen 1/76», la Comunidad podría disponer de una competencia exclusiva implícita en el ámbito internacional cuando determinadas disposiciones del Tratado hubiesen atribuido a las Instituciones comunitarias competencias internas para cumplir un objetivo específico y la participación de la Comunidad en el compromiso internacional fuera necesaria para lograr dicho objetivo (TJCE *Avis 1/76*, cit., ftos. 3 y 4). Por otro lado, según la «doctrina AETR», la Comunidad dispondría también de una competencia exclusiva implícita en aquellos supuestos en se hubiese elaborado Derecho derivado y los compromisos internacionales contuvieran normas que, de haber sido adoptadas por los Estados miembros fuera del marco de las Instituciones comunes, podrían afectar o alterar el alcance de las normas comunitarias existentes. Concretamente, en relación al artículo 75 TCE, estableció el TJCE que «la competencia de la Comunidad se extiende a las relaciones que entran en el ámbito del Derecho Internacional e implican, por consiguiente, en la esfera de que se trata, la necesidad de acuerdos con los Estados terceros interesados» (TJCE as. 22/70 *Comisión/Consejo*, cit., fto. 27. Subrayado añadido).

«la competencia externa de la Comunidad no se desprende *ipso facto* de su facultad de dictar normas en la esfera interna, ni siquiera en materia de transportes», de manera que «la competencia externa de la Comunidad sólo se convierte en exclusiva en la medida en que se hayan establecido normas comunes en la esfera interna» (fto. 77). A propósito de la «doctrina del dictamen 1/76», el Tribunal parece considerar que el GATS no resulta *necesario* para alcanzar los objetivos comunitarios ya que «en el Tratado no hay disposiciones que impidan a las Instituciones organizar, dentro de las normas comunes que adopte, acciones concertadas frente a países terceros, ni determinar las actividades que los Estados miembros deben adoptar frente al exterior» (fto. 79). A juicio del TJCE, existen, por tanto, otros medios para alcanzar esos objetivos comunitarios.

Pero es que, como aprecia Bourgeois, el Alto Tribunal comunitario va mucho más lejos respecto a su jurisprudencia anterior (48). El criterio de la necesidad se hace particularmente estricto. Al establecer que «la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en favor de los nacionales de los Estados miembros no está indisolublemente ligada al trato que se dispense en la Comunidad a los nacionales de Estados miembros de la Comunidad en países terceros» (fto. 86), se exige que la materia que cubre la competencia interna esté *indisolublemente ligada* a los aspectos externos de dicha materia. Las disfunciones que sobre la consolidación efectiva de las libertades de prestación de servicios y establecimiento en el interior de la CE produce, por tanto, el mantenimiento de medidas nacionales sobre prestaciones de servicios y sobre inversiones provenientes de Estados terceros no son suficientes para convertir en *necesaria* la conclusión del GATS. Como escribe el mismo autor, el criterio de la necesidad se convierte en realidad en un especie de criterio de proporcionalidad.

A mayor abundamiento, una vez establecido que «una competencia interna sólo puede engendrar una competencia exclusiva si se ejerce» (fto. 89) (49), el Tribunal procede a estudiar las bases jurídicas que permiten a las Instituciones comunitarias adoptar actos que definan el trato que debe otorgarse a los nacionales de países terceros. Tales cláusulas externas se recogen en numerosos actos adoptados por el Consejo al amparo de los artículos 54 y 57-2.º TCE, para la libertad de establecimiento, y puestos

(48) BOURGEOIS, J. H. J.: *loc. cit.*, págs. 17-18.

(49) La única excepción aceptada por el TJCE es el caso en que sólo pueda ejercitarse adecuadamente al mismo tiempo que la competencia externa.

en relación con el artículo 66 TCE, para la libertad de prestación de servicios. Los casos concretos en los que el legislador comunitario ha utilizado en la práctica dichos preceptos con respecto a los nacionales de países terceros son abundantes, especialmente en materia financiera, bancaria, seguros y telecomunicaciones (50).

El TJCE reconoce que, desde el mismo momento en que la Comunidad ha incluido en sus actos legislativos internos cláusulas relativas al trato que ha de otorgarse a los nacionales de países terceros o, lo que es más importante en esta sede, ha conferido *expresamente* a sus Instituciones competencia para negociar con los países terceros «adquiere una competencia exclusiva en la medida cubierta por dichos actos» (fto. 95). Sin embargo, cuando no exista cláusula expresa que faculte a las Instituciones para negociar con Estados terceros, el TJCE exige, para que éstas estén facultadas para dicha negociación, que «la Comunidad haya llevado una *armonización completa* del régimen de acceso a una actividad por cuenta propia» (fto. 96) (51). Así, se excluye, como base jurídica para fundar una competencia exclusiva externa, no sólo el artículo 235, sino también el artículo 100A TCE. En efecto, el TJCE descarta explícitamente «que una competencia de armonización en el plano interno, de la que no se haya hecho uso en un ámbito determinado, pueda llegar a constituir, en favor

(50) Existen, en efecto, Directivas inicialmente pensadas para el uso puramente interno que establecen también disposiciones que se aplican a las sucursales comunitarias de sociedades de Estados terceros. Tal es el caso por ejemplo del artículo 6 de la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DOCE L 135, pág. 5), el cual establece que los Estados miembros comprobarán si las sucursales establecidas por entidades de crédito cuyo domicilio social se encuentre fuera de la Comunidad gozan de una cobertura equivalente a la estipulada en la Directiva. Cuando ello no sea así, los Estados miembros podrán exigirles que se adhieran a un sistema de garantía de depósitos existente en su territorio.

Algunas Directivas llegan incluso a autorizar a la Comunidad a cooperar con las autoridades de países terceros (cfr. art. 8 de la Directiva 92/30/CEE del Consejo, de 6 de abril de 1992, relativa a la supervisión del entidades de crédito de forma consolidada, DOCE L 110, pág. 52) o a celebrar Acuerdos con esos países terceros para reforzar la eficacia de la legislación comunitaria (Directiva 87/345/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, por la que se modifica la Directiva 80/390/CEE, DOCE L 185, pág. 81, y la Directiva 89/298/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, por la que se coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables, DOCE L 124, pág. 8).

(51) Subrayado añadido.

de la Comunidad, una base para la competencia exclusiva en el plano externo dentro de ese ámbito» (fto. 88). De todo lo antedicho, el Tribunal deduce finalmente que «la Comunidad y los Estados miembros poseen una competencia compartida para celebrar el [GATS]» (fto. 98).

En conclusión, respecto a la «doctrina AETR», no basta que la Comunidad haya llevado a cabo *en gran medida* una armonización del régimen de acceso a una determinada actividad, sino que el TJCE obstaculiza sensiblemente el recurso a tal doctrina exigiendo una *armonización completa* (52).

C) El acuerdo sobre propiedad intelectual (TRIPs)

a) Contenido del TRIPs y compromisos contraídos por la CE

Los derechos de propiedad intelectual tienen, por su propia naturaleza y dimensión económica (53), un carácter netamente internacional que reclama una regulación transfronteriza (54), de manera que la Declaración de Punta del Este incluyó entre sus objetivos el de entablar negociacio-

(52) Cfr. el uso hecho que del requisito *en gran medida* hace el TJCE en *dic-tamen 2/91*, cit., ftos. 25 y 26.

(53) Cfr. a título ilustrativo *Libro verde de la Comisión sobre los derechos de autor y el déficit tecnológico* COM (88) 172 final, en especial capítulo 7, apdos. 7.4.4 hasta 7.4.8.

(54) En 1974 se creó en el seno de la ONU la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual todavía hoy es la única institución relevante de importancia mundial que opera en materia de propiedad intelectual. Sobre la estructura de la OMPI (Asamblea General, Conferencia, Comité de coordinación y Secretaría internacional), vid. EKEDI SAMNIK, J.: *L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*, París 1974, particularmente págs. 73 y ss. En general sobre su nacimiento y funciones, vid. VOYAM, J.: «Une nouvelle organisation intergouvernementale: L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle», en *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. 24, pág. 31. Existen igualmente vetustos Convenios internacionales que realizan una cierta armonización de estos derechos, destacando el Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión y el Tratado de Washington sobre Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados.

nes para lograr a nivel mundial una eficaz lucha contra la piratería en los derechos de propiedad intelectual (55).

El TRIPs abarca tanto la propiedad literaria y artística (derechos de autor y derechos afines), como la propiedad industrial (marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, patentes, dibujos y modelos industriales, know-how), excluyendo únicamente las obtenciones vegetales (56). La protección que ofrece es, sin embargo, de carácter mínimo ya que deja libertad a sus miembros para establecer una protección más amplia y para escoger los medios más apropiados para la ejecución de sus disposiciones (art. 1, apdo. 1.º TRIPs). Su operatividad es muy semejante a la estudiada para los servicios: recoge con carácter general la cláusula de la nación más favorecida y el principio del trato nacional y permite, de manera particular, una serie de excepciones a ambos principios.

b) La cuestión competencial

La respuesta dada por el TJCE a la pregunta de la Comisión (57) discurre de modo paralelo a la vista para los servicios. Excluye con carácter general al TRIPs del ámbito de la Política Comercial Común (fto. 71), rechazando que las normas relativas a los derechos de la propiedad intelectual estén estrechamente vinculadas al comercio de los productos y de los servicios a los que son aplicables. Como única excepción se aceptan las disposiciones referidas a la prohibición de despacho a libre práctica

(55) Cfr. *FOCUS-Bulletin d'Inforamtion (GATT)*, núm. 43 (enero/febrero) 1987, pág. 1. Cfr. *in extenso* ZHANG, S.: *De l'OMPI au GATT - La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle*, Ed. Litec, París, 1994, especialmente págs. 251-267. Una excelente visión sobre las negociaciones que en materia de propiedad intelectual tuvieron lugar hasta 1991 en el seno del GATT y sobre la problemática general que planteaban la ofrece COTTIER, T.: «The Prospect for Intellectual Property in GATT», *CMLR* 2/1991, pág. 383.

(56) Cfr. art. 1, apdo. 2 del TRIPs. Un análisis pormenorizado de su contenido se encuentra en ZHANG, S.: *op. cit.*, págs. 331-352. Vid. también BRONCKERS, M. C. E. J.: «The Impact of TRIPs: Intellectual Property Protection in Developing Countries», *CMLR* 6/1994, pág. 1245 (1251-1278).

(57) Sobre el engarce de la protección de la propiedad intelectual en la Política Comercial Común, vid. GOVAERE, I.: «Intellectual Property Protection and Commercial Policy», en MARESCEAU, M.: *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht 1993, pág. 197.

de mercancías con usurpación de marca. Por otra parte, al tratar las eventuales facultades externas implícitas, el TJCE rechaza la idoneidad de la referencia al dictamen 1/76 porque «la unificación o armonización de la propiedad intelectual en el marco comunitario no debe necesariamente ir acompañada, para tener un efecto útil, de acuerdos con países terceros» (fto. 100). Excluye, igualmente, los artículos 100A y 235 TCE como base para una competencia exclusiva de la Comunidad (fto. 101). Como corolario argumental, una vez rechazada la aplicabilidad al caso de la denominada doctrina AETR (ftos. 102 a 104), concluye que «la Comunidad y sus Estados miembros poseen una competencia compartida para celebrar el [TRIPs]» (fto. 105).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El dictamen despeja, en todo caso, el camino para que la Comunidad y los Estados miembros pudiesen cumplir a tiempo sus compromisos internacionales respecto del Acuerdo de la OMC y sus anexos. Ciertamente, no puede perderse tampoco de vista al enjuiciar la postura jurisprudencial que, como señalaba recientemente el Editorial de la *Common Market Law Review*, «the Opinion is very much an act of arbitration; in striking a balance between the extreme positions taken it has much of a compromise» (58). Sin embargo, la argumentación jurídica desplegada por el Tribunal no siempre resulta enteramente satisfactoria.

Respecto a la consideración de las mercancías, el TJCE clarifica su inserción en el ámbito de la Política Comercial, superando definitivamente el arcaísmo y anacronismo del artículo 71 TCECA como supuesta *lex specialis*, de manera que las mercancías CECA también se incluyen en el artículo 113 TCE si se encuentran inmersas dentro de un acuerdo comercial de carácter general. Lo propio cabe decir de los productos agrícolas y fitosanitarios en relación con el artículo 43 TCE.

Sin embargo, a nuestro juicio, el resultado al que llega el TJCE respecto de los servicios y determinados aspectos de los derechos de propiedad intelectual ligados al comercio no parece óptimo. Resulta efectivamente discutible si disponía de base jurídica suficiente para haber incluido las cuatro modalidades de servicios dentro de la competencia exclusiva de la

(58) Cfr. *CMLR* 2/1995, *loc. cit.*, pág. 385.

Comunidad (59). Pero lo que no parece aceptable es el laconismo con que solventa la argumentación. Si bien es cierto que, con ocasión de las negociaciones sobre el TUE, los Estados miembros se habían negado a introducir expresamente, como pretendía la Comisión (60), los servicios en el ámbito del artículo 113 y que la barrera marcada por la literalidad del Tratado parece imponer serios límites, no puede tampoco desdeñarse que actualmente resulta extremadamente difícil defender en la práctica que el comercio de servicios no sea comercio ni que los acuerdos que celebran en esta materia no formen parte de su política comercial. Además, las propias medidas de retorsión cruzada que permite el Acuerdo OMC, demuestran *in concreto* la insoluble imbricación que en la Política Comercial existe entre mercancías y servicios (y mucho más entre mercancías y los derechos de propiedad intelectual a ellas ligados). Máxime cuando el GATS tanto en sus instrumentos como en sus compromisos concretos es paralelo y, hasta cierto punto, inseparable del GATT. Ello por no hacer referencia a los serios problemas operativos y funcionales con que se en-

(59) Podría considerarse que la existencia en el Tratado de un capítulo específico consagrado a la libre circulación de personas tan sólo se refiere a la eliminación de los obstáculos existentes a su completa materialización entre los Estados miembros de la CE y, en modo alguno, a las relaciones comerciales que se establezcan entre la CE y Estados terceros, como es el caso de la Política Comercial. El artículo 59-2 TCE, el cual otorga al Consejo la facultad de ampliar las ventajas de la regulación que recoge el Tratado sobre los servicios a los prestadores de servicios nacionales de un Estado tercero *que estén establecidos dentro de la Comunidad*, no tiene por qué oponerse en absoluto a la inclusión del comercio de servicios en el artículo 113 TCE. Nos encontramos ante una simple norma interna de alcance muy definido y que no puede servir de base jurídica para una política convencional, la cual por definición ha de pretender cubrir todas las modalidades de prestación internacional de servicios, tal y como hace el GATS.

Además, como el propio TJCE señaló en el dictamen 1/75, «el concepto de política comercial tiene el mismo contenido, ya se aplique a en la esfera de actuación internacional de un Estado o en la Comunidad» (TJCE *Avis 1/75*, cit., pág. 1362).

(60) La Comisión, en su propuesta de 21 de octubre de 1990 a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política, pretendía que los servicios y la propiedad intelectual, así como también los capitales, el establecimiento, las inversiones y la competencia formarán parte del concepto de Política Comercial (Boletín CE, Suplemento 2/91, pág. 92). Los Estados miembros, sin embargo, no aceptaron tal propuesta. La Comisión no puede, por tanto, pretender introducir ahora vía judicial lo que no logró por la vía legislativa. Sobre esta cuestión vid. MARESCEAU, M.: «The Concept "Common Commercial Policy" and the difficult Road to Maastricht», en *ibidem* (coord.), *op. cit.* (*The European...*), pág. 3 (7).

contrará la Comunidad en el escenario internacional para poner en práctica en el futuro las pautas marcadas por el TJCE (61). El dilema era ciertamente *shakespeariano*, pero la opción adoptada no es precisamente «el florón del birrete de la fortuna» jurisprudencial.

En relación con el paralelismo, el dictamen 1/94 supone un serio retroceso frente a las denominadas «doctrina del dictamen 1/76» y «doctrina AETR» (62) e introduce un cierto elemento distorsionador. Hubiera resultado perfectamente factible incluir las cuatro modalidades de servicios contempladas en el GATS dentro de la competencia interna de la Comunidad y deducir, conforme a la citada «doctrina del dictamen 1/76» que la participación de la Comunidad en el compromiso internacional es necesaria para lograr el objetivo comunitario perseguido por la competencia interna. En efecto, no sólo el *suministro transfronterizo* encuentra encaje en el TCE (63), sino también las otras tres modalidades (64).

(61) Ciertamente es una cuestión extrajurídica ajena a la discusión competencial de fondo, pero en la práctica puede conducir a serias distorsiones en la consideración del Acuerdo OMC y sus anexos como paquete único, a una seria relativización en el tratamiento de la CE como una parte contratante y a un cierto desequilibrio en favor de las actuales fuerzas centrífugas de los Estados frente a la fuerza centrípeta de la Comunidad.

(62) Cfr. en este mismo sentido HILF, M.: «EG-Aussenkompetenzen in Grenzen - Das Gutachten des EuGH zur Welthandelsorganisation», *EuZW* 1/1995, pág. 7 (8).

(63) TJCE sentencia de 03.12.1974, as. 33/74 *van Binsbergen*, Rec. 1974, pág. 1299.

(64) El *consumo en el extranjero* ha sido reconocido como prestación de servicios en el sentido del Tratado cuando un consumidor (prestatario) de servicios de un Estado miembro recibe un servicio en otro Estado miembro. Tal sería el caso del estudiante, enfermo o turista que se traslada a otro Estado miembro en busca de una prestación de servicios, incluso aunque esta sea potencial [cfr. TJCE sentencias de 31.01.1984, as. 286/83 y 26/83 *Luisi y Carbonne*, Rec. 1984, pág. 401 (fto. 10); vid. igualmente sentencias de 26.02.1991 en los as. C-154/89 *Comisión/Francia*, C-180/89 *Comisión/Italia* y C-198/89 *Comisión/Grecia*, Rec. 1991, pág. I- 659, ftos. 9 y 10]. Lo propio cabe decir del *movimiento (transfronterizo) de personas* para prestar un servicio en el territorio de otro Estado miembro, el cual constituye el caso típico de servicio en el sentido del artículo 60 TCE. Y por último, por lo que respecta a la *presencia comercial*, el artículo XXVIII letra d) del GATS acoge una definición tan amplia que, sin mayor problema, podría encontrar también encaje en las disposiciones del Tratado sobre prestaciones de servicios y derecho de establecimiento. Por tal *presencia* (que no establecimiento fijo) comercial se entiende «todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios de la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica o la creación o

Sorprende igualmente (65) que el TJCE desaproveche las posibilidades que, para limitar las competencias nacionales, le brindaba el principio de cooperación leal del artículo 5 TCE, el cual no es ni tan siquiera citado en el centenar largo de fundamentos jurídicos que integran el dictamen (66).

La Política Comercial, diseñada en 1957 para abarcar únicamente a las mercancías y los aranceles, ha perdido su premisa de partida empírica desde el mismo momento en que la interdependencia creciente de las relaciones económicas concatena indefectiblemente los diversos aspectos del comercio internacional. Hoy se plantea el problema con los servicios y la propiedad intelectual, pero pronto lo hará respecto a cuestiones sociales (*dumping* social), competencia (67) o medio ambiente (68), por lo que habrá que replantearse seriamente si no resultaría más adecuado conceder en el futuro a la Comunidad una competencia en materia de relaciones económicas externas. En cualquier caso, es ésta una asignatura pendiente que ha de aprobar el legislador y no el TJCE, el cual, entre tanto, tendrá que seguir moviéndose entre arenas movedizas de forma que sea cual sea la decisión por la que opte nunca resultará enteramente satisfactoria.

Abril, 1995

mantenimiento de una sucursal o de una oficina de representación, dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio».

(65) Quizá no resulte totalmente ajena a esta postura jurisprudencial la seria advertencia lanzada por el Tribunal constitucional alemán en su ya famosa sentencia de 12 de octubre de 1993 sobre el TUE. Desde ese momento, se constata una postura jurisprudencial no excesivamente homeoestática.

(66) Sobre las posibilidades que ofrece el art. 5 TCE como límite a la competencia nacional, vid. por todos CONSTANTINESCO, V.: «L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire», en AAVV, *op. cit.* (*Liber amicorum P. Pescatore*), pág. 97 (112-114, referidas a la doctrina AETR).

(67) Cfr. BOURGEOIS, J. H. H.: «Competition Policy and Commercial Policy», en MARESCEAU, M., *op. cit.*, pág. 113.

(68) Cfr. DEMARET, P.: «Environmental Policy and Commercial Policy: The Emergence of Trade-Related Environmental Measures (TREM)s in the External Relations of the European Community», en MARESCEAU, M., *op. cit.*, pág. 305.

CRONICAS

CONSEJO DE EUROPA

