Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

LA INTERCONEXIÓN ENTRE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y DE LA UNIÓN EUROPEA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Programa: Derecho y Justicia

Presentada por Naiara Arriola Echániz

Dirigida por la Dra. María Pilar Canedo Arrillaga y el Dr. Luis Ignacio Gordillo Pérez

Bilbao, 2 de julio de 2015

A mis padres, por Invictus

A mi hermana, por Casandra

ABREVIATURAS EMPLEADAS

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo sobre la OMC)
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (Anexo 1B del Acuerdo sobre la OMC)
BM	Banco Mundial
BOE	Boletín Oficial del Estado (del Reino de España)
CECA	Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CE, Comunidad	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
Coord.	Coordinador
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Dir.	Director, directores
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional español
Ed.	Editor, editores
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC)
Estado(s) miembro(s)	Estados miembros de la Unión Europea
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT de 1947	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT son sus siglas en inglés)

GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
GE	Grupo(s) Especial(es) de la Organización Mundial del Comercio
Miembro(s)	Estados y uniones aduaneras miembros de la Organización Mundial del Comercio
MEPC	Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales de la Organización Mundial del Comercio (Anexo 3 del Acuerdo sobre la OMC)
MIC	Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio (Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC)
MSF	Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC)
OA	Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEPC	Órgano de Examen de las Políticas Comerciales de la Organización Mundial del Comercio
OIC	Organización Internacional del Comercio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
OSD	Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio

OCT	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit.	*Opus citatum* (obra citada)
PCC	Política Comercial Común de la Unión Europea
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
ROC	Reglamento de Obstáculos Técnicos al Comercio
SPG	Sistema de Preferencias Generalizadas
SSD	Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STG	Sentencia del Tribunal General
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TG	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TUE	Tratado de la Unión Europea

UE	Unión Europea
Vide	*Videtur* (véase)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN 15

PARTE PRIMERA. LA GLOBALIZACIÓN, EL ESTADO Y EL COMERCIO INTERNACIONAL 21

CAPÍTULO PRIMERO. EL DESBORDAMIENTO DEL ESTADO EN UN CONTEXTO GLOBALIZADO 23

I. La globalización como fenómeno jurídico-político 23

II. La teoría constitucional clásica en un contexto jurídico globalizado 33

III. El Estado como *Politeia* en proceso de reacomodación 40

CAPÍTULO SEGUNDO. EL SURGIMIENTO DE UN SISTEMA DE CONTROL DEL COMERCIO INTERNACIONAL 56

I. El Derecho constitucional postnacional como marco jurídico básico 56

II. La evolución histórica del control de legalidad en el sistema multilateral del comercio 66

III. La Política Comercial de la Unión Europea 72

1. La regulación de la Política Comercial antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa 74

2. La regulación de la Política Comercial tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa 77

3. Una evaluación de la Política Comercial 84

IV. La OMC como agente regulador del sistema multilateral del comercio 86

1. La creación de la Organización Mundial del Comercio 92

2. El ordenamiento jurídico de la Organización Mundial del Comercio 94

3. Los principios básicos del Derecho de la OMC 98

4. El Sistema de Solución de Diferencias 101

A. La naturaleza del SSD de la OMC 101

B. El marco jurídico del SSD: el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias 108

C. La estructura institucional del SSD de la OMC 115

5. La interacción del SSD de la OMC con los poderes estatales 123

PARTE SEGUNDA. EL IMPACTO DEL DERECHO DEL GATT/OMC EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA 129

CAPÍTULO PRIMERO. LA POSICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA 131

I. El ordenamiento jurídico de la UE, ¿sistema monista o dualista? 131

II. Los elementos que rigen la relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión 138

III. La jurisprudencia del TJUE sobre la incorporación del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE 144

CAPÍTULO SEGUNDO. LA VINCULACIÓN ENTRE LA UE Y EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO 171

I. La participación de la UE en el GATT/OMC 171

1. La participación de la UE en el GATT de 1947 171

2. La participación de la UE en la OMC 174

II. La posición del Derecho del GATT/OMC dentro del ordenamiento jurídico europeo 183

1. La posición del GATT de 1947 183

2. La posición del Acuerdo sobre la OMC dentro de la UE: ¿monismo o dualismo en el ámbito del sistema multilateral del comercio? 185

III. La efectividad del Derecho del sistema multilateral del comercio en la UE..... 188

1. La efectividad del GATT de 1947 dentro del ordenamiento jurídico europeo 188

2. La efectividad del Acuerdo sobre la OMC en el Derecho europeo 203

3. La efectividad y el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro de la Unión 217

IV. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto del Derecho del GATT/OMC en la UE 252

PARTE TERCERA. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROCESOS DE IMPLEMENTACIÓN DENTRO DE LA UE 265

CAPÍTULO PRIMERO. LOS ORÍGENES DEL DEBATE DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA OMC 267

I. El proceso de constitucionalización de la OMC 270

1. El «constitucionalismo económico»..... 271

2. La forma constitucional de la OMC..... 274

3. La dogmática constitucional de la OMC 276

4. Revisión del proceso de constitucionalización de la OMC 279

II. Especial referencia al Sistema de Solución de Diferencias como motor de constitucionalización de la OMC 281

1. La capacidad de crear Derecho dentro del SSD..... 283

2. La emisión de recomendaciones para el cumplimiento de las decisiones adoptadas 285

3. Revisión del proceso de constitucionalización generado en el marco del SSD 286

CAPÍTULO SEGUNDO. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL MARCO DE LA OMC 288

I. El procedimiento ordinario de solución de diferencias 288

II. Los medios diplomáticos de solución de diferencias 299

1. Buenos oficios, conciliación y mediación 299

2. Procedimiento alternativo de arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD 301

III. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD 303

CAPÍTULO TERCERO. TIPOLOGÍA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL SSD DENTRO DE LA UE 318

I. El concepto de «implementación» derivado de la actividad del SSD 318

II. La implementación desde la perspectiva del SSD de la OMC 322

1. Implementación «determinada» 323

2. Implementación «perfecta» 324

3. Implementación «imperfecta» 325

4. Implementación «indeterminada» 327

III. La implementación desde la óptica de las instituciones de la UE 328

1. Implementación «exitosa» 329

2. Implementación «problemática» 330

3. Implementación «indeterminada» 331

CAPÍTULO CUARTO. REVISIÓN DE LAS PRÁCTICAS EUROPEAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DECISIONES ADOPTADAS EN EL MARCO DE SSD 333

I. La UE como parte demandada y condenada en el SSD 333

II. La interacción entre el SSD y las instituciones europeas en la solución de las diferencias 334

1. La diferencia de bananos desde la perspectiva de la UE 336

2. La diferencia de focas desde la perspectiva de la UE 367

CONCLUSIONES 375

ANEXO. DIFERENCIAS CLASIFICADAS DESDE LA ÓPTICA DE LA TIPOLOGÍA DE IMPLEMENTACIÓN 385

1. LA IMPLEMENTACIÓN «EXITOSA» 385

2. LA IMPLEMENTACIÓN «PROBLEMÁTICA» 389

3. LA IMPLEMENTACIÓN «INDETERMINADA» 390

FUENTES 395

1. FUENTES DOCTRINALES 395

2. FUENTES NORMATIVAS 439

3. FUENTES JURISPRUDENCIALES 446

4. DOCUMENTOS INSTITUCIONALES 461

INTRODUCCIÓN

1. Definición del trabajo y objeto de estudio. La globalización es un fenómeno multidisciplinar que afecta a las sociedades actuales, a su forma de vivir y de organizarse. Uno de los ámbitos que más ha sufrido este proceso de interconexión global ha sido el comercio, lo que ha originado tanto ventajas para los operadores comerciales y sus consumidores como peligros que el Derecho debe tratar de controlar. Los ordenamientos jurídicos nacionales han tratado de regular los problemas derivados de la globalización de la actividad comercial. Sin embargo, la propia práctica del comercio internacional muestra la incapacidad de los ordenamientos jurídicos nacionales para una solución de los problemas globales y demanda vías de gobernanza dentro de los ordenamientos jurídicos que se interconectan para generar una red de protección global en este ámbito.

En este contexto, el poder público debe tratar de organizarse en el ámbito global y el Derecho constitucional debería ser el fundamento para desarrollar ese sistema de control basado en normas. Hay distintas organizaciones internacionales que están tratando de implantar una globalización normativizada en el ámbito del comercio internacional, como son la Unión Europea (en adelante, UE) y la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC), que se van a analizar en la presente investigación.

El ejemplo de la UE es paradigmático porque la Unión tiene competencias propias en el ámbito del comercio internacional y porque además como organización internacional ha alcanzado un nivel de constitucionalización óptimo, convirtiéndose en una organización supranacional *sui generis* en este sentido. El proceso de constitucionalización de la UE puede ayudar a desarrollar parámetros de evolución constitucional dentro de la propia OMC.

El Sistema de Solución de Diferencias (en adelante, SSD) de la OMC es la pieza clave para asegurar el cumplimiento del Derecho de la OMC. Este mecanismo constituye una institución extraña en el ámbito del Derecho internacional donde la laxitud en la aplicación del Derecho es una característica inherente al propio sistema jurídico internacional. Este SSD supone en cierto modo una superación del marco jurídico internacionalista y puede definirse como una vía incipiente de adopción de principios constitucionales por parte de la OMC. Esta afirmación no está exenta de

polémica por lo que en la presente investigación se pretende revisar tanto la práctica del SSD como la doctrina en torno a la capacidad constitucionalizadora del SSD y por extensión de la posible constitucionalización del sistema multilateral del comercio promovido por la OMC.

La participación de la UE en el SSD supondrá la prueba empírica de la interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral de comercio y pondrá de manifiesto que las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la Organización y su posterior implementación provocan *de facto* fricciones entre el Derecho de la OMC, el Derecho de la UE y los Derechos nacionales de los Estados miembros.

La cuestión fundamental que se plantea en la presente investigación es la siguiente, ¿qué papel juega el SSD de la OMC como promotor de la constitucionalización dentro del ámbito del comercio internacional? La nueva realidad globalizada e interconectada sirve a la doctrina constitucionalista para la reconfiguración de la teoría clásica del Derecho constitucional y el desarrollo de un nuevo Derecho constitucional postnacional. Por un lado, desde un punto de vista más formalista, la constitucionalización se puede dar desde una perspectiva externa. Esta forma de constitucionalización supone la ordenación de las normas propias de cada organización y la depuración de los sistemas de solución de conflictos. El desarrollo del Estado de Derecho y la existencia de un sistema de fuentes del Derecho que ordenen todas las normas jurídicas dentro de un Estado constituyen las bases de esta constitucionalización externa. Por otro lado, desde una perspectiva eminente material, la constitucionalización se puede producir por la humanización de cualquier organización (constitucionalización interna). Este proceso supone el reconocimiento de unos Derechos fundamentales para los ciudadanos y la garantía de los mismos frente al poder público. Desde la presente investigación se pretende analizar la constitucionalización externa o federalización que se está produciendo dentro de la OMC como consecuencia de la actividad de su SSD tratando de proponer una serie de normas y principios que subsanen las antinomias entre dichos ordenamientos jurídicos en una línea similar a las normas y principios de los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales.

2. Justificación del objeto de estudio. La presente investigación analiza la creciente interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral de comercio dentro del marco jurídico-político de la UE y el posible desarrollo de un proceso constitucionalizador en este área. El estudio de las diferencias suscitadas ante el SSD de la OMC en los que la UE ha sido parte demandada muestra la fricción de normas que se produce en la actualidad entre el Derecho internacional, el Derecho de la UE y los Derechos nacionales de los Estados miembros cuando la UE es condenada por esta organización internacional. El cumplimiento de las decisiones que se adopten en el marco del SSD para poner fin a una diferencia provoca solapamientos entre el Derecho de la OMC, el ordenamiento jurídico de la UE y los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros que necesitan unas normas y principios de resolución de antinomias similares a las que los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo poseen.

El prisma que guía la investigación será el Derecho constitucional entendido como proceso de federalización (constitucionalización externa) y el intento de ubicarlo en una realidad global distinta del panorama estatista para el que surgió. Como se apunta más adelante, el proceso de globalización actual, la aparición de problemas de carácter global y la transnacionalización de la actividad política en un intento de controlar estos fenómenos han situado al Estado ante un nuevo escenario. La definición de dicha institución como la forma de organizar jurídico y políticamente a las sociedades nacionales tiene que reconfigurarse en un mundo globalizado. La participación democrática, el control del poder ejecutivo, la multiplicación de los centros de producción normativa, la ordenación de las fuentes del Derecho son elementos analizados por la doctrina científica para adecuarlos a la nueva realidad globalizada.

En este contexto complejo y cambiante se ubica la presente investigación que trata de analizar las relaciones interordinamentales que han surgido entre el Derecho constitucional nacional, el Derecho europeo y el Derecho de la OMC como consecuencia de la actividad del SSD. Estas relaciones además pondrán de manifiesto la posibilidad de crear un constitucionalismo a nivel transnacional.

3. Metodología. En la presente investigación prima el análisis jurídico-constitucional de las cuestiones que se susciten, también será necesaria la aplicación de principios y conceptos propios del Derecho internacional.

En la parte primera se emplea una metodología de carácter dogmática basada en la revisión de las distintas corrientes doctrinales respecto de la globalización y la creciente interconexión de ordenamientos nacionales e internacionales para la gestión de los problemas globales. La elección de esta metodología se justifica por el hecho de que los procesos de conocimiento que se están construyendo son variables y dinámicos y su modo de análisis debe ser capaz también de adaptarse a ellos, lo que a su vez facilita que se puedan avanzar hipótesis en aquellos casos en los que los datos empíricos aún sean difusos. Un elemento imprescindible en esta metodología es la noción de «*just noticeable difference*» («diferencia sustancial») para separar los cambios o las anomalías puntuales de los cambios reseñables y perdurables en el tiempo y que pueden ser seguidos y analizados como el origen de un posible cambio. Una corriente que podamos calificar como «diferencia sustancial» podría servir a la presente investigación como unidad genérica de medida para clarificar los posibles desarrollos que se desvíen de manera suficiente de los modelos previstos y esperados dentro del constitucionalismo tradicional, ayudando a desarrollar una explicación novedosa sobre el nuevo constitucionalismo postnacional que se puede estar desarrollando como consecuencia de la actividad del SSD de la OMC. Teniendo en cuenta el estado de la doctrina en esta cuestión se trata de proponer hipótesis para una mejor organización y coordinación de los ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio.

Las partes subsiguientes de la investigación (segunda y tercera) emplean una metodología empírica para el análisis de la jurisprudencia europea (parte segunda) y de las diferencias planteadas ante el SSD de la OMC (parte tercera) que permiten exponer cómo se produce en la práctica la interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio y los problemas derivados de la misma.

4. Estructura de la tesis y método de trabajo. La tesis está estructurada en tres partes y un apartado final de conclusiones. En la parte primera se emplea un método deductivo para analizar la situación de la globalización actual y el papel del Estado y de las organizaciones internacionales dentro la misma. Aquí se pone de manifiesto la

necesidad de adoptar ciertas normas que permitan organizar el solapamiento de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio dentro del ámbito de la UE. Este análisis se centrará en el papel de la OMC y de su SSD para tratar de estabilizar el comercio internacional y garantizar el cumplimiento del Derecho de la Organización en relación con la UE como Miembro de la misma. La multitud de fenómenos analizados nos permite desarrollar una primera aproximación al surgimiento de un «Derecho constitucional postnacional multilateral». Este concepto lo conforman un conjunto incipiente de principios que tratan de resolver las antinomias que se generan entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE y sus Estados miembros como consecuencia de las decisiones que ponen fin a una diferencia adoptadas en el marco del SSD de la OMC.

En la parte segunda el método de análisis será fundamentalmente inductivo donde se tratará de desarrollar un análisis empírico de la jurisprudencia europea para aclarar la posición y los efectos del Derecho de la OMC y de las decisiones adoptadas en el SSD. Además, se propondrán unos parámetros de carácter general sobre la incidencia del mismo en los ordenamientos jurídicos constitucionales de la UE y Estados miembros que orienten el análisis de la parte tercera.

En la parte tercera, en primer lugar, se desarrolla un análisis de las corrientes doctrinales existentes en torno a la constitucionalización de la OMC y sobre todo el posible papel del SSD como agente constitucionalizador del sistema multilateral del comercio. En esta parte, además, siguiendo con el método inductivo, se propone una clasificación de tipologías de «implementación» de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro del ordenamiento jurídico de la UE y sus Estados miembros. Por último se aplica una metodología comparada entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho constitucional postnacional para valorar la aparición y el desarrollo de este último en el ámbito del sistema multilateral del comercio como consecuencia de dicha implementación.

Por último, las conclusiones toman como fundamento la creciente interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral de comercio dentro del marco jurídico-político de la UE para justificar el posible desarrollo de un proceso constitucionalizador en esta área, y el surgimiento de un «Derecho constitucional

postnacional multilateral». Los procesos de implementación derivados de la actividad del SSD de la OMC cuando la UE es parte demandada y condenada en una diferencia están sujetos a intereses políticos y económicos que pueden desvirtuar la seguridad jurídica dentro del sistema multilateral del comercio. Esta circunstancia pone de manifiesto la necesidad de aplicar una metodología inductiva que nos permita extraer una regulación de rango constitucional para asegurar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del SSD.

5. Tesis que se defiende. El nivel de fricción entre el Derecho de la OMC, el Derecho de la UE y el Derecho de sus Estados miembros como consecuencia del cumplimiento y de la implementación de las decisiones adoptadas en el marco del SSD se reducirá a medida que se vayan clarificando las normas que resuelven las antinomias dentro de este complejo sistema de fuentes.

El análisis empírico del cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC y su implementación dentro de la UE permite extraer las líneas generales de relación entre ambos sistemas institucionales y jurídicos, tanto en los supuestos en que esta implementación se desarrolle de una manera pacífica pero sobre todo en los casos en los que se produzcan fracturas en el solapamiento del Derecho de la OMC y el Derecho de la UE. En aras de garantizar la gobernanza de los distintos sistemas jurídicos e institucionales dentro del sistema multilateral del comercio, propuesta de la presente investigación se enmarca dentro de lo que se podría denominar un «Derecho constitucional postnacional multilateral».

PARTE PRIMERA. LA GLOBALIZACIÓN, EL ESTADO Y EL COMERCIO INTERNACIONAL

CAPÍTULO PRIMERO. EL DESBORDAMIENTO DEL ESTADO EN UN CONTEXTO GLOBALIZADO

I. La globalización como fenómeno jurídico-político

6. El panorama global actual. En un intento de comprender el panorama global actual se proponen tres parámetros para el estudio de los cambios actuales. Un primer parámetro consiste en aquellas prácticas de las personas relacionadas con una autoridad superior, que incluyen sus lealtades, sus sentimientos de legitimidad, sus hábitos de obediencia y sus habilidades analíticas. Es un micro parámetro que se refiere a las orientaciones y al comportamiento de los individuos pero es además un parámetro global porque, a pesar de las diferencias culturales entre los individuos, éstos les permiten a sus líderes hablar en términos de políticas mundiales. Históricamente sólo se ha hecho referencia al micro parámetro porque los individuos no eran conscientes o no eran capaces de ubicarse en los complejos procesos de los asuntos o problemas globales y entendían que los líderes nacionales tenían autoridad suficiente en cualquier nivel de toma de decisiones políticas[1]. En segundo lugar, un parámetro estructural que consiste en aquellas reglas de gobernanza, regímenes informales, acuerdos legales, y otros acuerdos que permiten que se traten de resolver los problemas globales por macro colectividades: los estados, los grupos sub-nacionales y las organizaciones supra-nacionales. En tercer lugar, a su vez, estas macro colectividades no se organizan de una manera jerárquica sino que están sujetas a un parámetro relacional novedoso basado en aspectos tales como el pluralismo o la interdependencia[2]. En la presente investigación esta falta de organización jerárquica de los ordenamientos jurídicos se va a tratar de superar con un sistema de fuentes a nivel postnacional que regule y estabilice la relación de ordenamientos jurídicos en el sistema multilateral del comercio.

Para avanzar en este nuevo panorama transnacional es necesario esbozar los aspectos que *a priori* permiten afirmar la ruptura con el pasado. Primero, el universo de la política global consiste en dos mundos interactivos con miembros que se solapan: un mundo multi-céntrico de actores diversos y relativamente iguales, y un mundo estatista

[1] ROSENAU, J. N., *Turbulence in World Politics: A Theory of Change and Continuity*, Princenton University Press, Princenton, 1990, p. 88. Para profundizar en las relaciones internacionales en la actualidad y las nuevas instituciones que crean normas jurídicas, *vide*, entre otros, MACCORMICK, N., *Institutions of Law. An essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007.
[2] *Ibídem*, pp. 87-89.

en el cual los actores estatales son aún principales. Las normas que gobiernan la conducta de la política en el mundo multi-céntrico han implicado una disminución de la utilidad de la fuerza, forzando a la mayoría de sus actores a confinar la amenaza del uso de la fuerza a aquellas situaciones que surgen en el mundo estado-céntrico de la política internacional. El dilema de la autonomía entre los diversos actores constituye la fuerza directiva del mundo multi-céntrico y el dilema de la seguridad constituye una preocupación principal en el mundo estado-céntrico. Al mismo tiempo, en el último caso, se ha producido una confrontación entre los intereses que deben regularse conjuntamente en un mundo global frente a lo necesario para preservar el poder político y jurídico autónomo de los Estados. Como consecuencia de todo lo anterior, los cambios en el nivel de las macro estructuras y procesos han servido tanto para fuente como para producto de cambios micro-nivel donde los individuos ven los tradicionales criterios de legitimidad y autoridad superados por un nuevo criterio de actuación postnacional[3].

7. El origen de la globalización. La «globalización» se erige como el catalizador del panorama global actual que se acaba de plantear. Sin embargo, el origen de la globalización no es una cuestión pacífica en la doctrina[4]. Aunque la mayoría coinciden en tomar como referencia el origen de la globalización económica, hay autores que podríamos calificar como disidentes de la opinión mayoritaria que sitúan el origen de la globalización en tiempos de Marco Polo[5]. Esta creencia será compartida en el presente proyecto de investigación. Así, aun admitiendo el carácter multidimensional

[3] *Ibídem*, pp. 97-98.

[4] La bibliografía sobre la globalización y las corrientes doctrinales en torno a su análisis en inmensa, como guía *vide*, entre otros, FRIEDMAN, T. L., *The Lexus and the Olive Tree*, Anchor, New York, 2000.

[5] ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 160; CASADEI, R., *Los mitos de la nueva izquierda. Las profecías incumplidas de la globalización*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2005, pp. 27-29; FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, S.A., Madrid, 2001, pp. 49, 50. CASADEI afirma que el proceso de globalización actual parece avanzar mucho más rápido que en épocas pasadas por el fin de la Unión Soviética y de la guerra fría -causas políticas-; por el desarrollo de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación -causas tecnológicas-. También FARIA destaca características propias y significativas de la globalización actual que lo hacen distinguirse como un proceso inédito en la historia. Esta situación se debe a la superación actual de las restricciones de espacio por la minimización de las limitaciones de tiempo. La hipertrofia de la globalización económica tiene su origen en factores desarrollados a lo largo de los años setenta, ochenta y noventa pero el paso definitivo de la economía de la posguerra a la economía globalizada se da en los años noventa en FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, *op. cit.*, pp. 51, 95. T. FRIEDMAN y J. L. SAMPEDRO también afirman que ésta no es la primera vez en la historia en que vivimos una «era de globalización». DE SOUSA SANTOS también considera que el término globalización ha existido desde el comienzo de los tiempos históricos pero ha sido desde finales del siglo XIX cuando ha sufrido su mayor proliferación en todas las disciplinas de las ciencias sociales.

de la globalización actual, se defiende la creencia de que su origen lo marcó el desarrollo de la economía a nivel global, fenómeno conocido como «globalización económica». En este debate, HELD sitúa el proceso globalizador en la primera etapa de la formación del Estado y de la aparición de la economía moderna[6]. DAHRENDORF establece el origen de la globalización después de 1989[7]. GIDDENS adelanta el origen de la globalización a 1960, año a partir del cual fue posible la comunicación instantánea a nivel global, gracias a satélites efectivos por encima de la Tierra[8]. En el análisis del origen de la globalización BELLO distingue dos fases en la globalización[9]. En una primera fase globalizadora sitúa su origen a principios del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial. La segunda fase de la globalización transcurre desde 1980 hasta la actualidad[10]. La característica principal y la causa por la que destaque estos dos periodos históricos es la hegemonía del liberalismo durante ambos períodos. GRAY establece, también, que el mundo antes de 1914 es un precursor del mercado global actual[11]. BHAGWAIT también afirma que la globalización actual tiene su origen a finales del siglo XIX -asumiendo, tal y como hace BELLO, el parón que supusieron las dos Guerras Mundiales- pero este proceso ha existido a lo largo de toda la historia aunque sin la aceleración de la globalización económica actual[12].

8. La globalización y el globalismo. El sociólogo alemán BECK distingue conceptualmente entre el término globalización y el de globalismo[13]. Este segundo

[6] HELD, D., *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 126.
[7] DAHRENDORF, R., *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Ed. Crítica, Barcelona, 2005, p. 35.
[8] GIDDENS, A. citado en CASTELLS, M.; GIDDENS, A.; TOURAINE, A., *Teorías para una nueva sociedad*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, 2001, p. 76. Esta opinión también es compartida por TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?*, Carata, Madrid, 2007, p. 17.
[9] BELLO, W., *Desglobalización. Ideas para una nueva economía mundial*, Icara editorial, Barcelona, 2004, pp. 10-11.
[10] El establecimiento de 1980 como momento originario de la globalización actual también es compartido por: BOYS, G., *Una nueva servidumbre. Ensayo sobre la mundialización*, Editorial Universidad de Granada y Campus Universitario de Cartuja, Granada, 2004, pp. 26, 28; BAREA, M.; BILLÓN, M., *Globalización y nueva economía*, Encuentro, Madrid, 2002, p. 8.
[11] GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000, p. 82.
[12] BHAGWAIT, J., *En defensa de la globalización. El rostro humano en el mundo global*, Debate, Barcelona, 2005, pp. 29, 30.
[13] BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998. Este autor cosmopolita analiza los términos globalización y globalismo y también analiza un tercer término: la globalidad. Conceptos que mantiene y desarrolla en sus obras posteriores. En el presente apartado no dedicaremos especial atención al término globalidad ya que ésta es entendida como la experiencia que se deriva de la globalización y representa una afirmación de la realidad. En definitiva, la globalidad es un reflejo de la creciente dependencia o interconexión que

término es definido como una ideología neoliberal que reduce la pluridimensionalidad de la globalización a la dimensión económica y cuyo carácter explicativo radica en que la globalización es un proceso natural[14]. La evolución de las relaciones económicas tiene como consecuencia natural esta interconexión creciente entre las economías nacionales. La globalización queda reducida a la unidimensionalidad de la globalización económica, «(…) a la dictadura neoliberal del mercado mundial»[15]. El Estado nacional debe establecer una regulación mínima ya que será el mercado, por medio del libre juego de la oferta y la demanda, el que redistribuya los beneficios entre toda la sociedad. Para reforzar la diferenciación entre los términos globalización y globalismo, se propone un nuevo término que reúne todas las características que desde el punto de vista de la Teoría cosmopolita el concepto de globalización debería reunir, el concepto de «cosmopolitización», dejando el término globalización para referirse al globalismo[16].

FALK, sin embargo, entiende que antes de que se hicieran visibles los efectos negativos del proceso de globalización económica actual, el globalismo era entendido como un proceso positivo y no exclusivamente marcado por la ideología neoliberal[17]. Por esta razón, se distingue entre globalismo positivo y globalismo negativo para hacer más visibles las consecuencias positivas y negativas de la globalización económica neoliberal actual y también emplea el término globalización, sin ningún adjetivo añadido, para referirse a lo que BECK denomina globalismo.

Las corrientes doctrinales de izquierda critican la globalización actual y abogan por la creación de una globalización alternativa, una globalización al estilo de Porto

---

apuntamos como efecto de la globalización y no necesita un término específico para su designación ya que la globalización tiene más consecuencias y no debemos prescindir de ellas ni de su complejidad.

[14] El concepto de globalismo es muy próximo a lo que el autor socialista TAIBO – en TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?*, *op. cit.*, pp. 15-26 – define como globalización capitalista. Ésta es una apuesta por el desarrollo de un paraíso fiscal a nivel global que arrincone a los poderes políticos tradicionales y que se desentienda de cualquier problema humano, social o medioambiental del que sea responsable tanto directa como indirectamente. Para este autor, la globalización capitalista actual se encuentra controlada por Estados Unidos, la UE y Japón. Esta delimitación geográfica, en cambio, no es mencionada por BECK.

[15] BECK, U., *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 23.

[16] Con el término cosmopolitización se resalta, en términos generales, el carácter irreversible de la globalización actual, su multidimensionalidad y el incremento de las interdependencias recíprocas entre los Estados nacionales. En el presente trabajo de investigación no utilizaremos el concepto «cosmopolitización» ya que la doctrina cosmopolita aún no lo emplea en estos términos a excepción de U. BECK. Para más información sobre la diferenciación entre globalización y cosmopolitización, *vide* BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 18-21.

[17] FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, Siglo XXI de España, Madrid, 2002, p. 100.

Alegre[18]. Siguiendo esta última línea de pensamiento, FARIÑAS destaca el doble uso que se le da al término globalización. Por un lado, como concepto descriptivo de determinados procesos históricos de construcción social y, por otro lado, como concepto prescriptivo y normativo de una determinada estrategia política y económica. Debemos distinguir, por tanto, del aumento de los intercambios mundiales, del desarrollo tecnológico, el desarrollo de los medios de comunicación, por un lado, del apoyo políticamente interesado al descontrol económico existente en la actualidad, por otro[19].

9. El concepto de globalización defendido en la presente investigación. En la presente investigación se va a abandonar la dicotomía entre globalización y globalismo ya que la mayoría de la doctrina emplea el primero de ellos en sus análisis. No obstante, es preciso clarificar el concepto de «globalización» ya que sobre él giran multitud de opciones doctrinales diversas e incluso contradictorias. La globalización pudo tener su origen con la mundialización de la economía y del comercio pero en la actualidad es un fenómeno que abarca una realidad mucho más amplia que la estrictamente económica. Por este motivo en la presente investigación se va a defender que la globalización es un fenómeno de carácter multidimensional y multinivel. La globalización ha sido capaz de desbordar los contenedores nacionales e internacionales que se desarrollaron en el mundo hasta después de la Segunda Guerra Mundial para convertirnos en ciudadanos de una aldea con problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de solución obsoletos e insuficientes.

La globalización va a ser entendida también como un proceso natural e irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación a este nuevo escenario mundializado e interconectado. El hecho de que se reconozca que la globalización es un fenómeno irreversible no significa que no se considere que sea necesario un control sobre los procesos que genera y las consecuencias que provoca. De hecho, ante esta nueva realidad que desbordada los marcos conceptuales de

[18] CHOMSKY en MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002*, España, 2002, p. 42; FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 34, 152.
[19] FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, *op. cit.*, pp. 32, 33.

investigación y organización de nuestras sociedades modernas, la presente tesis propondrá la construcción de un nuevo «constitucionalismo postnacional multilateral» en el ámbito concreto del sistema multilateral del comercio para promover la seguridad jurídica y la ordenación de la interconexión entre los ordenamientos jurídicos dee la OMC, la UE y sus Estados miembros.

10. Las características principales de la globalización. La economía ha sido uno de los elementos que ha impulsado la interconexión global actual. Sin embargo, la globalización es definida como un fenómeno multidimensional que engloba otros ámbitos como la cultura, la sociedad, la política, las actividades criminales y las actividades financieras[20]. Se trata de un proceso de intensificación de las dependencias recíprocas que no se reducen al mercado mundial sino que también existe una globalización cultural, social, política, criminal y financiera[21].

La globalización también se define como un fenómeno multinivel. Los Estados ya no dominan a sociedades nacionales delimitadas por el principio de la territorialidad sino que en la actualidad se impone la diferenciación funcional de una única sociedad a escala mundial[22]. Según DE SOUSA SANTOS este proceso no se produce a la misma velocidad en todos los campos citados, por este motivo, propone distinguir grados de

[20] La globalización se entiende como un fenómeno que supera los aspectos de tipo económico, entre los autores que reconocen esta multidimensionalidad de la globalización pueden verse, entre otros, BHAGWATI, J. N., *En defensa de la globalización: el rostro humano de un mundo global*, Debate, Madrid, 2005 -aunque en su libro se centre, sobre todo, en la globalización económica reconoce esta característica de la globalización actual-; CASADEI, R., *Los mitos de la nueva izquierda: las profecías incumplidas de la antiglobalización*, Encuentro, Madrid, 2005, p. 27; CASTELLS, M.; GIDDENS, A.; TOURAINE, A., *Teorías para una nueva sociedad*, *op. cit.*, pp. 94, 75, 99, respectivamente; BOYS, G., *Una nueva servidumbre. Ensayo sobre la mundialización*, *op. cit.*, p. 153; FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, *op. cit.*, p. 49; FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, *op. cit.*, p. 35; HSIAO en BERGER, P. L.; HUNTINGTON, S. P., *Globalizaciones múltiples: la diversidad cultural en el mundo contemporáneo*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 65; MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS en CANCIO MELIÁ, M. (ed.), *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005)*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, con la colaboración del Colegio Notarial de Madrid y del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 19; MONEREO en MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002*, *op. cit.*, p. 118; DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005, p. 236.

[21] BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, *op. cit.*, p. 77.

[22] TEUBNER, G., «Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmounth, 1997, p. 22, citado en SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010, p. 34.

intensidad en la globalización. La globalización de alta intensidad aplicada a los procesos rápidos, intensos y relativamente monocausales de globalización como puede ser la economía. Este tipo de globalización tiende a dominar en situaciones donde las diferencias de poder son grandes y los intercambios muy desiguales. La globalización de baja intensidad se aplica a los procesos más lentos, difusos y más ambiguos en su causalidad que se producen de manera progresiva en todos los Estados a nivel mundial como puede ser la política pero, sobre todo, en aquellos que están más conectados con los procesos globalizadores de cualquiera de los otros campos.

Este proceso globalizador también es definido como un proceso artificial por la mayoría de autores próximos a las teorías cosmopolitas y a los movimientos antiglobalización aunque podemos encontrar salvedades como FALK, quien entiende que la dinámica actual se debe a un proceso espontáneo, y CASTELLS, para quien la globalización es el resultado inevitable de la revolución de las tecnologías de la información[23]. GRAY también considera que la globalización es un proceso histórico[24]. Para los defensores de la artificialidad de la globalización, ésta se ha desencadenado como consecuencia del desarrollo de la economía mundial, la tecnología, el incremento de las comunicaciones y, por tanto, no como efecto del proceso natural de evolución de la especie humana. Desde la corriente neoliberal se afirma que la globalización se presenta como un proceso espontáneo, automático, inevitable e irreversible. Este hecho, para DE SOUSA SANTOS, consiste en una falacia ya que esta corriente de pensamiento transforma las causas de la globalización en efectos de ésta[25].

---

[23] FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, *op. cit.*, p. 51; CASTELLS, M. citado en DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, *op. cit.*, p. 260, respectivamente.

[24] GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*, *op. cit.*, p. 75.

[25] DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, *op. cit.*, p. 260. La artificialidad del proceso de globalización es defendida por: ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, *op. cit.*, p. 161; así como por el cosmopolitismo: BECK, U., *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, *op. cit.*, p. 49 – este autor destaca sobre todo la artificialidad del concepto y afirma que este proceso se retroalimenta de la utilización de dicho concepto con el que se autocalifica, es decir, como lo denominan la globalización económica actual que lo creó –; GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Santillana, Madrid, 2000, p. 26; HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington*, Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2005, p. 105. Estos dos últimos autores hacen referencia al hecho de que la globalización política tiene su origen en la globalización económica y en el surgimiento de problemas a escala global ante los cuales los Estados nacionales se muestran disfuncionales. Desde la corriente de izquierdas, FARIÑAS, autora próxima a los movimientos antiglobalización, afirma que la globalización neoliberal actual es una construcción ficticia, es una ideología en sí misma y no un proceso histórico natural que oculta los grandes problemas sociales y

Otra característica de la globalización actual es su carácter de proceso irreversible. La opinión mayoritaria de la doctrina internacionalista defiende el carácter irreversible de la globalización, pero sin desistir en la creencia de que sí es posible controlar los efectos negativos provocados por el proceso actual[26]. Por lo tanto, la globalización está demasiado aceptada y arraigada como para que su impacto integrador fundamental sea reversible[27]. Sin embargo, DAHRENDORF considera que el proceso de globalización actual sí puede ser reversible porque no es imposible que las barreras eliminadas después de 1989 pudiesen reaparecer con una nueva modalidad en otros lugares [28] . DE SOUSA SANTOS defiende que esa otra globalización ya se está construyendo. Existe una nueva globalización política alternativa a la hegemónica «desarrollada a partir de la necesidad de crear una obligación política transnacional correspondiente a la que hasta ahora vinculó mutuamente a ciudadanos y Estados-nación. Esta obligación más amplia es por ahora meramente coyuntural, toda vez que todavía queda por concretarse (o imaginarse) una instancia política transnacional correspondiente al Estado-nación»[29]. Estos dos tipos de globalización coexisten en la práctica y se mantienen, por ello, en constante interacción y evolución[30]. DE SOUSA SANTOS distingue entre globalización hegemónica y contrahegemónica[31]. La primera es la globalización actual, es decir, la implantación de la economía neoliberal a nivel mundial, el desarrollo de un Estado mínimo, la disminución de prestaciones sociales. Esta globalización hegemónica amplía el concepto de globalismo ya que la ideología neoliberal tiene influencia no sólo en la economía global sino que también afecta a los demás aspectos globalizados tales como la política, la cultura, la sociedad, el

económicos que ellas misma origina en FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, *op. cit.*, p. 36.

[26] El carácter irreversible del proceso de globalización es respaldado, entre otros, por BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, *op. cit.*, p. 163; BECK, U., *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, *op. cit.*, p. 6; BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, *op. cit.*; FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, *op. cit.*, p. 205.

[27] FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, *op. cit.*, p. 205.

[28] DAHRENDORF, R., *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005, p. 35.

[29] DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, *op. cit.*, p. 280.

[30] *Ibídem*, pp. 280-281.

[31] Aunque DE SOUSA SANTOS distingue entre globalización hegemónica y contrahegemónica para una mayor claridad expositiva, este autor reconoce que habría que hablar dentro de cada una de estas esferas de globalización -en plural- ya que ésta se refiere a conjuntos de relaciones sociales y en la medida que éstos cambian cambia también la globalización de ahí que surja la necesidad de emplear el término en plural en DE SOUSA SANTOS, B.; GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. *Tomo I*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, p. 152.

medioambiente, la sanidad, etc. La globalización contrahegemónica es, por el contrario, la fuerza opositora que se está desarrollando a nivel mundial para superar los efectos negativos que produce el desarrollo de la globalización hegemónica es sus múltiples ámbitos de influencia. La legalidad y política cosmopolita subalternas son los principios alternativos y la lucha a través de las cuales se muestra la globalización contrahegemónica. Esta variedad de luchas políticas y jurídicas están guiadas por la idea de que las estructuras y prácticas político-jurídicas hegemónicas pueden ser confrontadas mediante principios alternativos de Derecho y política[32]. Dentro de lo que se ha denominado como globalización en la presente investigación confluyen luchas antagónicas entre la globalización hegemónica de ideología neoliberal y la globalización que podríamos denominar como contrahegemónica de carácter demoliberal y/o social[33].

El nuevo panorama globalizado incide en la distribución del poder político y lleva a una relación más estrecha la cooperación internacional del primer tercio del siglo XX. Los comienzos de esta cooperación se sitúan en uniones internacionales sectoriales tales como la Unión Postal Universal y la Unión Internacional de Telecomunicaciones, navegación, para dar paso en un momento posterior a organizaciones internacionales con mayor interconexión entre sus miembros como son el Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) y la OMC y organizaciones internacionales de alcance global como la ONU que engloban en sus seno uniones de carácter sectorial como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS)[34]. El factor inter-estatal del poder internacional está siendo sustituido por una mayor cooperación y dependencia mutua a escala global. Como exponente máximo de esta nueva forma de entender las relaciones supranacionales de los Estados destaca la UE.

11. Las propuestas doctrinales para constitucionalizar la globalización. La doctrina ha desarrollado distintas corrientes en torno a la posibilidad de que existan

[32] DE SOUSA SANTOS en DE SOUSA SANTOS, B.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (ed.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2007, p. 31.
[33] DE SOUSA SANTOS en DE SOUSA SANTOS, B.; GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo I, op. cit.*, p. 154.
[34] MEILÁN GIL, J. L., *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 23-24.

sistemas u organizaciones constitucionales al margen del Estado. Este debate surge como consecuencia de que las fuentes del poder jurídico y político se han multiplicado y, por tanto, el Estado ha perdido su hegemonía como ente constitucional[35]. En este contexto se enmarca el surgimiento de un «Derecho constitucional postnacional multilateral», del lado de la doctrina constitucionalista e internacionalista que entiende que es tanto deseable como posible adaptar el discurso históricamente estatista a un entorno legal postnacional. Dentro de esta corriente doctrinal se podrían situar las escuelas que defienden el constitucionalismo postnacional y el Derecho público postnacional mostrando un tipo de Derecho que era exclusivo del Estado, y cuya autoridad estaba estrechamente asociada con la del Estado – tanto Derecho constitucional como Derecho público – que en la actualidad debería de ser y es aplicado en un nuevo contexto de regulación no-estatista. Estas dos corrientes doctrinales comparten la misma combinación de aprobación (*endorsement*) de la legalidad estatal y del horizonte aspiracional postnacional[36].

Frente a este sector doctrinal se posicionan un conjunto de autores que niegan el horizonte postnacional. Estas corrientes doctrinales entienden que la globalización ha puesto de manifiesto algunas tensiones entre las normas vigentes pero este hecho no ha supuesto una transformación del sistema institucional y jurídico internacional[37]. No

[35] BONILLA MALDONADO, D., «Presentación. Estado-nación y globalización: soberanía absoluta, soberanía porosa y soberanía vacía» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, *op. cit.*; MARTÍN DE LA VEGA, A., «En torno a la teoria de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo, Estudios de Deusto», Vol. 57, Núm. 2, 2009, pp. 167-191.

[36] WALKER, N., «Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A Tale of Two Neologisms», *Transnational Legal Theory*, Vol. 3, Núm. 1, 2012, pp. 62-63. Los conceptos del constitucionalismo postnacional y Derecho público postnacional son definidos por WALKER como neologismos en aras de resaltar el hecho de que son términos que han sido recientemente acuñados por la doctrina en las relaciones legales transnacionales. La aparición de estas palabras se justifica por la necesidad de un nuevo lenguaje sobre la autoridad legal adecuado a una cambiante configuración política y económica globales en WALKER, N., «Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A Tale of Two Neologisms», *op. cit.*, p. 62.

[37] KRASNER, S., «Globalización y soberanía» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, *op. cit.*, p. 175; WALKER, N., «Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A Tale of Two Neologisms», *op. cit.*, pp. 66-71. Dentro de la corriente neorrealista se podrían situar, entre otros, CANOVAN, M., *National and Political Theory*, Edward Elgar, 1996, p. 80; GRIMM, D., «The Constitution in the Process of Denationalization», *Constellations*, Núm. 12, 2005, pp. 447-463; HALTERN, U., «Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination», *European Law Journal*, Vol. 9, Núm. 1, 2003, pp. 14-44; LOUGHLIN, M., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003; LOUGHLIN, M., *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010; SABEL, C.; ZEITLIN, J., «The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU», *European Law Journal*, Vol. 14, Núm. 3, 2008, pp. 271-327. Esta corriente doctrinal es diferente a aquella que critica las consecuencias negativas que la globalización produce en el medio ambiente, en las culturas globales y en la profundización de la desigualdad mundial

obstante, reconocen que todavía hay un debate no saldado sobre el auténtico impacto que los procesos globalizadores actuales imprimen en las formas en que se manifiesta la soberanía, como también en las estructuras y dinámicas del Estado, que requiere de la formulación de nuevos modelos analíticos que contribuyan a estabilizar dichas transformaciones[38]. La corriente doctrinal que defiende la existencia de un Derecho público transnacional pero a su vez niega la existencia de un Derecho constitucional postnacional se inserta dentro del proyecto del Derecho Administrativo Global[39].

II. La teoría constitucional clásica en un contexto jurídico globalizado

12. Los elementos esenciales o el contenido mínimo de una Constitución. La noción de Constitución es, de inicio, una cuestión controvertida[40]. Para unos es esencialmente organización, para otros equivale a legitimación, mientras otros inciden en su aspecto formal y normativo[41]. En este estudio se adoptará un planteamiento

---

pero que no niegan el impacto que la globalización tiene en la actualidad en los Estados y en su acción política tal y como se señala en SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, *op. cit.*, p. 27, nota a pie de página 10. En esta línea doctrinal de negación de la existencia de un horizonte transnacional se ha desarrollado una bibliografía que analiza grosso modo la relación entre la globalización actual y la adaptación del Estado para poder controlarla. *Vide*, entre otros, FALK, R., *Predatory Globalization: Critique*, Polity Press, London, 2000; GRAHAME, T.; HIRST, P., *Globalization in Question: The International Economy and the Possibilities of Governance*, Polity Press, London, 1996; KRASNER, S. D., «2. Globalization and Sovereignty» en SMITH, D.A.; SOLINGER, D. J.; TOPIK, S.C., *States and Sovereignty in the Global Economy*, Routledge, London, 1999, pp. 34-51; KRASNER, S. D., «Globalization and the State» en MANSFIELD, E. D.; SISSON, R. (ed.), *Contemporary Debates in International Relations*, The Ohio State University Press, Columbia, 2003; STIGLITZ, J. E., *Globalization and its Discontents*, W.W. Norton & Company, New York, 2002.

[38] SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, *op. cit.*, pp. 59-60.

[39] WALKER, N., «Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A Tale of Two Neologisms», *op. cit.*, p. 73. En relación con el proyecto del Derecho Administrativo Global destaca la siguiente bibliografía: AMAN, Jr.; ALFRED, C., *The Democracy Deficit: Taming Globalization through Law Reform*, New York University Press, New York, 2004; KINGSBURY, B.; KRISCH, N., «Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order», *European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 1, 2006, pp. 1-13; KRISCH, N., «The Pluralism of Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 1, 2006, pp. 247-278; VAN AAKEN, A., «To Do Away with International Law? Some limits to "The Limits of International"», *European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 1, 2006, pp. 289-308.

[40] Para una aproximación al concepto de constitución adoptado tras la revolución liberal, concepto racional normativo de constitución, *vide*, GARCÍA GUERRERO, J. L., «Las integraciones económicas supraestatales y los Acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución» en JIMINIÁN, M. V.; PRATS, E. J. (coord.), *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Liber Amicorum Juan Manual Perrellano Gómez*, Librería Jurídica Internacional, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, República Dominicana, 2014, pp. 544-591. Para una comparación entre el término constitución, constitucionalismo y constitucionalización, *vide*, JACKSON, V. C.; TUSHNET, M., *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999.

[41] SCHIMITT, C., *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot, München, 1928, pp. 29-62.

finalista, es decir, se concebirá a la constitución como el instrumento básico de protección de la libertad de los ciudadanos que forman cualquier comunidad política, mediante una doble vía, la garantía de unos Derechos fundamentales y la limitación del poder, para lo que se hace necesaria la introducción del elemento democrático[42]. La revisión de los elementos esenciales de cualquier Constitución pretende constituir el prisma sobre el cual se hará una revisión constitucional de la OMC y, sobre todo, de su SSD.

Según FRIEDRICH, la constitucionalidad de un gobierno se establece en atención a que se dé algo que es consustancial a la constitución: la limitación del poder[43]. Sin embargo, ésta no es una finalidad *per se*, sino que apunta, en última instancia, a la «salvaguarda de cada miembro de la comunidad política en tanto que persona, que ser humano. Se entiende que cada hombre posee una esfera de genuina autonomía»[44]. Por consiguiente, no se trata en principio de organizar la comunidad política sin más, sino de hacerlo de forma que la libertad esté asegurada. Hoy, a esa limitación contribuyen tanto los Derechos fundamentales y la separación de poderes como la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder. Por tanto, el contenido constitucional es reconducible a dos clases de elementos constitucionales: los llamados «liberales» y los «democráticos».

Para comenzar a hablar de los elementos constitucionales esenciales, hay que preguntarse qué hace que el funcionamiento de un gobierno o sistema político pueda ser calificado de constitucional. Como se ha visto, a ello se podría responder fácilmente que la existencia de una constitución escrita que lo defina como tal. Sin embargo, a pesar de la importancia evidente de este factor, la mera existencia formal no significa limitación real del poder, y muchas veces, tampoco respeto a unos mínimos Derechos fundamentales. Tampoco se puede responder a la cuestión planteada que la mera existencia de instituciones políticas o de un sistema político entraña la existencia de una constitución. De esta forma, se ampliaría el concepto de constitución en exceso para concluir que toda comunidad política tiene constitución, siendo ésta entendida en

[42] Para un análisis similar *vide* CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, Universidade, Santiago de Compostela, 2001, p. 167.
[43] FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América. Vol. I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, p. 257.
[44] *Ibídem*, p. 39.

sentido descriptivo e identificada con la particular forma de ser de cada comunidad política. No basta, pues, ni con una respuesta formalista ni con una de tipo sociológico o descriptivo. Lo que permite afirmar que un gobierno o poder político es constitucional sería, más bien, que su ejercicio se realiza con sometimiento efectivo a límites políticos y jurídicos que, a veces, constan en un documento y, otras veces, se desprenden de la jurisprudencia, la costumbre, las convenciones o los usos. Para la garantía de ese sometimiento, al menos del jurídico, es necesaria la existencia de un tercero imparcial que dirima los conflictos entre gobernados y gobernantes[45].

13. El Estado de Derecho. El Estado de Derecho hace referencia a una garantía constitucional de primer orden, a saber, aquélla que busca que el Derecho frene al poder político, evitando, o al menos reduciendo, sus posibles actuaciones abusivas o arbitrarias. Más en concreto, trata de que los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) estén sometidos al Derecho, y en especial el ejecutivo, que es el que entraña un mayor riesgo para la libertad y la seguridad física y jurídica de los gobernados. En cuanto a su contenido, el Estado de Derecho significaría, al menos, la sumisión de los poderes a los Derechos humanos (incluso el constituyente), a la constitución y la sujeción del poder ejecutivo a las leyes y a las sentencias judiciales[46].

A pesar de no existir una concepción única (o unánime) del Estado de Derecho, GORDILLO apunta que es posible distinguir dos modalidades, la judicial y la legal. La primera, típica del mundo anglosajón, implica que el poder político queda sometido al Derecho por medio de los jueces que aplican las mismas reglas al poder público y a los ciudadanos (judicialismo); en la segunda modalidad, propia del Continente europeo, la ley es el medio de materializar esa sumisión (legalista). Sin embargo, para que el funcionamiento del Estado de Derecho sea efectivo no basta con la sola presencia de un Derecho independiente del poder. Es preciso, además, que alguien se encargue de su

[45] CASS, D. Z., *The Constitucionalization of World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005, pp. 31-32; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, Vol. 53/2, Julio-Diciembre 2005, pp. 270-271.

[46] GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 271-272.

aplicación práctica y los llamados a hacerlo son los jueces[47]. Así, según LÖWENSTEIN, la independencia judicial implica que los jueces deben quedar protegidos de posibles influencias de los otros dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, en especial en los pleitos en los que éste último sea parte[48]. Hoy día, la independencia judicial aparece como un dogma constitucional recogido formalmente en la mayoría de las Constituciones y el imperio del Derecho se presenta como un elemento constitucional que existe allí donde hay un efectivo sometimiento del poder a ciertas normas, principios o valores jurídicos, es decir, al Derecho, garantizado por jueces imparciales[49].

14. Los Derechos y las libertades fundamentales. En general, los Derechos fundamentales suponen otorgar a los individuos ciertos Derechos subjetivos para proteger una esfera de autonomía frente a la actuación del poder[50]. Hoy está asentada la idea de que toda constitución debe contener una declaración formal de Derechos. Ello no obstante, la doctrina difiere considerablemente a la hora de determinar cuáles merecen la consideración de «fundamentales»[51]. De todas formas, acostumbra a distinguir entre los Derechos que tratan de configurar parcelas inaccesibles al poder, de inspiración liberal, y los Derechos que apuntan a la legitimación, participación y control del poder por los ciudadanos, de inspiración democrática[52]. En todo caso, hoy día se haría difícil calificar de tal una constitución que ignorase los Derechos básicos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[53].

15. La separación de poderes. La separación de poderes surgió en el marco de las luchas entre el parlamento inglés y el monarca, pero no fue formulada teóricamente

[47] Sobre la relevancia de los jueces en el Estado constitucional, especialmente en lo que atañe a su incidencia, *vide*, por ejemplo, LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 294-325.
[48] LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 295.
[49] GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 272-273.
[50] *Ibídem*, p. 273.
[51] *Ibídem*, p. 274.
[52] GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 353. LÓPEZ GUERRA, por su parte, clasifica los Derechos contenidos en la Constitución Española en atención a la garantía, en atención a la naturaleza y en atención al contenido en LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 136-139.
[53] Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

hasta LOCKE[54]. En efecto, fue dicho autor quien propuso este mecanismo que acabó por convertirse en un dogma constitucional[55]. Su formulación, aunque incompleta pues no mencionaba el poder judicial, supuso una innovación porque concebía la separación de poderes como un mecanismo constitucional. No se trataba de una mera división o especialización del trabajo, sino de una forma de limitar el poder para preservar la libertad. Unos años más tarde, MONTESQUIEU formuló la clásica versión tripartita de la separación de poderes que alcanzaría difusión universal[56].

La separación de poderes se gestó en un contexto histórico determinado y con una finalidad específica: limitar el poder absolutista que instauraron las monarquías en el continente europeo[57]. Esta separación de poderes se transformó en un principio general aplicable a todo Estado que se concibe como un «mecanismo constitucional destinado a impedir la concentración absolutista del poder y a garantizar la libertad de los ciudadanos»[58]. Su finalidad es política y coincide de lleno con la de la constitución: servir de límite a la actuación del poder. En este aspecto incide TORRES DEL MORAL cuando escribe que «la división de poderes no es ningún artilugio ingenieril para distracción de constitucionalistas sino que fue concebida desde el principio precisamente como una técnica de garantía de la libertad; la organización de los poderes públicos no tiene una justificación inmanente, sino que debe estar realizada de manera que, evitando el abuso y la irresponsabilidad del poder, facilite y garantice un ámbito de libertad e incluso la promueva[59]. Su meta es lograr la limitación del poder por medio del poder para asegurar la libertad, no a través de una realidad ajena a él como sucede en el Estado de Derecho o en los Derechos fundamentales[60].

Se acaba de indicar que hoy la separación de poderes es un dogma constitucional, que, sin embargo, está bastante desconectado de la realidad política, sin

---

[54] Siguiendo a GORDILLO en la presente investigación se empleará la expresión «separación de poderes», dada su consolidación política y académica, pero en su sentido funcional en GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 275.

[55] LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, especialmente, pp. 310-312, donde trata «Del poder legislativo, ejecutivo y federativo de la república».

[56] MOSTESQUIEU, C. DE S., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995, libro XI, cap. III.

[57] GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 276.

[58] CARRÉ DE MARBERG, R., *Teoría General del Estado*, UNAM, México, 1998, p. 743.

[59] TORRES DEL MORAL, A., *Introducción al Derecho constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 91.

[60] GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 276.

perder por ello su utilidad. Por esta razón, no faltan críticas hacia este mecanismo constitucional. Para LÓPEZ GUERRA, por ejemplo, «la complejidad organizativa de los Estados modernos, [supone] comprender el concepto de "poder" como el de "conjunto o agrupación de órganos". Así, el poder legislativo comprende o puede comprender varias Cámaras, y los órganos mediante los que éstas actúan (mesa, comisiones, etc.)». En segundo lugar, continúa dicho autor, «han surgido poderes no previstos en su clasificación (Tribunal Constitucional, Administración electoral, cuerpo electoral). Además de producirse un reparto territorial del poder en los Estados federales o regionales». En tercer lugar, la misma formulación inicial de la separación de poderes no fue entendida en sentido radical, pues, «en último término, ello significaría que cada poder sería absoluto en su área, con lo que un poder no podría "frenar a otro". Por ello, los diversos sistemas constitucionales han establecido fórmulas de control y colaboración entre los diversos poderes, de manera que el grado de separación entre ellos varía notablemente»[61].

Al margen de estas críticas, también hay que tener en cuenta que este principio originariamente respondía a la idea de equilibrio, de pesos y contrapesos, inspirada en la filosofía mecanicista. Hoy, en vez de ese equilibrio, se asiste a un claro predominio del ejecutivo sobre el parlamento que, por ejemplo, pierde su clásica función a favor de aquél. En definitiva, es probable que la separación de poderes en su formulación clásica esté superada, pero lo que es inadmisible constitucionalmente es la concentración o la monopolización del poder. A la mentalidad constitucional le repugna esta idea. Una garantía frente a ella parece ser el pluralismo institucional[62].

16. La democracia. En términos generales, la democracia apunta a la legitimación del poder político, a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y, en última instancia, al control y a la exigencia de responsabilidad política a los gobernantes[63].

[61] LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994 p. 73 citado en GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 276-277.
[62] *Ibídem*, p. 277.
[63] CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, pp. 183-184.

En la actualidad, la democracia conlleva la admisión del sufragio universal, libre, igual y directo de quienes componen una comunidad política, de manera que, el principio democrático cumple una función legitimadora del poder político, que sólo es reputado legítimo si cuenta con el consentimiento de los ciudadanos. Pero además, el principio democrático implica que los ciudadanos participan indirectamente (salvo cuando lo hacen directamente a través del referéndum o de la iniciativa legislativa popular) en la toma de decisiones políticas a través de representantes, dando origen a la democracia representativa. Estos representan al conjunto de la comunidad política, no a cada uno de sus miembros, lo cual nos sitúa ante el importante concepto de la representación política y el punto clave para el funcionamiento de todo sistema democrático: la elección de representantes[64]. No obstante, una realidad que aleja el poder político de la gestión directa de los ciudadanos es la materia misma de las distintas *policies* que están abocando hacia una tecnocratización en las esferas de poder[65].

Por otra parte, en relación con la elección de los representantes y con la universalización del sufragio está el nacimiento de los partidos políticos, que se han convertido en un instrumento imprescindible para el funcionamiento de las democracias contemporáneas donde hay que llegar a un electorado masivo. Hoy, resulta imposible comprender el funcionamiento de los sistemas democráticos sin el concurso de los partidos políticos, por ello, se han acuñado expresiones como «Estado de partidos», «democracia de partidos» o «partitocracia» para poner en evidencia el importante papel que juegan en la vida política y en el parlamento[66].

Además, cabría decir, en línea con LÖWENSTEIN, que el electorado constituye, a su vez, la válvula de escape ideal ante situaciones de falta de cooperación entre poderes, ya que como depositario de la legitimidad puede ser llamado a pronunciarse sobre un simple cambio en los titulares de los órganos (elecciones) o, incluso, sobre una

---

[64] GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 278. Sobre la representación política, *vide*, por ejemplo, FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América. Vol. II*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, pp. 13-38.

[65] CASS, D. Z., *The Constitucionalization of World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, *op. cit.*, pp. 45-47.

[66] GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 279. Para un estudio en profundidad sobre el tema, *vide* GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986.

alteración en el sistema de equilibrio entre ellos (reforma constitucional). De esta manera, aparecen íntimamente unidos los conceptos de separación de poderes y democracia, de tal suerte que, en la actualidad, ésta se convertiría en presupuesto casi indispensable de aquélla, ante la inexistencia misma[67].

III. El Estado como *Politeia* en proceso de reacomodación

17. Una aproximación a la situación actual del Estado. El mundo contemporáneo, sobre todo desde segunda mitad del siglo XX y principios del siglo XXI, está sujeto al proceso de globalización económica, política, jurídica e incluso social expuesta *supra*. El Estado ya no se puede entender como la institución soberana, autónoma y hegemónica propia de la época del Tratado de Westfalia. En la presente investigación ya se ha puesto de manifiesto como el Estado de Derecho, los Derechos y libertades fundamentales, la separación de poderes e incluso la democracia necesitan adaptarse desde la ciencia constitucional al mundo interdependiente e interconectado en que vivimos. En este apartado se propone una revisión del concepto de Estado y de su funcionamiento tratando de destacar cómo los problemas globales transforman la práctica de éstos y reclaman también un cambio en el *modus operandi* de las organizaciones internacionales.

18. El concepto de «problemas globales». Con el término «problemas globales» se quiere hacer referencia a aquellas situaciones, que dentro del ámbito competencial de los Estados, producen efectos más allá de las fronteras nacionales y que necesitan de una acción política conjunta para su gestión, por ejemplo en el ámbito de la seguridad y la economía, la regulación laboral y el medio ambiente, entre otros[68]. Como

[67] LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 153.

[68] La doctrina ha desarrollado multituld de aproximaciones hacia el análisis de los problemas globales y las posibles medidas nacionales o internacionales para tratar de gobernarlos y superarlos, *vide*, entre otros, BAYLIS, J.; SMITH, S.; OWENS, P., *The Globalization of World Politics. An introduction to international relations*, Oxford University Press, Oxford, 2008; GOLDBLATT, D.; HELD, D.; MCGREW, A.; PERRATON, J., *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, Polity Press, Cambridge, 2005. En concreto para la gestión de los problemas políticos dentro del contexto de los problemas globales ATTINÀ defiende la necesidad de crear una agenda global. Este autor afirma que para que cualquier tema pueda tratarse en la vida política es necesario que sea incluido en la política global por alguno de los sujetos políticos activos en dicha instancia en ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, *op. cit.*, «Capítulo 4: Globalización y nueva agenda», pp. 157-252. El término «agenda global» se utiliza para aglutinar de forma genérica todos aquellos problemas que han surgido derivados de la globalización y que no se puede resolver de forma autónoma por los distintos Estados nacionales sino que necesitan de la cooperación transnacional. Las consecuencias negativas de la globalización se pueden entender incluidos en la agenda global cuando su problemática se haya visto como un objeto que necesita

consecuencia de lo anterior, se pone de manifiesto la necesidad de una mayor cooperación interestatal en el desarrollo de la actividad política. Los Estados son interdependientes y necesitan cada vez más frecuentemente de organizaciones internacionales. Éstas promueven la dimensión supranacional de la acción política y se presentan como una institución viable y efectiva en el proceso de transnacionalización de la política nacional. La UE se presenta como ejemplo paradigmático de este desarrollo supranacional de la actividad política a nivel regional por la cesión de soberanía de sus Estados miembros a las instituciones de la Unión.

Producto de la interdependencia o de las nuevas tecnologías han surgido nuevos problemas, que constituyen más ejemplos de problemas globales: la contaminación atmosférica, el terrorismo, el tráfico de drogas, las crisis monetarias, cuya naturaleza es más transnacional que nacional [69]. En el ámbito estrictamente económico, la globalización de los flujos comerciales también ha puesto en evidencia el surgimiento de problemas globales. Como máximo exponente de ello destacamos la crisis financiera global que se inició en 2008 y que ha llevado a los Estados a poner en común su poder

---

de la acción política para su gestión y/o solución. HELD, acuña el concepto de problemas «intermésticos» para referirse al incremento de problemas que para su gestión y solución necesitan la combinación de política nacional y política internacional en HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington*, *op. cit.*, p. 132. Los problemas globales son aquellos que producen sus efectos negativos en varios Estados o, incluso, a lo largo de todo el globo. Este concepto se refiere, por ejemplo, al problema del calentamiento global, la crisis medioambiental global, las epidemias globales, el crimen global, la inestabilidad financiera global o el terrorismo global. Dichos ejemplos se enumeran en CASTELLS, M., *La era de la identidad. Vol. II. El poder de la identidad*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003, p. 357.

[69] ROSENAU, J. N., *Turbulence in World Politics: A Theory of Change and Continuity*, *op. cit.*, p. 13. En aras de gestionar los problemas de alcance global, DAHRENDORF propone la creación de «senados éticos». Según esta propuesta hay determinados temas, que por los conocimientos científicos que se exigen para poder tomar una opinión fundada sobre los mismos, deberían apartarse del debate parlamentario y del principio de la mayoría y debatirse en el seno de cámaras no elegidas, por medio de un procedimiento diferente al que está sujeto el debate parlamentario, alejado de juicios mediáticos y de campañas políticas propagandísticas. Aunque con esta propuesta no se solucionan todos los problemas ya que estos senados siguen limitados al territorio nacional y se contrarias a las de los demás Estados. Para ello es necesario adoptar formas de regulación internacional en relación con estas materias. Estos debates científicos podrían desarrollarse también en el seno de las organizaciones internacionales pertinentes en relación con el tema a tratar. Con el desarrollo de este tipo de instituciones se podría: a) controlar el debate de la comunidad científica; b) alejar estos debates de las campañas propagandísticas de los partidos políticos; c) superar las fronteras nacionales y la adopción de normas de carácter internacional. Esta propuesta defendida por Ralf Dahrendorf tiene rasgos coincidentes con la defensa de GUÉHEMO sobre la constitución de administraciones especializadas. Dichas administraciones formarían parte del aparato institucional del Estado y su función principal sería la elaboración de una regulación específica para los nuevos espacios desreglados que surgen como consecuencia del desarrollo tecnológico actual. Esta propuesta se puede ampliar revisando DAHRENDORF, R., *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, *op. cit*, p. 127; GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000, p. 92.

económico y promover un debate en torno a la necesidad de controlar y regular la globalización económica para evitar, en la medida de lo posible, sus consecuencias negativas.

19. El concepto de soberanía nacional. El concepto de soberanía absoluta que surgió en la Europa de los siglos XVII y XVIII se ha puesto en cuestión porque el Estado se ha visto desplazado por formas de autoridad transnacionales que recortan la base de legitimidad en la elaboración de decisiones en el marco nacional[70]. Esta pérdida de soberanía supone, como consecuencia, una pérdida de autonomía de las instituciones nacionales. Esta pérdida de soberanía por parte de las instituciones nacionales se ha producido de manera desigual. Así, los Estados más débiles son los que más notan el incremento de poder no sólo por las potencias estatales mundiales sino también por las agencias financieras y organizaciones internacionales y los actores transnacionales privados[71]. Desde distintos sectores de la doctrina se destacan aspectos que limitan la soberanía de los Estados. Así, por ejemplo, MEILÁN GIL señala que la soberanía fiscal de los Estados está limitada por los mercados, determinados acuerdos como los llevados a cabo en el marco de la OMC o los Convenios de Doble Imposición concluidos de forma bilateral por miembros de la OCDE[72].

Por el contrario, otros sectores de la doctrina consideran que defender la desaparición del Estado

> «(…) es una falsedad porque la expansión de las ideas conservadoras y clasistas de la globalización neoliberal no habrían podido desarrollarse ni persistir, como lo han hecho, sin la existencia de un poder estatal fuerte, que pusiera en marcha las normas universales de la

[70] BONILLA MALDONADO, D., «Presentación. Estado-nación y globalización: soberanía absoluta, soberanía porosa y soberanía vacía» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización, op. cit.*, p. 13; HELD, D., *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita, op. cit.*, p. 130.

[71] DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política, op. cit.*, p. 248. STRANGE considera que el nuevo contexto económico mundial ha producido una declinación significativa del poder político del Estado. Así, la autoridad del Estado se ha desplazado hacia el mercado y otros actores privados que hoy, de hecho, ejercen el poder político sobre la sociedad. Un síntoma de esta afirmación es la creciente delegación de autoridad a otras instituciones y asociaciones, a organismos locales y regionales, como también la creciente asimetría entre los Estados que tienen una estructura de poder fuerte y los Estados débiles. Para ampliar esta reflexión *vide*, STRANGE, S., *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, p. 4, citado en SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización, op. cit.*, p. 56. Para seguir avanzando en esta idea, *vide* GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit.*

[72] MEILÁN MEILÁN GIL, J. L., *Una aproximación al Derecho Administrativo Global, op. cit.*, pp. 69-70.

> globalización y de su particular proyecto político anti-intervencionista, esto es, que ejecutase medidas de desregulación jurídica en los ámbitos laborales, sociales y fiscales, es decir, que flexibilizara el mercado laboral, liberalizara el sector financiero, privatizara empresas públicas vinculadas a sectores estratégicos (transportes, telecomunicaciones, electricidad, gas, agua, instituciones penitenciarias…) y comercializara los servicios sociales de ciudadanía a gran escala (educación, sanidad, seguridad, pensiones, vivienda…)»[73].

En la doctrina internacional existe un amplio debate sobre la existencia real de una economía global que condicione las políticas económicas nacionales. Un sector de la doctrina entiende que la economía supera la capacidad de control y gestión de los Estados. Sin embargo otro sector considera que los Estados aún siguen teniendo posibilidad de acción política sobre sus economías[74]. En la presente investigación se defiende que la actuación del Estado se ha tenido que modificar en el ámbito de la soberanía económica. En una economía globalizada los márgenes con los que cuentan los gobiernos para intervenir con políticas proteccionistas se reducen. Pero ello no quiere decir que no conserven un cierto margen de intervención en materia monetaria, cambiaria y fiscal. De ahí que, lo que la globalización genera no sea una pérdida de soberanía de los Estados, sino más bien un cambio, una modificación del ámbito en que los gobiernos aplican y defienden la soberanía económica[75]. La globalización no produce una pérdida de soberanía en los Estados sino un cambio en la concepción tradicional de soberanía. Lo único que implica estrictamente una pérdida de soberanía

[73] FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, *op. cit.*, p. 182.

[74] Hay una corriente doctrinal que considera que los Estados sin poder económico suficiente para controlar y dirigir su economía nacional son potencialmente controlables por las empresas transnacionales y sus intereses económicos, dejando al margen el interés general de la sociedad civil a la que organizan y lideran. En esta líena argumental *vide*, entre otros, HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington*, *op. cit.*, «Primera parte: Economía», pp. 45-101; FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, *op. cit.*; GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, *op. cit.*; ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, *op. cit.*, p. 158. Otros autores consideran que el Estado nacional ha cambiado su posición en el plano económico, pero aún no ha sido suficientemente debilitado por los procesos y los flujso de la globalización como para poder afirmar que su poder regulador haya desaparecido de la escena económica, sirva como botón de muestra la bibliografía que se recoge a continuación, CORDERA CAMPOS, R.; RUESGA BENITO, S.M. (coord.), *El Estado ante la globalización. Políticas macroeconómicas. Migraciones y empleo*, Marcial Pons, Madrid, 2007. Sin embargo, hay un conjunto de autores que consideran incluso que el proceso de globalizacón actual ha adquirido una vida propia tal que ni los Estados mismos son capaces de controlar, en esta línea puede verse la bibliografía que se recoge a continuación, ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, *op. cit.*; CASTELLS, M., *La era de la identidad. Vol. I. La sociedad red*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2005, pp. 184, 185; FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, *op. cit.*, 2002.

[75] MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, D.; VEGA RUÍZ, Mª L.; Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, *La globalización gobernada: estado, sociedad y mercado en el siglo XXI*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2001, p. 142.

son los procesos de integración y, en todos los casos, se trata de una pérdida voluntaria[76].

20. El poder legislativo en la globalización. El Estado ocupa un lugar central en la actual estructura jurídica internacional ya que constituye el motor indiciario de los procesos de producción normativa a escala global dentro de las distintas organizaciones internacionales y regionales de las que forma parte. Las instituciones internacionales carecen frecuentemente de una maquinaria eficaz para garantizar la legitimidad democrática en la elaboración de leyes porque, a diferencia de los gobiernos nacionales, estas instituciones no proporcionan oportunidades adecuadas para la participación de los ciudadanos y de los agentes sociales en la toma de decisiones[77].

En el contexto internacional, HELD propone la constitución de una asamblea democrática global. Dicha institución estaría formada por una coalición de Estados y agencias democráticas, directamente elegida y con poderes efectivos cuyo objetivo genérico sería hacer avanzar la agenda de la socialdemocracia[78]. Dicha asamblea

> «(…) incorporaría a países europeos con fuertes tradiciones progresistas y socialdemócratas; a unos grupos progresistas de Estados Unidos, partidarios del multilateralismo y de la aplicación del imperio de la ley a la política internacional; a países en vías de desarrollo que luchan por conseguir normas comerciales más libres y justas para el sistema económico mundial; a organizaciones no gubernamentales que, desde Amnistía Internacional a Oxfam, promueven un orden mundial más justo, democrático y equitativo; a movimientos sociales transnacionales que ponen en cuestión la naturaleza y la forma de globalización actual, y a las fuerzas económicas que desean una economía global más fuerte y organizada»[79].

---

[76] *Ibídem.*

[77] PÁZTOR, T., «Redressing the Legitimacy Deficit within the World Trade Organization: The Aspect of External Transparency», *Legal Núm.s of Economic Integration*, Vol. 38, Núm. 2, 2001, pp. 165-168; Consejo Consultivo de la OMC formado por SUTHERLAND, P. (Presidente); BHAGWATi, J.; BOTCHEWEY, K.; FITZGERALD, N.; HAMADA, K.; JACKSON, J. H.; LAFER, C.; DE MONTBRIAL, T., *El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, OMC, Suiza, 2004. Para acceder al informe completo, *vide* <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/10anniv_s/future_wto_s.htm> (última revisión, 7 de octubre de 2011), p. 34.

[78] El desarrollo de esta Asamblea cosmopolita es una propuesta que D. HELD ha ido desarrollando a lo largo de varias de sus obras entre las que encuentra las que se señalan a continuación, HELD, D., *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita, op. cit.*, pp. 324-326; HELD, D.; MCGREW, A., *Globalización, antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 154; HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington, op. cit.*, pp. 206-210.

[79] HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington, op. cit.*, p. 206.

En el ámbito concreto de la OMC, PÁSZTOR propone una serie de reformas que podría lograr una mayor legitimidad y democratización en el proceso de toma de decisiones en el seno de la OMC[80].

El monopolio del poder legislativo del Estado también se ve superado por un contexto donde cada vez hay más agentes con capacidad de generar «*soft-law*», como las empresas transnacionales que aunque cuentan con una dudosa legitimidad democrática producen parámetros de actuación que se cumplen dentro de sus centros a escala global por ejemplo en el ámbito del Derecho laboral. En este contexto, el Estado sigue siendo la institución política constitucional única capaz de organizar a los individuos y a las sociedades en base a un sistema de normas democrático que promueva el bienestar común y proporcione seguridad y libertad[81]. Los Estados mantienen una elevada capacidad de movilización social ya que, con carácter general, toda experiencia histórica está ligada a un territorio. Incluso en los momentos actuales de globalización donde lo virtual se presenta en todos los ámbitos de la vida del individuo, la experiencia como desarrollo social concreto sigue manteniéndose vinculada a la pertenencia a un determinado Estado[82].

21. El desarrollo del Estado social en la globalización. En la actualidad, los servicios públicos son prestados, cada vez en mayor medida, por las empresas privadas[83]. Por ejemplo, en el campo policial y, más concretamente, en el servicio de

[80] PÁZTOR, T., «Redressing the Legitimacy Deficit within the World Trade Organization: The Aspect of External Transparency», *op. cit.*, pp. 168-187.

[81] ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, *op. cit.*, p. 158; TSOUKALIS, L., *¿Qué Europa queremos?: Los retos políticos y económicos de la nueva Unión Europea*, Paidós, Barcelona, 2004, p. 79.

[82] MONEDERO en DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, *op. cit.*, p. 25. Un sector de la doctrina considera que los Estados siguen concentrando la lealtad de sus ciudadanos, sirva como muestra la bibliografía que se recoge a continuación, ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, *op. cit.*, p. 184; HELD, D., *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*, *op. cit.*, p. 127; TOURAINE, A., *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 46. Esta lealtad nacional tiene como consecuencia que los ciudadanos de un determinado Estado favorecen a aquellos ciudadanos que consideren como conciudadanos. Este concepto de nacionalidad es entendido como una versión ampliada de una familia según se explica en SINGER, P., *Un solo mundo: la ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 180, 181. HUNTINGTON afirma que el concepto de ciudadanía y de movilización social está cada vez más modelado por factores culturales y civilizatorios aunque serán los Estados nacionales quienes mantengan la posición de mayor importancia en los asuntos mundiales en HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 39.

[83] GEORGE en GEORGE, S.; WOLF, M., *La globalización liberal. A favor y en contra*, Editorial Anagrama, S.A., Barcelona, 2002, p. 27. Esta opinión es compartida por otros autores que se recogen a continuación,

vigilancia se está produciendo una privatización para complementar el servicio policial prestado por los Estados[84].

Están surgiendo nuevos actores semipúblicos que prestan los mismos servicios que el Estado. Actores tales como fundaciones y asociaciones prestan servicios con fines no lucrativos. Esta situación supone una descentralización en la toma de decisiones. Los individuos, con estas nuevas agrupaciones, crean una nueva concepción de «lo público», animados por sus mismas ambiciones. Este hecho, tiene como consecuencia una desintermediación política, y, en última instancia, abre nuevos campos a la política[85]. Otra consecuencia derivada de la privatización de los bienes públicos es la dificultad en el acceso a dichos bienes por parte de la población más desfavorecida[86]. En el mundo postmoderno, los espacios públicos de la sociedad moderna tienden a desaparecer y van privatizándose progresivamente. Esta circunstancia perjudica, en última instancia, a la sociedad postmoderna que se caracteriza por «un déficit de lo político»[87].

Como consecuencia de la privatización de las prestaciones, parte de la doctrina cuestiona la propia figura del Estado del bienestar. Las principales transformaciones que han provocado la crisis del Estado social son la transformación de la economía por las

---

FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, *op. cit.*, p. 30; MONEREO en MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002*, *op. cit.*, p. 123; RIFKIN, J., *La era del acceso: la revolución de la nueva economía*, Paidós, Barcelona, 2000. MONEREO afirma que estamos asistiendo a la «privatización salvaje del sector público». Para el análisis de un ejemplo explicativo de la provisión de bienes y servicios públicos por parte de las empresas privadas *vide*, entre otros, GARCÍA DELGADO, J. L. (dir.), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000. En este libro se estudian tres casos sobre esta cuestión –Reino Unido, Francia y España– y se analizan aspectos tales como los problemas de la asignación del riesgo, las garantías públicas y la necesidad y/o conveniencia de la participación privada en la prestación de servicios públicos.

[84] GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización*, *op. cit.*, p. 47; RIFKIN, J., *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, Paidós, Barcelona, 2004, p. 296.

[85] Para profundicar en el problema de la desistermediación política en las socidades actuales *vide*, entre otros, DAHRENDORF, R., *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, *op. cit*., pp. 95-105; GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización*, *op. cit.*, pp. 79-84. GUÉHEMO propone como nuevos organismos intermediarios las fundaciones y las asociaciones civiles. Sin embargo, R. DAHRENDORF defiende que los intermediarios más característicos e importantes de la actualidad son, en primer lugar, el sistema de medios de comunicación; en segundo lugar, las ONG y su complejo sistema de redes; y en tercer lugar, los partidos políticos.

[86] SHAMIR en DE SOUSA SANTOS, B.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (ed.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, *op. cit.*, p. 125.

[87] HARDT, M.; NEGRI, A., *Imperio*, Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 2005, pp. 209-210.

empresas multinacionales, el aumento del desempleo estructural, el aumento la movilidad y la consecuente deslocalización de los procesos productivos, el aumento de la segmentación de los mercados de trabajo, la saturación del consumo por el progresivo desarrollo de una cultura de masas consumista, la caída vertical de la oferta pública de los bienes colectivos, la destrucción ecológica y el aumento considerable de los riesgos contra los cuales los seguros adecuados son inaccesibles para la mayoría de los trabajadores[88]. Sin embargo, parte de la doctrina limita la causalidad de la crisis del Estado del bienestar a las transformaciones impuestas desde los mecanismos supraestatales de gestión de la globalización neoliberal económica[89]. Además, este proceso de crisis se intensifica por la adopción de políticas cada vez más liberales por parte de los Estados, sirvan como ejemplo las privatizaciones masivas o la flexibilización de la normativa laboral[90].

El Estado del bienestar, como característica inherente a los Estados en la actualidad, se debe analizar teniendo en cuenta los aspectos en crisis que se le atribuyen al Estado como «macroinstitución»[91]. Por tanto, el Estado keynesiano, con su énfasis en la gestación centralizada, en el pleno empleo, en la redistribución y en la primacía de la política social, parece estar dando lugar a otro tipo de Estado, menos centralizado y menos monopolista, preocupado por la innovación y la competitividad, dando primacía a la política económica en detrimento de la política social[92]. La crisis del Estado del bienestar es esencialmente para las clases populares porque el aparato estatal claramente

[88] DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, *op. cit.*, pp. 201, 202.
[89] FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, *op. cit.*, p. 135; GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*, *op. cit.*, p. 103.
[90] Para profundizar en el origen, el desarrollo y la crisis del Estado social en la línea expuesta en el presente proyecto de investigación *vide* la bibliografía que se recoge a continuación, GALLEGO MÉNDEZ en DEL ÁGUILA, R. (ed.), *Manual de Ciencia Política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 107-138; OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid, 2004, pp. 93-112. La doctrina ha analizado ampliamente el aspecto concreto de la crisis actual del Estado del bienestar, *vide* la bibliografía que se recoge a continuación, BAUMAN, Z., *La posmodernidad y sus descontentos*, Akal, S.A., Madrid, 2001, «3. Los extraños de la era del consumidor: del Estado del bienestar a la prisión», pp. 49-61.
[91] GALLEGO MÉNDEZ en DEL ÁGUILA, R. (ed.), *Manual de Ciencia Política*, *op. cit.*, p. 127.
[92] DE SOUSA SANTOS emplea el término de «Estado schumpeteriano» para explicar el cambio sufrido por el Estado nacional keynesiano como consecuencia de la globalización económica en DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, *op. cit.*, p. 204.

deja de tener la capacidad de llevar a cabo políticas que aseguren el crecimiento económico, precios estables y una balanza de pagos controlada de modo simultáneo[93].

Desde la óptica constitucional, las diversas constituciones nacionales recogen un grupo de Derechos sociales que deben respetar los distintos actores políticos y económicos en el desarrollo de su actividad[94]. Como consecuencia del proceso de globalización, sobre todo en su aspecto económico, se ha pasado de un modelo «fordista» de producción a un modelo «posfordista» o de «especialización flexible de la organización». Ante esta nueva estructura del mercado de trabajo, ha perdido fuerza el movimiento obrero, así como la capacidad de presión de los sindicatos en las negociaciones a nivel nacional y regional. El proceso globalizador económico tiene un gran potencial fragmentador y atomizador que se incrementa cuanto mayor es su desarrollo. Los ciudadanos están abandonando las identidades nacionales, individuales y cívicas y se está desarrollando un proceso de «corporativización social»[95]. En el contexto de una sociedad nacional cada vez más fragmentada y atomizada, se está produciendo una ruptura de las redes de solidaridad social y un incremento de las desigualdades sociales a las que el Estado no puede hacer frente[96]. Además, debido al

[93] DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política, op. cit.*, p. 202.

[94] BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 121. La búsqueda incesante de la eficiencia de los mercados y de las empresas transnacionales ha provocado según parte de la doctrina la reducción del Estado social y la socialdemocracia, sirva como botón de muestra la bibliografía que se recoge a continuación, GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global, op. cit.*, pp. 107-122. Para ver un análisis sobre esta cuestión centrado en los Estados sociales europeos *vide* por ejemplo la obra que se recoge a continuación, GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global, op. cit.*, «El libre mercado global *versus* los mercados sociales europeos», pp. 122-130.

[95] VALLESPÍN en OLIET PALÁ, A. (coord.), *Globalización, Estado y democracia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2003, p.156.

[96] Parte de la doctrina enfoca el análisis de la problemática de las desigualdades sociales y su relación con la globalización imperante desde un enfoque empírico, *vide*, entre otros, CASTELLS en CASTELLS, M.; GIDDENS, A.; TOURAINE, A., *Teorías para una nueva sociedad, op. cit*., p. 97; GEORGE, S.; WOLF, M., *La globalización liberal. A favor y en contra, op. cit.*, «5. ¿Son las desigualdades sociales fruto de la globalización?», pp. 69-81; GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global, op. cit.*, p. 76; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, D.; VEGA RUÍZ, Mª L.; Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, *La globalización gobernada: estado, sociedad y mercado en el siglo XXI, op. cit.*, p. 149; DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política, op. cit.*, pp. 241-246 –aporta datos relativos a esta situación a nivel global–; SANTOS y RODRÍGUEZ GARAVITO en DE SOUSA SANTOS, B.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (ed.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita, op. cit.*, p. 14 – todos los autores que participan en esta última obra citada son de la misma opinión que los editores, es una idea que se emplea y argumenta a lo largo de toda la obra –; TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?, op. cit.*, p. 20. La bibliografía que se recoge a continuación defienden que el incremento de las desigualdades se debe al fenómeno actual de la globalización. Sin embargo, otro sector doctrinal consideran que la globalización está atenuando las desigualdades o la brecha entre los Estados nacionales más ricos y atenuándolos más

corporativismo imperante en las sociedades actuales, cuando una persona no pertenece a ningún tipo de organización queda excluido de la vida social[97]. El poder genera asimetrías en la vida de los ciudadanos de un Estado que tienen como consecuencia la erosión o la limitación de las posibilidades de participación política.

En relación con el desarrollo del Estado social en la globalización, una cuestión también problemática analizada por la doctrina consiste en tratar de delimitar la línea de responsabilidades de las empresas transnacionales ante sus trabajadores y el Derecho laboral al que deben sujetar, es decir, cómo controlar a dichas empresas y cómo gestionar los problemas de índole laboral y social que puedan surgir en su seno o como consecuencia de su actividad económica[98]. En la presente investigación se defiende Estado se mantiene como la mejor respuesta para maximizar los beneficios sociales y como la única herramienta posible frente a las injerencias externas y a la defensa de los

pobres, sirva como botón de muestra la siguiente bibliografía, GIDDENS en CASTELLS, M.; GIDDENS, A.; TOURAINE, A., *Teorías para una nueva sociedad, op. cit.*, pp. 90-92. Esta misma opinión es defendida por FARIA que afirma que «[a]hora el modelo es de pocos ricos y muy cualificados en el Norte, poquísimos cualificados en el Sur y, principalmente, muy pobres y poco cualificados en todo el mundo» en FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada, op. cit.*, p. 207.

[97] El origen y el desarrollo de las desigualdades sociales en la actualidad es un tema que se aborda por la doctrina de manera incesante, *vide*, entre otros, FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada, op. cit.*, pp. 185-210. Esta situación es denominada por HELD como «nautonomía» en HELD, D., *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita, op. cit*. p. 210.

[98] BECK, U., *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms, op. cit.*, p. 104. El aumento de las desigualdades sociales es un hecho reconocido por la doctrina y ampliamente analizado, veánse, entre otros, ATTAC en MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002, op. cit.*, p. 175; BAREA, M.; BILLÓN, M., *Globalización y nueva economía, op. cit.*, p. 65; BOYS, G., *Una nueva servidumbre. Ensayo sobre la mundialización, op. cit.*, p. 36; CHOMSKY en MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002, op. cit.*, p. 93; FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal, op. cit.*, «La asimetría de la economía: pobreza y desigualdad», pp. 43-49; TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?, op. cit.*, p. 20. Otra parte de la doctrina considera que la globalización es un fenómeno positivo, en el sentido de que no sólo crea beneficios para el mundo desarrollado sino también para los países en vías de desarrollo y los países subdesarrollados. En esta dirección veánse, entre otros, CASADEI, R., *Los mitos de la nueva izquierda: las profecías incumplidas de la antiglobalización, op. cit.*, p. 36. Esta afirmación es entendida por DE SOUSA SANTOS como la «falacia de la desaparición del Sur». La idea es que la globalización está teniendo un impacto uniforme en todas las regiones del mundo y en todos los sectores de actividades y que sus arquitectos, las empresas multinacionales, son infinitamente innovadores y tiene una capacidad organizativas suficiente para transformar la nueva economía global en una oportunidad sin precedentes pero, en realidad, esconde la existencia de desigualdades y diferencias entre países ricos/pobres, centro/periferia. Ambas falacias han perdido credibilidad en la medida en que la globalización se ha transformado en un campo de disputa social y política. «La pluralidad de discursos sobre la globalización muestra hasta qué punto es imperioso producir una reflexión teórica crítica de la globalización, para captar de paso la complejidad de los intereses allí confrontados» en DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política, op. cit.*, p. 264.

intereses nacionales[99]. En la actualidad los Estados están limitados por el Derecho internacional y las instituciones internacionales de las que forman parte donde incluso se ven despojados de alguna competencia. No obstante, la intervención del Estado se ha extendido a ámbitos y escalas como puede ser la global sin precedentes en la historia[100]. De este modo aunque el Estado esté cambiando su naturaleza en relación con su propia imagen de finales del siglo XVIII en adelante, sigue siendo capaz de satisfacer las necesidades humanas individuales y colectivas de sus nacionales de manera más directa que las organizaciones internacionales[101].

22. El poder coactivo del Estado en la globalización. El poder jurisdiccional, junto con el monopolio estatal del ejercicio del poder coercitivo, también ha sufrido un proceso de desterritorialización. Si bien los Estados tienen tribunales nacionales, éstos no tienen el monopolio del poder jurisdiccional ya que también se han creado tribunales supranacionales con facultades punitivas, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión o la Corte Penal Internacional. En relación con esta última institución, su constitución supone un nuevo paso para alejarse de la concepción clásica de soberanía y se acerca a una ampliación, a nivel internacional, de la demarcación del poder político y de la limitación del gobierno[102]. Aun siendo cierto lo anterior, se debe ser cauto ya que hay aspectos del Estatuto de Roma que mantienen el modelo de Westfalia más que superarlo[103]. En el ámbito económico, el el SSD de la OMC se constituye como pieza fundamental para garantizar que las normas nacionales

[99] RODRÍGUEZ CARRIÓN en OLIET PALÁ, A. (coord.), *Globalización, Estado y democracia*, *op. cit.*, pp. 274, 275. En relación con la satisfacción de las necesidades sociales es necesario recordar la descentralización en la prestación de los servicios públicos, ya comentada en el presente proyecto. Esta situación no impide al Estado nacional controlar que los grupos nacionales que disponen de mayor riqueza no tengan una situación privilegiada en la satisfacción de sus intereses tal y como se señala en GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización*, *op. cit.*, pp. 82, 83. Esta visión estatista del panorama globalizado actual es mantenida entre otros por los autores que recogen a continuación, GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización*, *op. cit.*, pp. 82, 83; RODRÍGUEZ CARRIÓN en OLIET PALÁ, A. (coord.), *Globalización, Estado y democracia, op. cit.*, pp. 274, 275.

[100] Siguiendo la línea de la opinión defendida por ATTINÀ en ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales, op. cit.*, p. 158; J. M. GUÉHEMO llega a afirmar que «la omnipresencia del Estado, que en ocasiones más parece ser víctima de su propio éxito que encontrarse próximo a su declive» en GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización*, *op. cit.*, p. 41.

[101] ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, *op. cit.*, p. 158.

[102] HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington*, *op. cit.*, p. 162.

[103] PEREZA en DE SOUSA SANTOS, B.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (ed.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita, op. cit.*, pp. 240-245.

y las medidas adoptadas por los Estados respeten el Derecho del sistema multilateral de comercio, lo que tiene como consecuencia un incremento de la seguridad y la previsibilidad del sistema a escala global. En el contexto de la globalización económica, se hace cada vez más necesario la creación de instituciones que puedan solucionar las controversias que surjan entre los agentes comerciales y sus agencias reguladoras. Otra circunstancia que produce la pérdida del control jurisdiccional de los Estados es el aumento del arbitraje internacional para la solución de las controversias, concretamente, el aumento de la figura del arbitraje comercial internacional[104].

En el ámbito concreto de la seguridad aunque se hayan desarrollado áreas de cooperación internacional, en última instancia es el Estado el único agente que sigue manteniendo la capacidad para desarrollar el uso legítimo de la fuerza incluso a escala internacional. Por tanto, aunque los Estados hayan perdido su poder hegemónico e independiente en la regulación de la economía, las áreas de regulación de naturaleza represiva, punitiva, policial y carcelaria, en cambio, se fortalecen[105]. La regulación política sobre armamento, estrategias y tácticas militares ya no se elabora a nivel nacional, sino que se desarrolla en el seno de organizaciones internacionales o por medio de acuerdos entre los distintos Estados[106]. En el ámbito concreto, las decisiones de asistencia humanitaria han superado el derecho a la no intervención o no injerencia en los asuntos privados de los Estados, en beneficio de los Derechos de ciudadanos cuyos Estados no son capaces de proteger frente a situaciones de genocidio, masacre o delitos de lesa humanidad[107].

---

[104] IZQUIERDO SANZ en CANCIO MELIÁ, M. (ed.), *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005), op. cit.*, pp. 170-172.

[105] CHOMSKY en MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002, op. cit.*, pp. 58, 59; FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal, op. cit.*, pp. 122, 123; DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política, op. cit.*, p. 202; TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?, op. cit.*, p. 25.

[106] La reconfiguración de la función militar de los Estados como consecuencia de los flujos de la globalización es analizada por la doctrina, tal y como muestra la bibliografía que se recoge a continuación, BECK, U., *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms, op. cit.*, pp. 189-191; GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización, op. cit.*, pp. 43-45. La regulación internacional sobre esta materia no tiene que verse como una crítica hacia la misma ya que esta igualdad normativa a nivel mundial, facilita reconocer los casos de violaciones a nivel mundial. Otro aspecto es el desequilibrado rasero a la hora de acusar y/o de juzgar a los Estados incumplidores.

[107] SINGER, P., *Un solo mundo: la ética de la globalización, op. cit.*, «4. Una sola ley», pp. 121-162. Para una reflexión, a nivel de la UE, sobre esta cuestión *vide* RIFKIN, J., *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano, op. cit.*, «Un nuevo tipo de ejército», pp. 389-398.

Debido al desarrollo de un terrorismo globalizado, el uso del poder coactivo o del uso de la fuerza por parte de los Estados ya no es una facultad exclusiva de ellos mismos[108]. En relación con la lucha contra el crimen y el terrorismo global las funciones de policía y control de la criminalidad, los Estados deben decidir entre la ineficacia en la gestión de sus competencias si se aíslan de la cooperación interestatal o adecuarse al nuevo contexto internacional[109]. El Estado se presenta incapaz de supervisar las comunicaciones globales[110]. Han surgido empresas transnacionales que controlan la comunicación a nivel mundial y comercializan con las redes de telecomunicaciones de todo el mundo. A través de las redes metropolitanas y de los cibernódulos, las telecomunicaciones son ejercidas global e instantáneamente, alejando aún más la vieja geografía del poder, centrada en torno al Estado y a su tiempo-espacio[111].

23. La capacidad de movilización empresarial del Estado. La mayoría de las empresas transnacionales mantienen fuertes raíces en sus economías y culturas nacionales originarias y aunque en la actualidad se tiende a considerar que las empresas multinacionales constituyen una especie de gobierno invisible que reemplaza al Estado en muchas de sus funciones, no es cierto que el mercado global esté originando

---

En este aspecto, es destacable, sobre todo, que la política exterior y de seguridad común de la UE se aleja de los individualismos de los distintos Estados nacionales y de que priman la asistencia humanitaria y el mantenimiento de la paz sobre los intereses nacionales y las antiguas guerras de invasión. Para una reflexión, desde el punto de vista de la Teoría cosmopolita sobre esta cuestión vide, HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington, op. cit.*, pp. 160-172. En estas páginas HELD afirma que los Derechos humanos son un bien mayor cuya protección limita, de facto, la actuación de los distintos Estados nacionales.

[108] HABERMAS, J., *El Derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común (en colaboración con Jacques Derrida)*, Katz Editores, Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, Madrid, Barcelona, 2003, p. 7; GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global, op. cit.*, p. 99.

[109] GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización, op. cit.*, pp. 45, 46. En relación con esta cuestión es notoria la presión que el Estado islámtico está siendo capaz de ejercer sobre las sociedades no sólo occidentales sino también sobre los musulmanes de todo el mundo y la capacidad de generar terror, muerte y caos en todo el globo. Sirvan como botón de muestra los atentados que cometen diariamente en las zonas bajo su control y territorios conlindantes así como los recientes antentados comentidos en Francia el 11 enero de 2015 cuyas manifestaciones de repulsa unieron a más de cincuenta líderes mundiales en las calles de París. Para recordar esa imagen histórica *vide*, <http://www.elmundo.es/internacional/2015/01/11/54b18731268e3e1a128b4584.html> (última revisión, 26 de enero de 2015).

[110] HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial, op. cit.*, p. 37; RIFKIN, J., *La era del acceso: la revolución de la nueva economía, op. cit.*, «El fin del Estado-nación», pp. 290-296; DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política, op. cit.*, pp. 249-251. Esta cuestión es analizada desde una perspectiva crítica sobre esta cuestión *vide*, entre otros, FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal, op. cit.*, «6. La asimetría de la información: la privatización del conocimiento», pp. 99-102.

[111] DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política, op. cit.*, p. 251.

corporaciones que asumen las funciones que hasta ahora desempeñaban los Estados soberanos sino que el mercado global ha debilitado tanto a los Estados como a las empresas que participan en él[112]. El mercado mundial de finales del siglo XX impulsa que ni los Estados ni las empresas multinacionales puedan controlarlo[113].

La fortaleza del Estado frente a las empresas transnacionales se demuestra en el hecho de que este tipo de empresas dedican recursos capaces de influenciar las políticas de los gobiernos. En la mayor parte del mundo, las instituciones estatales siguen siendo un campo de importancia estratégica fundamental en el que se libra la competición entre empresas debido a que las políticas nacionales sobre recursos humanos y capital son esenciales para la productividad de las unidades económicas localizadas en un territorio y éstas aún dependen de los Estados y de sus instituciones a nivel local[114]. En esta línea, CASTELLS considera que la nueva ubicación desterritorializada del poder político no permite afirmar, en ningún caso, que el Estado, en tanto que práctica histórica esté desapareciendo porque la competitividad nacional sigue constituyendo una función de las políticas nacionales y el grado de atractivo de las economías para las inversiones y posibles ubicaciones productivas para las multinacionales extranjeras[115]. De hecho, la globalización económica neoliberal no trata de hacer desaparecer al Estado sino de adaptar su funcionalidad a las exigencias de la lógica del capital mundial y de los mercados globales. Por tanto tras la expansión económica global, lo que existe es un intento de consolidar el proyecto de un nuevo «imperio» político y empresarial, basado en el neoconservadurismo ético-religioso, político y militar de la clase económica

[112] GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global, op. cit.*, p. 85. JONES distingue entre: corporaciones globales, empresas multinacionales y corporaciones transnacionales en JONES, A., *Dictionary of Globalization*, Polity Press, Cambridge, 2006, pp. 100, 172-173. En primer lugar, el concepto de «corporación global» se refiere a compañías que operan en varios Estados y cuyas funciones centrales –administración, marketing y organización– se desarrollan a escala global. En segundo lugar, las empresas multinacionales, en sentido estricto, son aquellas que sólo producen y/o comercializan en varios Estados pero sin llegar a desarrollar una estructura global interconectada. En el mundo contemporáneo es cada vez más complicado distinguir estos agentes económicos multinacionales del siguiente concepto a definir, las empresas transnacionales. Estas últimas se caracterizan por tener un desarrollo más global e interconectado a nivel mundial que las anteriores, es decir, su actividad económica se desarrolla penetrando a través de las fronteras territoriales de los Estados. Estas empresas transnacionales han reducido el poder de los Estados en el control de la actividad económica dentro del territorio nacional así como en la toma de decisiones en cuanto a la movilidad geográfica de dichas entidades.
[113] GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global, op. cit.*, p. 94.
[114] CASTELLS, M., *La era de la identidad. Vol. II. El poder de la identidad, op. cit.*, p. 398; GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global, op. cit.*, p. 94.
[115] CASTELLS, M., *La era de la identidad. Vol. II. El poder de la identidad, op. cit.*, p. 398.

dominante en el plano global[116]. Este interés de las empresas transnacionales por el poder del Estado se debe a que éste es un elemento de gran peso para el éxito o el fracaso de las empresas que buscan desarrollar su actividad a nivel internacional. Hasta tal punto esta circunstancia es real que estamos asistiendo en muchos Estados a un proceso de «re-nacionalización» de empresas privatizadas que bajo el argumento de que el libre mercado ha fracasado buscan ahora el proteccionismo estatal[117].

24. El poder impositivo del Estado. Cuando se habla de globalización y Derecho tributario se hace desde dos enfoques. Por un lado, desde un enfoque nacional analizando cómo las administraciones y los legisladores tributarios nacionales reaccionan ante el fenómeno de la globalización. Por otro lado, desde un enfoque internacional, viendo cómo los organismos internacionales intentan actuar ante los problemas generados por la globalización económica, promoviendo un sistema tributario global a través de los denominados impuestos globales[118]. El desarrollo del comercio internacional, unido a los avances en las nuevas tecnologías de la comunicación llama la atención sobre la viabilidad de los sistemas existentes de tributación y la necesidad de una mayor armonización internacional en las prácticas tributarias nacionales[119].

Siguiendo el hilo de que la globalización económica debería estar más regulada se enmarca la propuesta de creación de una organización tributaria internacional así como de la elaboración de normas internacionales tributarias que gravasen las transacciones mundiales[120]. Para esto es necesario que los Estados concentren sus

---

[116] FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, *op. cit.*, pp. 183-184.

[117] *Ibídem*, p. 128. Sobre los riesgos que provoca el incremento del proteccionismo *vide*, entre otros, DADUSH, U., «Resurgent Protectionism: Risks and Possible Remedies», *Policy Outlook, Carnegie Endowment for International Peace*», 2009, disponible en <http://carnegieendowment.org/files/Resurgent_Protectionism.pdf> (última revisión, 25 de mayo de 2015).

[118] BOKOBO MOICHE en CANCIO MELIÁ, M. (ed.), *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005), op. cit.*, p. 96; FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada, op. cit.*, p. 22; HABERMAS, J., *El Derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común (en colaboración con Jacques Derrida), op. cit.*, 2003, p. 7; RIFKIN, J., *La era del acceso: la revolución de la nueva economía, op. cit.*, p. 295.

[119] BOKOBO MOICHE en CANCIO MELIÁ, M. (ed.), *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005), op. cit.*, p. 99.

[120] CORDERA CAMPOS, R.; RUESGA BENITO, S.M. (coord.), *El Estado ante la globalización. Políticas macroeconómicas. Migraciones y empleo, op. cit*.

esfuerzos en regular y superar esta fase económica[121]. Sin embargo, parte de la doctrina considera que la sustitución de la economía global desregulada por un régimen gestionado de la economía mundial es, en el momento actual, un proyecto casi utópico[122]. Semejante régimen sólo podría establecerse si las grandes potencias económicas del mundo actuaran de acuerdo. Los conflictos de intereses hacen que la cooperación con cualquier otro propósito más ambicioso que el de la mera gestión de crisis puntuales del sistema global sea casi imposible de lograr[123].

Parte de la doctrina considera que sólo un marco de regulación global, en ámbitos tales como las divisas, los movimientos de capital, el comercio y la conservación medioambiental, puede hacer que la creatividad de la economía mundial se ponga al servicio de las necesidades humanas. Por ejemplo, por medio de un impuesto global sobre la especulación de divisas, como el que propuso el economista TOBIN, puede elaborarse un tipo de regulación que haría más estables y productivos a los mercados mundiales[124].

[121] BOKOBO MOICHE citando a R. PARIS en CANCIO MELIÁ, M. (ed.), *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005), op. cit.*, p. 100.
[122] En esta línea *vide*, GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*, *op. cit.*
[123] *Ibídem*, pp. 254, 255.
[124] *Ibídem*, p. 254.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL SURGIMIENTO DE UN SISTEMA DE CONTROL DEL COMERCIO INTERNACIONAL

I. El Derecho constitucional postnacional como marco jurídico básico

25. La interconexión creciente de ordenamientos jurídicos. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se han ido multiplicando los centros de poder legislativo y de producción de normas más allá de los Estados. Ante este panorama las dicotomías doctrinales clásicas monismo-dualismo, Derecho nacional-Derecho internacional parecen simplistas por la multitud de ordenamientos que estructuran las relaciones interestatales internacionales. Sirvan como ejemplo el entramado jurídico que se ha creado a partir de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y sus organismos especializados y, más recientemente, el conjunto de instituciones y documentos jurídicos de diversa naturaleza que constituyen el entramado institucional y jurídico de la OMC que se analizará en la presente investigación.

La articulación entre el Derecho internacional general, el Derecho internacional sectorial y los acuerdos de ámbito regional es un fenómeno pendiente de organización desde la ciencia jurídica constitucional. En el ámbito concreto del Derecho de la OMC, como Derecho internacional sectorial, el desarrollo de una jurisdicción comercial especializada lleva a plantearse cómo organizar su relación con la justicia europea cuando la UE ha sido parte demandada y condenada por el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD) de la OMC. Las potencialidades de conflicto se multiplican exponencialmente dado que cada uno de los sistemas jurídicos mencionados (OMC, UE y Estados Miembros) está en constante evolución atendiendo a sus propios intereses comerciales, europeos y nacionales, respectivamente.

26. La fragmentación del Derecho internacional. Las relaciones entre los distintos ordenamientos nacionales e internacionales no es una materia regulada por la ciencia jurídica de la misma manera que las fuentes del Derecho se regulan en los ordenamientos jurídicos nacionales por el Derecho constitucional. Existen algunas herramientas jurídicas como puede ser la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados (en adelante, CVDT), el Derecho internacional está formado por normas inconexas carente de un sistema de fuentes del Derecho[125].

La fragmentación del Derecho internacional afecta también a su relación con el Derecho europeo y con los ordenamientos jurídicos haciéndola más compleja e inestable lo que aboca, en muchos casos, a una falta de seguridad jurídica. La seguridad jurídica supone el conocimiento y la previsibilidad en las normas aplicables por los operadores jurídicos antes situaciones concretas. Sin embargo los particulares (ya sean personas físicas o jurídicas) e incluso los Estados en algunos casos pueden dudar de las normas jurídicas que se aplicarán a lo largo de todas las relaciones jurídicas en las que participen e, incluso, las normas que se aplicarán para solucionar las controversias jurídicas que pudieran generarse como consecuencia de las mismas. En el ámbito internacional, estas garantías constitucionales no existen y puede haber intereses de tipo político y económico que interfieren en la aplicación del Derecho internacional[126].

27. El pluralismo jurídico. Ante este panorama convulso e incluso inseguro, la doctrina trata de aportar cierto orden desarrollando distintas teorías y conceptos en un intento de adaptar la ciencia constitucional clásica al panorama globalizado y fragmentado actual. Desde la óptica de la ciencia constitucional se trabaja en un nuevo horizonte transnacional donde tengan cabida conceptos como el «constitucionalismo postnacional», el «gobierno mundial», la «gobernanza global», la «soberanía compartida» o la superación de los contenedores nacionales.

La tesis de la globalización como camino unidireccional de pérdida poder de los actores políticos en beneficio de los sujetos económicos supone una visión restrictiva del proceso actual. En esta afirmación se excluye el desarrollo de las actividades sociales y jurídico-políticas de agentes sociales y políticas en las jerarquías políticas y

[125] Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, «BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980, pp. 13099-13110.

[126] Se podrían enumerar multitud de ejemplos que muestran el solapamiento de ordenamientos jurídicos en el ámbito internacional y que reclaman normas de carácter constitucional para ordenar su conexión transnacional, sirva como botón de muestra BURRI NENOVA, M., «The Law of the World Trade Organization and the Communications Law of the European Community: On a Path of Harmony or Discord?», *Journal of World Trade*, Vol. 41, Núm. 4, 2007, pp. 833-878. En este artículo se analiza la relación entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE-Estados miembros en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones y se concluye destacando de la necesidad de una normativa transnacional que ordene la regulación tanto interncional como europea y nacional en el ámbito de las telecomunicaciones para evitar contradicciones entre ellas y asegurar la seguridad jurídica transnacional.

las burocracias administrativas a nivel global[127]. Según SASSEN, en el contexto mundial contemporáneo el Estado se ha reposicionado en un campo de poder más amplio constituido por la formación de un nuevo orden institucional privado vinculado a la economía global y por la creciente importancia de una variedad de órdenes institucionales involucrados en varios aspectos del bien común, tales como la red internacional de las ONG y en régimen internacional de Derechos humanos[128]. Por tanto, los Estados continúan jugando un rol crucial, aunque no exclusivo, en la elaboración de normas, por ejemplo, en la regulación de las transacciones económicas el Estado representa una capacidad técnica administrativa que no puede ser replicada por ningún otro arreglo institucional[129].

El pluralismo jurídico se centra en la interacción dinámica de una multitud de órdenes jurídicos dentro de un campo social y, por tanto, es no legalista, no jerárquico y no institucional[130]. TEUBNER cuestiona las interpretaciones reduccionistas de la globalización que la consideran un fenómeno fundamentalmente económico y además defiende que el Derecho es una herramienta para la construcción dual, económica y político-estatal del mundo globalizado[131]. La globalización produce una quiebra en la forma tradicional de concebir el Derecho, entendido como un producto exclusivo del Estado. En virtud de esto se destaca la necesidad de repensar la doctrina tradicional sobre las fuentes del Derecho para lo que se proponen distintos neologismos[132]. El «Derecho global» engloba la producción normativa que se deriva de los regímenes privados a escala global que tienen un carácter altamente público, tales como acuerdos

[127] TEUBNER, G., «Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, *op. cit.*, p. 96. En este punto TEUBNER se remite a a la siguiente obra para seguir profundizando en su pensamiento, TEUBNER, G., «After Privatization? Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes», *Current Legal Problems*, Núm. 51, 1998, pp. 393-424.

[128] SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, *op. cit.*, pp. 46-47.

[129] *Ibídem*, p. 52.

[130] TEUBNER, G., «The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism», *op. cit.*, p. 1448 citado en *ibídem*, pp. 32-33, nota a pie de página 15.

[131] BONILLA MALDONADO, D., «Presentación. Estado-nación y globalización: soberanía absoluta, soberanía porosa y soberanía vacía» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, *op. cit.*, pp. 15-16.

[132] SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, *op. cit.*, p. 36. Para profundizar en el pensamiento de TEUBNER *vide* TEUBNER, G., «Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constituional Theory?» en JOERGES, C.; SAND, I. J.; TEUBNER, G. (ed.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, Oxford, 2004.

obligatorios entre actores globales, regulación del mercado privado por compañías multinacionales, procesos de creación de normas dentro de las organizaciones internacionales y procesos de estandarización mundiales [133] . El «Derecho neoespontáneo» surge de los regímenes privados de una mezcla de procesos espontáneos y sumamente organizados y se basa en procesos sociales más o menos organizados que provocan una selectividad muy específica de la creación normativa[134]. «En los regímenes globales privados está ocurriendo una efectiva desconstrucción del Derecho que simplemente va dejando sin vigencia principios básicos esenciales del Derecho nacional, tales como la derivación de la validez de normas legales a partir de la jerarquía de las fuentes del Derecho, la legitimación del Derecho mediante una Constitución política, la elaboración de las leyes por los órganos parlamentarios, los procedimientos y principios, y la garantía de las libertades individuales mediante Derechos básicos por los que se ha luchado políticamente»[135]. El multicentrismo de la producción normativa es un cambio respecto a la tradicional positivización política del Derecho. Es un desafío para la política del Derecho desarrollar criterios y procedimientos que compensen esa selectividad[136].

28. Problema: los intentos reguladores del sistema multilateral del comercio. La globalización analizada *supra* que ha puesto de manifiesto las debilidades del Estado para regular el mundo actual. Desde la esfera política, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo, erigiéndose como los nuevos entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales que se han generado como consecuencia de la globalización. Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y normas de carácter internacional y entre estas últimas entre sí. Estos conflictos surgen por el solapamiento de las distintas organizaciones internacionales y los Estados en los sectores concretos de actuación y por la inexistencia un conjunto de normas y principios de resolución de antinomias similares a las que los sistemas de

[133] *Ibídem*, p. 38.
[134] *Ibídem*, pp. 41-42.
[135] TEUBNER, G., «Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización, op. cit.*, pp. 74-75.
[136] *Ibídem*, p. 83.

fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo poseen, capaz de regular dicha interconexión normativa.

El constitucionalismo a nivel estatal ayuda a los Estados a mantener la seguridad jurídica y un sistema de fuentes del Derecho que garantice la aplicación pacífica y ordenada de las normas jurídicas para solucionar todos los conflictos que puedan surgir en su seno. Sin embargo, en el plano internacional esta vertiente de la constitucionalización no está desarrollada y, por tanto, se producen solapamientos entre ordenamientos jurídicos.

Para profundizar en el estudio de la situación descrita, la presente investigación se va a centrar en la interconexión normativa que se deriva de la actividad de la OMC. Dentro del sistema multilateral del comercio surgen conflictos entre los Estados que se pueden solucionar ante el OSD de la OMC. La solución de diferencias comerciales en esta sede jurisdiccional puede tener como consecuencia el solapamiento de ordenamientos jurídicos (OMC, UE y sus Estados miembros). En estos supuestos se pone de manifiesto la necesidad de un sistema de fuentes del Derecho a nivel transnacional que pueda organizar la aplicación de las normas provenientes de distintos creadores del Derecho en el sector del comercio internacional.

29. Los fundamentos del Derecho constitucional postnacional. La corriente doctrinal que defiende la existencia del Derecho constitucional postnacional se basa en el reconocimiento de multitud panoramas constitucionales particulares y fragmentados[137]. En la actualidad los límites territoriales de los Estados no coinciden con la extensión de la autoridad política sobre la economía y la sociedad, lo cual genera la transformación de la soberanía del Estado y da lugar a aparición de importantes formas de autoridad política fuera del mismo, que a su vez auspician la aparición de múltiples fuentes del Derecho. Dichas formas de autoridad política pueden hallarse en la periferia del Estado, es decir, en una multiplicidad de áreas institucionales, tales como el emergente régimen jurídico-privado transnacional, las nuevas organizaciones

[137] WALKER, N., «Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A Tale of Two Neologisms», *op. cit.*, p. 77.

transnacionales, como las instituciones de la UE de alcance general en un territorio concreto o la OMC de alcance sectorial a nivel mundial[138].

GORDILLO destaca como el término *constitucionalización* se ha instalado rápidamente en las reflexiones doctrinales actuales del campo del Derecho constitucional, especialmente en relación con la evolución que está sufriendo el sistema jurídico e institucional de la UE [139]. El vocablo parece ser de origen inglés («*constitutionalization*»), es bien conocido en la doctrina germana («*Verfassungsentwicklung*»), y resulta ciertamente familiar en español, sin embargo, su empleo en la lengua castellana sólo se ha generalizado -al menos en la jerga jurídica- a raíz del debate surgido en torno a la Unión[140]. A primera vista, la constitucionalización hace referencia al proceso por el cual una norma desprovista inicialmente de dicho carácter adquiere un valor constitucional, es decir, que se situaría por encima, en la misma cúspide, de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico considerado. De este modo, la palabra *constitucionalización* «implica un proceso combinado y circular mediante el cual los tratados han sido interpretados con la ayuda de técnicas utilizadas por los textos constitucionales antes que con aquéllas utilizadas por los tratados multilaterales y, mediante estos procedimientos, los tratados (…) eran considerados el "Derecho superior", de la misma manera que lo sería una constitución»[141].

Así pues, la constitucionalización haría referencia a la adopción por parte de la Unión de procesos y técnicas constitucionales (imitando el funcionamiento jurídico-institucional de los Estados europeos, en cuanto al reparto y ejercicio del poder e incluso en lo referente a la protección de los Derechos fundamentales), convirtiéndolos en propios de la Unión, y prescindiendo así, en su funcionamiento *ad intra*, de las

[138] SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización, op. cit.*, p. 30. SALDIVIA incluye dentro de esta corriente doctrinal a TEUBNER y a SASSEN a quienes considera defensores también de la aparición de un pluralismo jurídico sin precedentes como consecuencia de la reformulación del espacio y del rol del Estado en el seno del mundo globalizado actual en SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización, op. cit.*, p. 32.

[139] GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 253-255.

[140] Para un breve comentario sobre el origen de la palabra, que el autor sitúa en la lengua inglesa, *vide* CONSTANTINESCO, V., «La constitutionnalisation de l'Union Européenne», en RIDEAU, J., *De la Communauté de droit à l'Union de droit: Continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 133 a 152, especialmente, p. 237.

[141] WEILER, J. H. H., «Supranationalism revisited. A restrospective: the European Communities after 30 years», en MAIHOFFER, W. (ed.), *Noi si mura*, European University Institute, Florence, 1986, p. 342.

técnicas propias del Derecho internacional. Es decir, en la evolución de la UE, ésta ha ido dotándose de reglas de funcionamiento interno y de un cierto programa (el proyecto europeo) propios, apartándose de los procedimientos propios del Derecho internacional. Como fuentes de inspiración ha contado con la experiencia de las organizaciones internacionales y los Estados, por lo que dichas reglas y «cláusulas programáticas» resultarán ya conocidas o, al menos, familiares[142].

Al enfrentarse a la cuestión de si la UE tiene o no constitución, se corre el riesgo de caer en un interminable círculo vicioso, amén de nunca dar una respuesta adecuada. Y esto, fundamentalmente, por dos tipos de razones: la primera de ellas porque no existen definiciones unívocas ni para la UE ni para el término «constitución», y la segunda porque, con frecuencia, la doctrina reserva dicho texto legal sólo al Estado, en cuyo caso, además, sería un elemento definitorio del mismo, con lo que se caería en la tentación de argumentar, otra vez como una serpiente que se muerde la cola, que un Estado es Estado en la medida en que posee constitución y que una constitución es constitución sólo si se está en presencia de un Estado. Evidentemente, la UE no es un Estado, o al menos no un Estado en el sentido clásico del término, con lo que no podría tener una constitución con las mismas características y contenido que un Estado soberano. Pero sería quizá negar la evidencia obviar la indudable repercusión que tienen las normas constitucionales en el proceso de configuración de la Unión. Tampoco sería serio olvidar y reelaborar los conceptos que, con numerosas diferencias e innumerables matices de un autor a otro y de un país a otro, las tradiciones constitucionales occidentales han elaborado. Por ello, el presente análisis partirá de las definiciones elaboradas por la doctrina en el último siglo, para abordar a continuación las propuestas que permiten la calificación de «constitución» de textos legales no referidos a un Estado soberano, en el sentido tradicional del término, permitiendo un trasvase pacífico de los logros consolidados frente a la que ha sido la forma tradicional de organización social, hacia la nueva entidad en la que se está transformando Europa[143].

30. El Derecho constitucional postnacional. El Derecho constitucional está asimilando de manera progresiva la interconexión creciente entre ordenamientos

[142] GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 254.
[143] *Ibídem*, p. 255.

jurídicos e instituciones nacionales e internacionales que acontece en el mundo actual. Este fenómeno se deriva de la globalización. La globalización en la presente investigación será definida como un fenómeno complejo que abarca tanto ámbitos jurídicos como políticos y económicos. La globalización será presentada como un fenómeno que rompe las bases de la ideología estatista y por tanto impulsa a la doctrina a analizar a los Estados y a las organizaciones internacionales desde concepciones renovadas de la ciencia constitucional. Esta nueva realidad globalizada e interconectada sirve a la doctrina constitucionalista para la reconfiguración de la teoría clásica del Derecho constitucional y el desarrollo de un nuevo Derecho constitucional postnacional.

En términos estatistas, la constitucionalización supone la existencia de dos procesos[144]. Por un lado, la constitucionalización de un Estado se puede dar desde una perspectiva externa. Esta forma de constitucionalización supone la ordenación de las normas internas y la depuración de los sistemas de solución de conflictos. El desarrollo del Estado de Derecho y la existencia de un sistema de fuentes del Derecho que ordenen todas las normas jurídicas dentro de un Estado constituyen las bases de esta constitucionalización externa. Por otro lado, la constitucionalización de un Estado se puede producir por la humanización del mismo (constitucionalización interna). Este proceso supone el reconocimiento de unos Derechos fundamentales para los ciudadanos y la garantía de los mismos frente al poder del Estado. Dentro de este proceso de humanización de los Estados históricamente las sociedades han ido alcanzando cada vez más cotas de Derechos. En el Estado liberal se garantizó una libertad mínima frente al Estado, unos Derechos basados en la economía de mercado y en la propiedad privada, pero con la aparición del Estado del bienestar dichos Derechos se ampliaron y el Estado promueve desde entonces el respeto y la garantía de Derechos de tipo asistencial para con sus ciudadanos[145].

[144] La constitucionalización es un concepto controvertido para la doctrina. Para una comparación entre los términos constitución, constitucionalismo y constitucionalización, al margen de los conceptos aportados en la presente investigación, *vide*, entre otros, CASS, D. Z., *The Constitucionalization of World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System, op. cit.*; JACKSON, V. C.; TUSHNET, M., *Comparative Constitutional Law, op. cit.*

[145] Los elementos citados dentro del concepto expuesto de constitucionalización estatista se desgranarán al analizar el contenido mínimo de toda constitución en la parte primera de la presente investigación.

El calificativo de constitucional se puede analizar desde una perspectiva tridimensional distinguiendo estatus, forma y sustancia[146]. En relación con el estatus, que los órdenes constitucionales son vistos capaces de emitir sentencias, interpretar las normas, y sopesar y equilibrar las necesidades de sus constituyentes/electores contra demandas del bien común. El constitucionalismo puede también conllevar una cierta coherencia simbólica y política. El hecho de calificar un determinado orden como «constitucional» significa definirlo como fuerte, independiente, integrado en un único orden (jerárquico) o como una sofisticada comunidad política o al menos como un elemento que se orienta en esa dirección[147]. En cuanto a la forma de un orden constitucional se cuestiona cómo se debe establecer un orden constitucional particular, quién debería verse como sus constituyentes, cómo los constituyentes/electores deberían participar en el sistema, cómo organizar la separación de poderes, cómo y cuándo se deben orientar los nuevos problemas y límites en su propio comportamiento, y cómo puede mantener el equilibrio apropiado entre sus diferentes órganos y entre la autoridad institucional y el cometido de sus materias. Configuraciones diferentes de estos elementos producirán diferentes localizaciones del poder y diferentes oportunidades de intervención[148]. Uno de los elementos fundamentales que podemos también señalar como propio de todo orden constitucional, a caballo entre su estatus y su forma, se refiere a los órganos y las vías encargadas para la creación del Derecho[149]. Por último, en cuanto a la sustancia constitucional, los valores constitucionales no son únicamente los que cualquier orden podría desear, sino aspectos cruciales que impiden que el orden se colapse. Por tanto, etiquetar un determinado valor como constitucional supone removerlo de la arena política de opinión y elección y lo transfiere a un ámbito factual y

[146] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *Global Constitutionalism*, Vol. 2, Núm. 01, 2013, pp. 70-71.
[147] *Ibídem*, pp. 71-72. Para ampliar el significado de lo que se califica por «lo constitucional» *vide*, entre otros, WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, «To Be a European Citizen: Eros and Civilization», p. 324. WEILER defiende que en el contexto de la UE, su constitucionalización incluye un componente metafísico. El desarrollo de cualquier tipo de «espíritu» fundamenta el contrato social dentro de la comunidad política y por tanto su creación. Esta corriente de creación de entes constiuticonales supranacionales también se analiza por WOUNTER, W., «The Never-Ending: Closure: Constitutionalism and International Law" en TSAGOURIAS, N. (ed), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 329, 320.
[148] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *op. cit.*, p. 80.
[149] DUNOFF, J. L., «Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law», *European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 3, 2007, p. 655. En este punto DUNOFF señala el papel del SSD de la OMC como elemento creador del Derecho y generador también del constitucionalismo a nivel transnacional.

de necesidad, supone más que un elemento meramente descriptivo y, a sensu contrario, excluirlo supone destacar su contingencia, su falta de trascendencia, y su naturaleza secundario/tangencial[150]. La división tridimensional expuesta (estatus, forma, sustancia) se relaciona con la división del proceso de constitucionalización estatista (interna, externa) de la siguiente manera: estatus y forma encajan con el proceso de constitucionalización externa y sustancia encaja con el proceso de constitucionalización interna.

31. Solución hipotética. La solución hipotética que se propone en la presente investigación es el desarrollo un conjunto de normas y principios que resuelvan las antinomias similares a las existentes los sistemas de fuentes del Derecho de los ordenamientos jurídicos nacionales que sea capaz de estabilizar la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC y la UE-Estados miembros. Esta propuesta supondría un avance en la constitucionalización transnacional desde su perspectiva externa en el ámbito concreto del sistema multilateral de comercio entre la Organización y sus Miembros europeos que podría servir a su vez de inspiración tanto para otros Miembros de la OMC como para otros sectores del Derecho internacional.

En la presente investigación se reconoce que el Derecho constitucional se está desarrollando más allá del horizonte nacional y es posible hablar de la existencia de un Derecho constitucional postnacional. Este nuevo constitucionalismo está permitiendo que se desarrollen procesos de constitucionalización más allá del Estado. En términos internacionalistas, el constitucionalismo mantiene la dicotomía explicada *supra* pero con matices[151]. Por un lado, la constitucionalización externa de las organizaciones internacionales se produce para regular la fragmentación del Derecho internacional, en un sentido de federalización. Esta forma de constitucionalización supone un intento de gobernar los ordenamientos jurídicos a nivel global y, como consecuencia de lo anterior, estabilizar las relaciones entre la multitud ordenamientos jurídicos existentes[152]. Por

[150] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *op. cit.*, p. 85.
[151] GORDILLO PÉREZ, L. I.; MARTINICO, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el país de las hadas», *op. cit.*, pp. 429-478. En este artículo se defiende la existencia de una constitucionalización como «federalización» y constitucionalización como «humanización» del Derecho de la UE. Esta dicotomía será utilizada por la presente investigación para intentar trasladar dicho proceso de constitucionalización europeo al Derecho de la OMC.
[152] Sobre la noción de «*federalizing processvide*» *vide*, entre otros, CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M., WEILER, J. H. H. (ed.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, I, Berlin-

otro lado, la constitucionalización interna de las organizaciones internacionales se basa en la humanización de las mismas[153]. En este proceso se busca reforzar la garantía y el respeto de los Derechos de los individuos a escala internacional. Los Derechos humanos pasan a formar parte del Derecho internacional y las organizaciones internacionales tratan de garantizar determinados Derechos individuales según su ámbito sectorial de actuación. La progresiva humanización supone la afirmación de los Derechos humanos a nivel supranacional para disciplinar el mercado internacional[154].

El Derecho constitucional postnacional supone el reconocimiento de la constitucionalización de las organizaciones internacionales y el surgimiento a nivel global de principios constitucionales. En la presente investigación se pretende analizar la aparición de ese Derecho constitucional postnacional desde su perspectiva externa, es decir, se propone estudiar y, en su caso, proponer las posibles normas o principios capaces de estabilizar las relaciones de los distintos ordenamientos jurídicos en el ámbito concreto del sistema multilateral del comercio. Esta investigación se centra, por tanto, en el Derecho del GATT/OMC y los solapamientos de ordenamientos que se producen entre el Derecho de la OMC, el Derecho de la UE y el Derecho de sus Estados miembros como consecuencia de la actividad del SSD de la Organización.

II. La evolución histórica del control de legalidad en el sistema multilateral del comercio

32. La regulación y procedimiento de Sistema de Solución de diferencias en la Organización Internacional del Comercio. La Organización Internacional del Comercio (en adelante, OIC) regulaba en los artículos 92 a 97 del Capítulo VII de la Carta de la Habana un arreglo de controversias, «*Settlement of Differences*». El sistema de solución de diferencias comerciales internacionales que se regulaba bajo el amparo

---

Nueva York, W. De Gruyter, 1985, pp. 3-68; ELAZAR, D. J., *Idee e forme del federalismo*, Milano, Mondadori, 1998; FRIEDRICH, C. J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Londres, Pall Mall, 1968; HAY, P., *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, Urbana, University of Illinois Press, 1966.

[153] GORDILLO PÉREZ, L. I.; MARTINICO, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el país de las hadas», *op. cit.*, pp. 455-467. En este artículo se defiende la existencia de una constitucionalización como «humanización» del Derecho de la UE. En el ámbito de América Latina también se reconoce la existencia de este fenómeno a nivel global, sirva como botón de muestra, ESCOBAR-GARCÍA, C., «¿Constitucionalismo Global? Vicisitudes y contingencias del proceso a partir del algunas experiencias en América Latina», *Díkaion: Revista de actualidad jurídica*, Vol. 21, Núm. 1, Junio 2012, pp. 79-118. Este proceso se reconoce también en el Derecho de la OMC y será analizado en la presente investigación en la parte tercera de la misma.

[154] *Ibídem*, p. 433.

de la OIC constituía un procedimiento de solución institucional de controversias mediante la decisión de un órgano político de carácter intergubernamental que decidía de manera vinculante los términos de solución de la controversia[155].

El procedimiento de solución de diferencias se podía iniciar por dos supuestos, mediante la celebración de consultas entre las partes o mediante el acuerdo entre las partes de someter la controversia a dicho procedimiento (artículo 93 de la Carta de la Habana). Esta decisión de iniciar el proceso de solución de diferencias debía comunicarse por el Miembro interesado al Consejo Ejecutivo de la OIC. Dicho órgano estaría integrado por los representantes de dieciocho de los Miembros de la OIC elegidos por su órgano plenario, la Conferencia (artículo 78 de la Carta de la Habana). El Consejo Ejecutivo debía realizar una investigación y podía aprobar, por mayoría, las oportunas decisiones y recomendaciones. Contra dichas recomendaciones y decisiones podía interponerse un recurso ante la Conferencia, que, también por mayoría podría confirmarlas o modificarlas (artículos 94 y 95 de la Carta de la Habana)[156]. El mecanismo de solución de diferencias de la OIC preveía además la posibilidad de plantear un ulterior recurso ante la Corte Internacional de Justicia. Dicho recurso tendría lugar siempre que lo requiriese un Miembro de la OIC cuyos intereses resultasen perjudicados por la decisión de la Conferencia, en cuyo caso ésta solicitaría una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (párrafos 1 y 2 del artículo 96 de la Carta de la Habana). Según el párrafo 4 del artículo 96 de la Carta de la Habana, el dictamen

[155] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2006, p. 62.

[156] *Ibídem*, pp. 59, 62. Sobre la clasificación de los procedimientos para la solución de diferencias interestatales internacionales, *vide* entre otros, GARZÓN CLARIANA, G., «Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (V): La solución de diferencias y las Organizaciones internacionales», en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 967-978, donde se distingue la categoría en cuestión de la solución institucional por un órgano jurisdiccional. *Vide*, COURAGE-VAN LIER, I.H., «Supervision within the General Agreement on Tariffs and Trade», en VAN DIJK, P., *Supervisory mechanisms in international economic organizations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1984; GARZÓN CLARIANA, G., «Settlement of Disputes in International Commodity Agreements, 1949-1979», *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXIII, 1980, pp. 392-410; QURESHI, A. H., *The World Trade Organization. Implementing International Trade Norms*, Manchester University Press, Manchester, 1996; ZHANG, X., «Implementation of the WTO Agreements: framework and reform», *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 23, Núm. 2, 2003, pp. 383-432.

de la Corte Internacional de Justicia resolvería definitivamente la cuestión, dicho dictamen sería considerado como obligatorio por los Miembros de la OIC [157].

33. El procedimiento de solución de diferencias regulado en el GATT de 1947. La regulación del procedimiento de solución de diferencias en el GATT de 1947 se reduce a los artículos XXII y XXIII del citado Acuerdo[158]. Estos artículos constituían una escasa base normativa. Esta circunstancia derivó en que los procedimientos para tratar de alcanzar un arreglo satisfactorio de las pretensiones o proposiciones presentadas entre las partes contratantes dentro del marco del GATT de 1947 tuvieron un desarrollo posterior basado en la práctica superando las previsiones del propio texto escrito del acuerdo. Dicho desarrollo basado en la práctica del sistema fue codificado en

[157] *Ibídem*, pp. 62-63.

[158] Para profundizar en el sistema de solución de controversias desarrollado al amparo del GATT de 1947 *vide* la siguiente bibliografía, donde se analiza el procedimiento recogido en el GATT y sobre todo la práctica que se desarrolló al margen de la letra del Acuerdo, entre otros, DAVEY, W. J., «Dispute Settlement in GATT», *Fordham International Law Journal*, Vol. 11, Núm. 1, 1987, pp. 51-109; HUDEC, R. E., *The GATT Legal System and the World Trade Diplomacy*, Praeger Publishers, New York, 1975, pp. 185-261; HUDEC, R. E., *Adjudication of International Trade Disputes*, Thames Essay, Núm. 16, London, 1978; JACKSON, J. H. *The World Trading System. Law and policy of international economic relations*, MIT Press, Cambridge, London, 1997, pp. 112-120; JACKSON, J. H., *World Trade and the Law of GATT*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1969; PETERSMANN, E. U., «The GATT Dispute Settlement System 1948-1995: an overview» en PETERSMANN, E. U., *The GATT Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, London, 1997, pp. 66-91; VAN DIJK, P., *Supervisory mechanisms in international economic organizations*, *op. cit.*, pp. 88-93; VAN BAEL, I., «The GATT Dispute Settlement Procedure», *Journal of World Trade*, Núm. 4, 1988, pp. 66-77.

El SSD del GATT mostró sus deficencias en la resolución de las controversias internacionales tal y como se recoge en la siguiente bibliografía, FLORY, T., «Les accords du Tokio Round du GATT et la réforme des procédures de règlement dans le système comercial intératitique», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1982, pp. 235-253; JACKSON, J. H., «The Jurisprudence of International Trade: the DISC Case in GATT», *American Journal of Internacional Law*, Vol. 72, Núm. 4, 1978, pp. 747-781; JACKSON, J. H., «Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of GATT», *Journal of World Trade*, Vol. 13, Núm. 1, 1979, pp. 1-21; JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligations», *American Journal of International Law*, Vol. 91, Núm. 1, 1997, pp. 60-64; MCGOVERN, E., «Dispute Settlement in the GATT – Adjudication or Negotiacion?», en HILF, M.; JACOBS, G.; PETERSMANN, E.-U., *The European Communitty and the GATT*, Kluwer, Deventer, 1986, pp. 73-84; MONTAÑA I MORA, M., «A GATT with Teeth: Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 31, 1993, pp. 103-106; PESCATORE, P., «The GATT Dispute Settlement Mechanism – Its Present Situation and its Prospects», *Journal of World Trade*, Vol. 27, Núm. 1, 1993, pp. 5-20.

El SSD del GATT puso el punto de inicio para poder alcanzar el posterior desarrollo del SSD de la OMC tal y como se compara en la bibliografía que se recoge a continuación, MONTAÑÁ I MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT. Una nueva era en la solución de diferencias comerciales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, «Capítulo II: El procedimiento de solución de diferencias tradicional», pp. 47-96; PETERSMANN, E. U., «International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System 1948-1996: an introduction» en PETERSMANN, E. U. (ed), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, London, 1997, pp. 30-54.

virtud de una serie de resoluciones adoptadas por las partes contratantes actuando colectivamente que introdujeron mejoras en su funcionamiento[159].

El artículo XXII del GATT de 1947, «Consultas», se limitó a regular la celebración de consultas entre las partes como punto inicial del arreglo de las controversias. El artículo XXII del GATT de 1947 regula el procedimiento de celebración de consultas como sigue,

> «1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo. 2. Las partes contratantes podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1».

El artículo XXIII, «Anulación o menoscabo», fue la base jurídica sobre la que se construyó el desarrollo práctico del arreglo satisfactorio de controversias entre las partes contratantes del GATT de 1947. En el párrafo 1 del citado artículo se recogen los presupuestos sustantivos que legitiman a una parte contratante a incoar el procedimiento bien porque considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o bien porque el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido. Ambas alternativas podrían ser consecuencia de: a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones

[159] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 64. En esa misma página, en nota a pie, FERNÁNDEZ PONS señala dichas resoluciones: «Las más relevantes de tales resoluciones de las partes contratantes en la materia son: la de 1979, titulada "Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia", a la que se añadió como anexo la llamada "Exposición acordada de la práctica consuetudinaria del GATT en materia de solución de diferencias" (*IBDD* 26S/229); dos resoluciones de 1982 y 1984 que introdujeron pequeñas mejoras en los procedimientos (*vid.*, respectivamente, *IBDD* 29S/14 y *IBDD* 31S/9) y; finalmente, la decisión de las partes contratantes actuando conjuntamente de 12 de abril de 1989, titulada "Mejoras de las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT" (*IBDD* 36S/66), aprobada en el contexto de las negociaciones de la Ronda de Uruguay y con la que se procedió a un apreciable reforzamiento de los mecanismos existentes». PIÉROLA señala, además de las ya citadas, los acuerdos que se alcanzaron entre las Partes Contratantes desde los primeros años de funcionamiento del GATT hasta la constitución de la OMC, por tanto se añade a la lista anterior la adopción en 1958 de los procedimientos en virtud del artículo XXII sobre cuestiones que afectan a los intereses de cierto número de partes contratantes (*IBDD* 7S/24). En el apartado rubricado como «Evolución del sistema de solución de diferencias desde el hasta hasta la OMC», PIÉROLA analiza la evolución que se produjo en el GATT tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico hasta llegar a la constitución de la OMC en PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspecivas*, Cameron May, London, 2008, pp. 54-66.

contraídas en virtud del presente Acuerdo; b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; c) que exista otra situación, dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas[160]. El procedimiento de solución de diferencias se fundaba en la remisión de la controversia a las partes contratantes obrando colectivamente, que a partir de una encuesta o investigación de la controversia podían formular recomendaciones o dictar una resolución y, llegar, en su caso, a autorizar sanciones contra una parte procesada. Tales deliberaciones se adoptaban por mayoría de los votos emitidos, párrafo 4 del artículo XXV del GATT de 1947. Se trataba de un sistema de solución institucional de la diferencia por decisión de un órgano político siendo las partes contratantes actuando colectivamente en dicho órgano político (en la práctica, el Consejo del GATT de 1947) quienes podrían llegar a determinar por decisión de la mayoría los términos de solución de las distintas controversias[161].

El procedimiento de arreglo satisfactorio débilmente regulado en el GATT de 1947 experimentó notables modificaciones en la práctica que llegaron a reconfigurar el

[160] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 64. En el párrafo 2 del Art. XXIII del GATT de 1947 se reguló el procedimiento a seguir del modo en que se recoge a continuación: «Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado *c)* del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las partes contratantes. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las partes contratantes podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto a una parte contratante, ésta podrá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al Secretario Ejecutivo de las partes contratantes que es su propósito denunciar el Acuerdo General; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquél en que el Secretario Ejecutivo de las partes contratantes haya recibido dicha notificación». Sin embargo, es importante señalar cómo la letra de este artículo se fue completando con la práctica seguida por las Partes Contratantes para la solución de las diferencias que iban surgiendo».

[161] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 65.

mecanismo de solución de las controversias previsto en dicho acuerdo. Según JACKSON fue una compleja síntesis de dos enfoques contrapuestos tendentes respectivamente a juridificar y a politizar el procedimiento. Se generalizó la práctica de encomendar el examen de los aspectos fácticos y jurídicos de las controversias a unas comisiones que comenzaron siendo grupos de trabajo formadas por representantes de las partes contratantes para pasar a ser grupos especiales integrados por expertos que emitían un informe formalmente consultivo y que para adquirir fuerza jurídica vinculante dependía de su adopción por el conjunto de las partes contratantes. La regla de la adopción de las decisiones por mayoría fue dejando paso a su adopción por consenso de todas las partes, incluyendo las implicadas en la controversia[162].

34. Las dificultades del sistema de solución de diferencias del GATT de 1947. Las debilidades del sistema de solución de diferencias del GATT de 1947 se pusieron de manifiesto a partir de los años 80, cuando se incrementaron los casos de obstruccionismo del procedimiento, de bloqueo de la adopción de los informes de los grupos especiales y de recurso a medidas unilaterales de retorsión y represalias al margen del sistema[163]. PIÉROLA agrupa las deficiencias del sistema del GATT de 1947 en dos grupos, la ambigüedad o deficiencias en la certeza y la previsibilidad procesal y las deficiencias en la claridad de procedimientos y en los términos de las decisiones. Una de las deficiencias más importantes del sistema radicaba en la ambigüedad de sus disposiciones procesales (por oposición a las sustantivas) y en la ambigüedad de las decisiones dadas en el seno del sistema de solución de diferencias que, en no pocos casos, dependían más de los dictados de la política y de la economía internacional que de las circunstancias particulares de cada caso[164]. «Con respecto al valor jurídico de las decisiones del GATT, como bien comenta JACKSON, las normas procesales eran tan

[162] JACKSON, J. H., *Reestructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press, New York, 1990, pp. 51-52.
[163] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 69. La bibliografía sobre el elenco de los problemas que experimentaba el sistema del GATT de 1947 antes y durante la elaboración de la Ronda de Uruguay es amplísima, *vide*, entre otros PETERSMANN, E. U., *The European Communitty and the GATT*, *op. cit.*, pp. 90-91. Según este autor, algunos de esos problemas se exacerbaron, precisamente, en el transcurso de la Ronda Uruguay, pues tanto los Estados Unidos como las Comunidades Europeas utilizaron el mecanismo de solución de diferencias para presionar en las negociaciones multilaterales en FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 87.
[164] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, Cameron May, London, 2008, pp. 47-54.

ambiguas que, en su configuración inicial, no existía claridad sobre el carácter vinculante de sus decisiones»[165]. Los problemas derivados de la falta de un proceso cierto y seguro constituyeron un punto de salida muy productivo para las negociaciones de la Ronda de Uruguay[166].

III. La Política Comercial de la Unión Europea

35. Introducción general a la PCC. En la actualidad, la PCC se encuadra dentro de la acción exterior de la Unión como dispone el artículo 205 TFUE. La PCC aparece regulada en el Título II de la Quinta parte del TFUE[167]. Esta política europea determina las condiciones bajo las cuales las mercancías de terceros países gozarán de libre circulación en el territorio aduanero común y el régimen jurídico de la exportación de bienes de los Estados miembros a terceros países[168]. Los Estados miembros han

[165] JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation» en CAMERON, J.; CAMPBELL, K., *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Cameron May, London, 2998, p. 72 citado en PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 50.

[166] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 69; PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspecivas*, *op. cit.*, pp. 46-47; VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, pp. 170-171.

[167] La PCC aparece regulada en el artículo 207 TFUE (antiguo artículo 133 TCE). *Vide* también otras disposiciones dispersas en el Tratado sobre PCC: artículos 31 y 32 TFUE (antiguos artículos 26 y 27 TCE) en relación con el arancel aduanero común y los artículos 40 y 43 TFUE (antiguos artículos 34 y 37 TCE), que establecen el régimen específico para los productos cubiertos por la política agrícola común.

[168] LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, Swett & Maxwell, London, 2011, p. 961. Como introducción general a la PPC *vide*, entre otros, ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, J. M., *La Política Comercial del Mercado Común*, McGraw-Hill, Madrid, 1992; ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A.; DÍAZ MIER, M. A., *Política Comercial Exterior de la UE*, Pirámide, Madrid, 1997; BENAVIDES SALAS, P., *La Política Comercial Común*, Trivium, Madrid, 1986; BERMEJO GARCÍA, R.; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «La PCC de la UE y la OMC: Su evolución y perspectivas de futuro tras el Tratado de Lisboa» en FERNÁNDEZ LIESA, C. R.; DÍAZ BARRADO, C. M.; ALCOCEBA GALLEGO, M. A.; MANERO SALVADOR, A. (coord)., *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 257-258; BOURRINET, J., «La politique commerciale commune de l'Union européene et la mondialisation. La recherche d'une libéralisation maîtrisée des échanges internationaux», *Revue du Marché común et de l'Union européene*, Núm. 484, 2005, p. 22; CARDERERA SOLER, L., «La política comercial, componente básico de la política exterior de la UE», *Información Comercial Española*, 75 años de la política económica española, nº 826, noviembre 2005, p. 195; COOMBES, D., *Politics and Burocracy in the European Community: a Portrait of the Commission of the E.E.C.*, Allen & Unwi, Londres, 1970; EECKHOUT, P., *External relations of the European Union, legal and constitutional foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2005; GONZÁLEZ ALONSO, N. L., «El Tratado de Ámsterdam y las relaciones económicas exteriores de la Comunidad», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, Núm. 1, octubre 1997, p. 20; GONZÁLEZ ALONSO, N. L., *Política comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 62 y ss; GONZÁLEZ ALONSO, N. L., «La Política Comercial Común», en LÓPEZ ESCUDERO, M.; MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (coord.), *Derecho Comunitario Europeo*, McGraw Hill, Madrid, 2000, p. 413 y ss.; HERMANN, C. W., «Common Commercial Policy after Nice: Sisyphus would have done a Better Job», *Common Market Law Review*, Núm. 39, 2002, pp. 7-29; NEFRAMI, E., «La politique commercial commune selon le Traité de Nice»,

decidido transferir a la UE sus competencias para regular los flujos de importaciones y exportaciones con países terceros constituyendo una esfera de competencia exclusiva de la Unión en el ámbito de la política comercial (artículo 3.1.e) del TFUE)[169].

La PCC forma parte de la acción exterior de la UE y en ella confluyen particularidades jurídicas e institucionales, intereses económicos y empresariales y cuestiones competenciales que justifican su tratamiento específico y diferenciado[170]. De las cuatro políticas que configuran la acción exterior de la UE en el Tratado de Lisboa, la única que es competencia exclusiva de la Unión es la política comercial. En el resto de las políticas de la acción exterior (cooperación, relaciones exteriores y seguridad y defensa) los Estados miembros mantienen competencias y margen de maniobra suficiente.

La política comercial se configura, desde el origen de la UE, como base para mantener la coherencia con la Unión Aduanera y con las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. La política comercial engloba los aspectos externos de las políticas internas de la Unión configurando la dimensión externa de la estrategia de Lisboa. Los temas objeto de regulación en el Derecho la OMC, y el contenido de los Acuerdos Económicos y Comerciales con terceros países, incluyen materias como tales como inversiones, propiedad intelectual, servicios y movimiento de personas o profesionales, transportes, telecomunicaciones o agricultura que pueden tener repercusiones y consecuencias sobre el mercado interior y la regulación interna comunitaria, que transcienden la acción exterior de la UE. La PCC regula aspectos relacionados con el comercio y establece normas sobre la cooperación al desarrollo, la protección del medio ambiente y el fomento del desarrollo sostenible que interaccionan con otras políticas comunitarias como por ejemplo con la PAC[171]. En el marco de las obligaciones internacionales contraídas por la UE en el seno de la OMC para la elaboración y el desarrollo de la PCC la Unión debe respetar el Acuerdo por el

---

Cahiers de droit européen, Vol. 35, Núm. 5-6, 2001, pp. 614-615; VAN DEN BOSSCHE, P., «The European Community and the Uruguay Round Agreements», en JACKSON, J. H.; SYKES, A. O., (ed.), *Implementing the Uruguay Round*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

[169] *Ibídem*, p. 963.

[170] GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J. C., «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria», *Información Comercial Española, El Comercio Internacional como motor de la recuperación*, Núm. 851, Noviembre-Diciembre 2009, pp. 92-93.

[171] CEPILLO GALVÍN, M. A., *Política Comercial Europea y preferencias arancelarias*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 44-56.

que se establece la OMC y sus Anexos así como los Acuerdos plurilaterales adoptados en el marco de la OMC. Esta circunstancia por de manifiesto la interconexión y el solapamiento creciente entre el ordenamiento jurídico de la UE y el Derecho de la OMC.

1. La regulación de la Política Comercial antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

36. La PCC en los Tratados de la UE. Desde la primera regulación de la PCC en el Derecho originario de la UE su objetivo fue contribuir al interés común mediante el desarrollo del comercio mundial, la supresión progresiva de las restricciones sobre el comercio internacional y la reducción de los obstáculos al comercio. Las modificaciones de los Tratados, sobre todo el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza, supusieron la ampliación de la esfera de actuación de la UE en el ámbito de la PCC[172].

37. La PCC en el Tratado de Ámsterdam. El Tratado de Ámsterdam se limitó a establecer la posibilidad de que el Consejo, por unanimidad, decidiese incluir en el campo de aplicación del antiguo artículo 113 del TCE los aspectos de comercio de servicios y de propiedad intelectual que no estaban cubiertos todavía[173]. La CE tenía la

[172] *Ibídem*, p. 43. Sobre las reformas operadas en relación con la política comercial comunitaria en virtud de los Tratados de Amsterdam y Niza *vide*, entre otros, BLIN, O., «L'article 113 CE après Amsterdam», *RMCUE*, Núm. 420, 1998, pp. 447-456; CEBADA ROMERO, A., «La redefinición de la política comercial común en el Tratado de Niza», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Núm. 212, 2001, pp. 12-21; CREMONA, M., «EC External Commercial Policy after Amsterdam: Authority and Interpretation within Interconnected Legal Orders», en WEILER, J. H. H. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 5-34; CREMONA, M., «A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 4, 2001, pp. 61-91; HERRMANN, C. W., «Common Commercial Policy after Nice: Sisyphus would have done a better job», *Commom Market Law Review*, Vol. 39, 2002, pp. 7-29; GONZALEZ ALONSO, L.N., «El Tratado de Ámsterdam y las relaciones económicas exteriores de la Comunidad», *Boletín Eueorpeo de la Universidad de la Rioja*, Núm. 1, 1997, pp. 18-30; KRENZLER, H. G.; PITSCHAS, CH., «Progress or Stagnation?: The Common Commercial Policy after Niza», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 6, 2001, pp. 291-313; NEFRAMI, E., «La politique commercial commune selon le Traité de Nice», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 35, Núm. 5-6, 2001, pp. 605-646 ; NEFRAMI, E., «Quelques réflexions sur la réforme de la politique commerciale par le Traité d'Amsterdam: Le maintien du *statu quo* et l'unité de représentation internationale de la Communauté», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 34, Núm. 1-2, 1998, pp. 137-159.

[173] Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la UE, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos. Publicado en el Diario Oficial n° C 340 de 10 de noviembre de 1997. El presente Tratado, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, fue ratificado por España por Instrumento de 23 de diciembre de 1998 («BOE» núm. 109, de 7 de mayo de 1999), en base a la autorización concedida por la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre («BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1998), con la siguiente Declaración prevista en la disposición adicional única de la mencionada Ley Orgánica: «El Reino de España declara que acepta la competencia del Tribunal de

competencia exclusiva para los asuntos comprendidos en el ámbito del GATT de 1994 (comercio de bienes), y compartía la competencia con los Estados miembros en los asuntos comprendidos en el ámbito del Acuerdo General sobre Servicios, si bien no existía una división de competencias estrictamente delimitada.

38. La PCC y la OMC. No existía una definición formal de PCC en los Tratados de la Unión por lo que la delimitación del ámbito de aplicación material de la PCC se realizó mediante pronunciamientos del TJCE. La jurisprudencia europea que se analizará *infra* desarrolló una interpretación amplia y evolutiva de la noción de PCC en aras de adaptar la misma a la situación siempre cambiante de las relaciones comerciales internacionales[174].

Tras el Tratado de Ámsterdam se estableció la mayoría cualificada del Consejo para la adopción de acuerdos en los asuntos de política comercial. No obstante, todos aquellos aspectos relacionados con el comercio pero que fueran más allá del intercambio de mercancías requerían la unanimidad en el Consejo, al referirse a campos de competencia nacional. Todos esos campos han sido de importancia creciente no sólo para la CE sino para todo el conjunto de Estados en el comercio internacional.

En la presente investigación tiene especial interés el Dictamen 1/94 en el que el TJCE se pronunció sobre la competencia de las instituciones de la Unión para concluir los diversos acuerdos comerciales multilaterales adoptados en la Ronda Uruguay que constituyen el Acuerdo sobre la OMC[175]. En este dictamen el TJCE determinó qué aspectos de los citados acuerdos formaban parte de la PCC y por tanto constituían

---

Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial con arreglo a lo previsto en el artículo K.7, párrafo 2, y según la modalidad prevista en el apartado *a)* del párrafo 3 del mismo artículo.
El Reino de España se reserva el Derecho de establecer en su legislación nacional disposiciones con el fin de que, cuando se plantee una cuestión relativa a la validez o a la interpretación de uno de los actos mencionados en el apartado 1 del artículo K.7 en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional esté obligado a remitir el asunto al Tribunal de Justicia».

[174] CEPILLO GALVÍN, M. A., *Política Comercial Europea y preferencias arancelarias, op. cit.*, pp.41- 43.

[175] Los Dictámenes en torno a la PCC se recogen a continuación, Dictamen 1/75 de 11 de noviembre de 1975, Arreglo relativo a una Norma para los gastos sociales (*Rec.* p. 1355); Dictamen 1/78 de 4 de noviembre de 1979, Acuerdo internacional sobre el caucho natural (*Rec.* p. 2871); Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, Competencia de la Comunidad para celebrar los Acuerdos internacionales en materia de servicios y protección de la propiedad intelectual (*Rec.* p. I-5267); Dictamen 2/92 de 24 de marzo de 1995, Competencia de la Comunidad para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional (*Rec.* P. I-521).

competencia exclusiva de la Unión y cuáles quedaban al margen del actual artículo 207 del TFUE[176].

39. La PCC en el Tratado de Niza. El Tratado de Niza intentó preparar a las instituciones europeas para la ampliación de la Unión a veinticinco Estados miembros[177]. Asimismo, modificó algunas disposiciones del TCE, que pasaron de estar sujetas al sistema de votación por unanimidad al sistema de votación por mayoría cualificada en el Consejo. En concreto, pasaron a votación por mayoría cualificada las propuestas de la Comisión relativas a las negociaciones de acuerdos internacionales sobre servicios y los aspectos comerciales de los Derechos de propiedad intelectual. La Comisión negociaba esos acuerdos siguiendo las directivas del Consejo, que aprobaba

[176] Sobre estos pronunciamientos del TJCE existe una abundante bibliografía, *vide* entre otros (ordenados cronolígicamente para respetar su encaje con los pronunciamientos juridicales): EHLERMANN, C. D., «The Scope of Article 113 of the EEC Treaty», en *Études de Droit des Communautés Européennes, Mélanges offerts à P.H. Teitgen*, Paris, 1984, pp. 145-169; BOURGEOIS, J. H. J., «The Common Commercial Policy. Scope and nature of the power», en VÖLKER, E.L.M. (ed.), *Protectionism and the European Community*, Kluwer, Deventer, 1987, pp. 1-16; DEMARET, P., «La politique commercial: perspectives d'evolution et faiblesses présentes», en SHWARZE, J.; SCHERMERS, H. (eds)., *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, pp. 69-110; OLESTI RAYO, A., «La libre circulation des marchandises et la politique commerciale commune», en DEMARET, P (ed.)., *Relations extérieurs de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, Story-Scientia Bruxelles, 1988, pp. 91-108 ; CONSTANTINESCO, V., «Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés europeénnes. Avis 1/75», *Journal Droit International*, Núm. 1, 1997, pp. 249-253; MAAS, H. H., «The External Powers of the EEC with regard to Commercial Policy: Comment on Opinion 1/75», *Common Market Law Review*, Vol. 13, 1976, pp. 379-387; RAUX, J., «Les accords externes de la C.E.E. L'avis de la Cour de Justice des Communautés Européennes au titre de l'article 228 paragraphe 1, deuxième alinéa du Traité C.E.E. (11 novembre 19755)», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Núm. 3, 1976, pp. 482-495; FLORY, T., «L'avis 1/78 de la CJCE (accord international sur le caoutchouc naturel)», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 16, 1980, pp. 21-30; STEENBERGEN, J., «La notion de Politique Commerciale Commune après l'avis 1/78 de la Cour de Justice», *Cahiers de Droit Européen*, 1980, pp. 54-74; USHER, J., «Elastic Boundaries of Exclusive Competence? Comment on *Opinion 1/78*», *European Law Review*, Vol. 5, 1980; AUVRET-FINCK, J., «Jurisprudence. Cour de justice des Communautés européennes Arrêt du 26 mars 1987, Commission des Communautés Européennes C. Conseil des Communautés européennes (*aff. 45/86*). Note», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 14, Núm. 3, 1987, pp. 721-730; BOURGEOIS, J. H. J., «The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: an Echternach Procession», *Common Market Law Review*, Vol. 32, Núm. 3, 1995, pp. 763-787; EMILIOU, N., «The Death of Exclusive Competence?», *European Law Review*, Vol. 21, 1996, pp. 294-311; MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J., «La competencia de la CE para celebrar el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (Comentario al Dictamen TJCE 1/94. Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994)», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 22, Núm. 2, 1995, pp. 593-618; PESCATORE, P., «Opinion 1/94 on "Conclusion" of the WTO Agreement: Is there an Escape from a Programmed Disaster?», *Common Market Law Review*, Vol. 36, Núm. 2, 1999, pp. 21-33; FLORY, T.; MARTIN, F. P., «Remarques à propos des avis 1/94 et 2/92 de la Cour de Justice des Communautés Européennes au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune», *Cahiers de Droit Européen*, Núm. 3-4, 1996, pp. 379-400.

[177] Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la UE, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° C C 80/01de 10 de marzo de 2001. El Tratado de Niza fue publicado en el BOE número 267, del 7 de noviembre de 2001. El Tratado de Niza entró en vigor de forma general y para España el 1 de febrero de 2003.

el resultado por mayoría cualificada, o por unanimidad en casos limitados en los que se requiriera unanimidad para las decisiones internas. También era necesario el consentimiento del Parlamento Europeo. La Comisión esperaba que el artículo 133 del TCE revisado mejorase la efectividad de la UE en la OMC y reforzase el peso de la Comisión en las negociaciones comerciales. Con el Tratado de Niza, la política comercial se discutía en el Comité 133 presidido por el Estado miembro que detenta la Presidencia y es la Comisión, a través de la Comisaria de Comercio y de la Dirección General de Comercio, quien informaba y realizaba propuestas a los Estados miembros[178].

2. *La regulación de la Política Comercial tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*

40. La PCC post-Lisboa. El Tratado de Lisboa ha tratado de fortalecer la acción exterior de la UE en materia comercial[179]. La actual PCC amplía su competencia a los acuerdos comerciales relativos a los intercambios de servicios, así como a los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, sin olvidar a las inversiones extranjeras directas[180].

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha supuesto una simplificación de las bases jurídicas que regulan la acción de la UE en materia comercial[181]. Como ya se ha dicho, la PCC se encuentra regulada fundamentalmente en el TFUE. El objetivo específico del establecimiento de una unión aduanera es contribuir, en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas,

[178] GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J. C., «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria», *op. cit.*, p. 91-95. Las referencias de este artículo han sido actualizadas en base a la normativa vigente en la UE (26 de marzo de 2014, última revisión).
[179] CEPILLO GALVÍN, M. A., *Política Comercial Europea y preferencias arancelarias*, *op. cit.*, p. 56.
[180] BERMEJO GARCÍA, R.; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «La PCC de la UE y la OMC: Su evolución y perspectivas de futuro tras el Tratado de Lisboa» en FERNÁNDEZ LIESA, C. R.; DÍAZ BARRADO, C. M.; ALCOCEBA GALLEGO, M. A.; Manero Salvador, A. (coord.), *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 274.
[181] CRAIG, P.; DE BURCA, G., *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 319.

así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo según regula el artículo 206 TFUE (antiguo artículo 131 del TCE)[182].

41. Artículo 207 TFUE. El apartado 1 del artículo 207 del TFUE (antiguo artículo 133 del TCE) establece que

> «La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión».

La base jurídica de la política comercial es diferente al resto de políticas de la Unión, por lo que el Tratado de Lisboa prevé procedimientos particulares diferentes a los del resto de políticas de la acción exterior. Así se refleja en el nuevo artículo 207 del TFUE (antiguo artículo 133 del TCE), cuando en su apartado 3 se establece que «[e]n caso de que deban negociarse y celebrarse acuerdos con uno o más terceros países u organizaciones internacionales, se aplicará el artículo 218, sin perjuicio de las disposiciones específicas del presente artículo».

El artículo 218 del TFUE (antiguo artículo 300 del TCE) regula el procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre la Unión y terceros países u organizaciones internacionales, sin perjuicio de las disposiciones particulares del artículo 207 del TFUE.

El artículo 207 TFUE constituye la base legal para los actos autónomos y contractuales de la UE que específicamente estén relacionados con el comercio internacional, a menos que estén expresamente contemplados por otra disposición de los Tratados, como por ejemplo el artículo 31 TFUE (Derechos de arancel aduanero común) o los artículos 209 a 211 TFUE (cooperación para el desarrollo). Una norma de la Unión se considera relacionada específicamente con el comercio internacional si está

[182] CEPILLO GALVÍN, M. A., *Política Comercial Europea y preferencias arancelarias, op. cit.*, p. 61.

esencialmente orientada a promover, facilitar y regular el comercio y si tiene efectos directos e inmediatos en el comercio en los productos afectados[183].

Al mismo tiempo, el Tratado de Lisboa eliminó la posibilidad del Consejo de extender el ámbito de la política comercial común a aquellos aspectos de la protección de la propiedad intelectual que no están aún cubiertos. La acción exterior de la Unión en dichas áreas tendrá que estar basada en otras disposiciones de los Tratados[184].

42. Áreas específicas al margen el artículo 207 TFUE. En las áreas específicas que no están cubiertas por el artículo 207 del TFUE, se tienen que aplicar otras reglas para analizar la atribución de competencias a la UE. En el asunto *AETR* la jurisprudencia europea desarrolló la doctrina del paralelismo que constituye un elemento fundamental para entender la atribución de competencias exteriores a la UE[185]. En el citado asunto el TJCE determinó que

> «17. (…), cada vez que la Comunidad, con el fin de aplicar una política común prevista por el Tratado, adopta disposiciones que establecen normas comunes, en la forma que sea, los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individual o incluso colectivamente, de contraer con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas normas; 18. (…), a medida que se establecen estas normas comunes, sólo la Comunidad puede asumir y ejecutar, con efecto para todo el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, los compromisos contraídos frente a Estados terceros; 19. (…), por lo tanto, en la aplicación de las disposiciones del Tratado, no se puede separar el régimen de medidas internas de la Comunidad y el de relaciones exteriores»[186].

El asunto *AETR* determinó que una competencia externa puede fluir de una competencia interna previamente atribuida a la UE. La participación de la UE en dicha competencia exterior deberá estar justificada por la consecución de los objetivos de la

[183] LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P., *European Union Law, op. cit.* pp. 963-964.
[184] *Ibídem*, p. 965.
[185] OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2012, p. 86.
[186] Asunto C-22/70, *Comisión de las Comunidades Europeas* v. *Conjeso de la Unión Europea*, STJCE 31 marzo 1971 [ECLI:EU:C:1971:32], paras. 17-19.

Unión [187] . Esta justificación remite en muchos casos al principio de complementariedad[188].

La jurisprudencia del TJCE sobre los poderes implícitos ha sido codificada en el Tratado de Lisboa en el apartado 1 del artículo 216 del TFUE donde se establece que

> «La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas».

El citado artículo establece los supuestos en los que la UE puede celebrar acuerdos internacionales, no sólo cuando lo disponen los Tratados sino que también sobre la base de la doctrina de los poderes implícitos, la UE podrá celebrar dichos acuerdos cuando sea necesario para alcanzar los objetivos establecidos en los Tratados, se disponga en un acto jurídicamente vinculante, o pueda afectar a normas comunes europeas o pueda afectar el funcionamiento de las mismas. Sin embargo, la doctrina de los poderes implícitos no es del todo clara y habrá que atender a cada tratado internacional en concreto para determinar si encaja dentro de algunos de los supuestos recogidos en el apartado 1 del artículo 216 del TFUE[189].

43. La PCC y la OMC. En el ámbito concreto del Acuerdo sobre la OMC, el Abogado General Sra. Juliane KOKOTT determinó en sus conclusiones en el asunto C-13/07 que el Tratado de Lisboa incluye el comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual en el seno de la PCC y, por tanto, la regula como una competencia exclusiva[190].

La PCC como competencia exclusiva en relación con la OMC debe entenderse no sólo en un ámbito comercial concreto (mercancías, servicios, propiedad intelectual,

---

[187] Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, *Rec* 1977, p. 741; dictamen del TJCE 1/91, de 14 de diciembre de 1994, *Rec* 1991, p. I-6079, paras. 3-4.
[188] DASHWOOD, A.; DOUGAN, M,; RODGER, B.; SPAVENTA, E.; WYATT, D. (ed.), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, London, 2011, pp. 914-917.
[189] OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, *op. cit.*, pp. 87-88.
[190] Asunto C-13/07, *Comisión de las Comunidades Europeas* v. *Conjeso de la Unión Europea*, Conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott 26 marzo 2009 [ECLI:EU:C:2009:190], para. 56.

entro otros) sino también debe cederse a la UE la competencia para la negociación y la celebración de acuerdos en dichos ámbitos específicos[191].

44. La política comercial como competencia exclusiva desde la perspectiva de los Estados miembros. En relación con las nuevas competencias de la Unión en materia de política comercial se recogen en el presente punto las reflexiones del dictamen emitido por Tribunal Constitucional alemán en el marco del procedimiento para la ratificación del Tratado de Lisboa.

El Dictamen de junio de 2009 del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán contiene una interpretación sobre el significado de la transferencia de competencias de los Estados miembros a la Unión en el ámbito de la política comercial. Con el Tratado de Lisboa, según la alta instancia alemana, la UE tendrá competencia exclusiva en la política comercial comunitaria, incluyendo inversión directa extranjera, comercio de servicios y aspectos comerciales de la propiedad intelectual, sobre los que, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tenía sólo una competencia concurrente. Ello supone que la Unión tendrá competencia exclusiva para la conclusión y ratificación de acuerdos internacionales en el contexto de la política comercial común y dejará de existir la posibilidad y la necesidad de que los Estados miembros concluyan estos acuerdos y la participación de los Parlamentos nacionales para su ratificación[192].

En materia de inversiones, el Tribunal Constitucional alemán considera que el Tratado de Lisboa atribuye a la Unión competencia exclusiva en materia de inversión directa extranjera. Sin embargo, señala que hay muchos argumentos a favor de la consideración de que el término «inversión directa extranjera» sólo incluya la inversión que sirve para obtener el control de los intereses en una empresa. La consecuencia de ello sería que la competencia exclusiva existiría sólo en este ámbito y, por lo tanto, no abarcaría los acuerdos de protección de inversiones que habrían de concluirse como acuerdos mixtos. El mantenimiento de la continuidad legal de estos acuerdos no estaría en peligro en base al principio, derivado de las disposiciones de los Tratados, de que los

[191] *Ibídem*, para. 57. La PCC tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa permite también la adopción de tratados en el ámbito de los servicios y de la propiedad intelectual, esta opinión es también compartida, entre otros, por OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, *op. cit.*, p. 86.

[192] GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J. C., «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria», *op. cit.*, pp. 87-88.

actos legales de los Estados miembros no se ven afectados por decisiones posteriores a favor de la integración. Por otro lado, con vistas a la competencia mixta en materia de inversiones, los actuales acuerdos de protección de inversiones deberían ser autorizados por la UE (el Tribunal se remite a la Decisión del Consejo de 15 de noviembre de 2001, por la que se autoriza la renovación automática o el mantenimiento de la vigencia de las disposiciones sobre materias cubiertas por la política comercial contenidas en los acuerdos de amistad, comercio y navegación y acuerdos comerciales celebrados entre los Estados miembros y terceros); esto se corresponde con la práctica actual declarada expresamente o practicada tácitamente sobre la continuidad de la validez internacional de los acuerdos concluidos por los Estados miembros[193].

En el ámbito del Derecho de la OMC, según el Tribunal Constitucional alemán, la transferencia de competencias realizada por el Tratado de Lisboa ha preocupado a algunos por el hecho de reducir el papel de los Estados miembros en la OMC a un papel meramente formal ya que el Derecho de voto en las instancias de la OMC sólo podrá ser ejercitado por la Unión. Los Estados miembros perderán legitimidad para ser parte en los procedimientos de solución de diferencias y serán excluidos de las negociaciones globales de nuevos acuerdos o modificaciones de los existentes de las rondas de negociación. No obstante, el Tribunal Constitucional alemán considera que la participación de los Estados miembros en la OMC es un tema todavía abierto a discusión. Este hecho se debe a que incluso si un Estado miembro en la práctica es normalmente representado por la Comisión, su presencia legal y diplomática es también la condición previa para poder participar en las discusiones sobre temas socio-políticos y de política económica, cuyo desarrollo, argumentos y resultados deberán explicarse en el ámbito nacional. En este supuesto, por ejemplo, el Gobierno alemán está constitucionalmente obligado a informar al Parlamento sobre las responsabilidades compartidas en materia de integración en el marco de la división de tareas entre las instituciones constitucionales bajo el principio de separación de poderes; esto es mucho más que el normal ejercicio de las obligaciones de información del Gobierno, y, además, entiende el Tribunal alemán que el Tratado de Lisboa no conlleva la tendencia irreversible a la creación de un Estado europeo federal ni la pérdida de la personalidad legal internacional de los Estados miembros en las relaciones internacionales a favor de

[193] *Ibídem*.

la personalidad de la UE, a la que el Tratado confiere personalidad jurídica. En definitiva, ya que la OMC es un organismo internacional con un temario abierto, los Estados miembros seguirán siendo miembros y ejerciendo activamente su labor. Recuérdese los temas de Singapur, o temas como comercio y normas sociales, comercio y desarrollo, etc. [194].

45. La participación de los Ministros de los Estados miembros en la política comercial. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el antiguo Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores se escinde en dos formaciones diferentes. Una de ellas es el Consejo de Asuntos Generales (en adelante, CAG), presidido por el Estado Miembro mediante el sistema semestral de rotación. La segunda es el Consejo de Asuntos Exteriores, en el que se tratan los asuntos relacionados con la política comercial común. La Alta Representante preside este Consejo, pero cuando el Consejo de Asuntos Exteriores tiene formación de Comercio, puede ceder la Presidencia al Estado Miembro que ostente la presidencia semestral. La Alta Representante se apoya en el Servicio Europeo de Acción Exterior, compuesto por funcionarios de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión, y por personal, en comisión de servicios, de los cuerpos diplomáticos nacionales. En definitiva, el Consejo de Asuntos Exteriores es el órgano decisorio en materia de política comercial común, y en él participa la Secretaría de Estado de Comercio Exterior, cuando se discuten asuntos comerciales[195].

Con independencia del Consejo de Ministros que finalmente aborde los temas de política comercial, las particularidades de la misma podrían justificar el que todos los Grupos de trabajo de comercio del Consejo, liderados por el Comité 207, que sustituye al Comité 133. El Comité de Política Comercial (en adelante, Comité 207) representa en su actuación la expresión de la posición de los Estados miembros en las materias que le incumben. Su principal misión es establecer los textos que luego serán objeto de aprobación por parte del Consejo. El Comité 207 es único, aunque presenta distintas formaciones. Las formaciones básicas son la de Titulares y la de Suplentes, y existe una serie de formaciones especializadas que funcionan como grupos de expertos (Acero, Textiles, Acuerdos de Reconocimiento Mutuo, Servicios). El Comité de Titulares define

[194] GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J. C., «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria», *op. cit.*, p. 88.
[195] *Ibídem*, p. 91. Las referencias de este artículo han sido actualizadas en base a la normativa vigente en la UE (última revisión, 26 de marzo de 2014).

las líneas de acción y supervisa el trabajo de las distintas formaciones y grupos del Comité. En la formación Suplentes de Bruselas, la representación española la ostenta el Consejero Comercial Jefe de la Representación Permanente de España ante la UE[196].

3. Una evaluación de la Política Comercial

46. La indefinición de la PCC. El principal problema en el ámbito de la PCC podría considerarse la ausencia de una definición clara de los objetivos y estrategias en materia de política comercial europea. La inexistencia aparente de políticas económicas comunitarias de la que sería reflejo la comercial, la confusión inicial entre política exterior y política comercial, la ausencia de una auténtica política exterior que cubra y sirva de apoyo a la política comercial, las diversas tradiciones comerciales de los distintos Estados miembros, la tensión dialéctica competencial entre Comisión y Estados provocaban y provocan graves diferencias operativas en torno a lo que haya de entenderse por política comercial de la UE[197].

Esta indefinición operativa se puso de manifiesto en los momentos en que la UE debía indicar a otros socios comerciales sus objetivos en esta esfera. Así, por ejemplo, dentro del mecanismo de examen de políticas comerciales del GATT de 1947, en 1991 y 1993 se llevó a cabo el correspondiente a las Comunidades Europeas. La OMC realizó el primero de la UE en 1995. Pues bien, en el primero de estos exámenes, se definieron los siguientes objetivos para la política comercial europea. El primer gran objetivo fundamental (en materia de política comercial básica) es apoyar y reforzar el sistema de comercio multilateral, esto es, el GATT de 1947 como institución y el conjunto de normas que siguen los intercambios internacionales incluidos en el Acuerdo General. Esta afirmación pone de manifiesto la relación práctica que existía la política comercial comunitaria y el GATT de 1947. Esta relación se ha hecho más estrecha e incluso más nítida tras la creación de la OMC y, aún más tras entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El segundo objetivo consistía en la gestión y aplicación de las normas

[196] El Comité de Política Comercial se presenta en la página web de la Secretaría de Estado de Comercio, <http://www.comercio.gob.es/gl-es/comercio-exterior/politica-comercial/relaciones-bilaterales-union-europea/paxinas/comite-politica-comercial.aspx> (última revisión, 17 de junio de 2014). El funcionamiento del SEAE será ampliado en un apartado posterior de la presente investigación, cuando se exponga la participación de la UE en la OMC.

[197] ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A.; DÍAZ MIER, M. A., *Política Comercial Exterior de la Unión Europea*, Pirámide, Madrid, 1997, p. 129.

comerciales de la UE dentro de ésta, procurar el desarrollo de la Unión en áreas que aún no se encontraban totalmente abarcadas y promover posiciones exteriores comunes en cuestiones de comercio tanto bilateral como multilateral. Un tercer objetivo era contribuir a los esfuerzos de industrialización y crecimiento de los países en vías de desarrollo para ello se utilizaban, y se siguen utilizando, el SPG y la red de acuerdos comerciales y de cooperación[198].

47. La PCC como política defensiva. La PPC puede criticarse si entendemos que se trata de una política comercial defensiva, en el sentido de que suele actuar *a posteriori* o a remolque de los acontecimientos. Así, el actual reforzamiento de las estructuras multilaterales de comercio hoy en base a la OMC o la creación de la red de acuerdos comerciales se han debido en unos casos a presiones de los propios Estados miembros, en otros a respuestas ante acontecimientos externos, y en otros a la necesidad de «europeizar» acciones, entendidas, eso sí, desde el punto de vista de la Comisión como responsable principal. Esta circunstancia provoca que la PCC pueda resultar en algunos casos poco ágil, sobre todo en comparación con otros países[199].

48. La representación exterior de la UE. El artículo 35 del TUE regula la obligación de cooperación entre las misiones diplomáticas de los Estados y de las delegaciones de la Unión, que además de lógica parece necesaria. A pesar de ello, la persistencia de una dualidad de la representación no es la solución más idónea en el ámbito de la actividad exterior, que exige, más que otros, la unidad de acción. Esta carencia explica entro otros extremos insatisfactorios, la algo alambicada protección diplomática y consular de los ciudadanos de la UE prevista en el artículo 23 del TFUE[200].

En el ámbito concreto de la OMC, la UE participa como Miembro de la Organización conjuntamente con sus Estados miembros. En estos supuestos aparece la complicación adicional de determinar el alcance de sus competencias respectivas y proceder a su necesaria coordinación en el marco de la organización internacional o de

[198] *Ibídem*, pp. 129-130.
[199] *Ibídem*. Aunque ÁVILA ÁLVAREZ, CASTILLO URRUTIA, y DÍAZ MIER utilizan el término «comunitarizar» nos parece más actual el término de «europeizar».
[200] MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 516.

la conferencia internacional. Esta obligación de cooperación entre los Estados miembros y las Instituciones ha sido reiterada por la jurisprudencia europea en sus Dictámenes 1/78, 2/91, 1/94 y 2/00[201]. La cuestión, debido al complejo reparto de poderes entre la UE y los Estados miembros, no está exenta de cierta conflictividad y deriva hacia su resolución judicial. Así, la sentencia de 19 de marzo de 1996, *Comisión c. Consejo*, en la que el TJUE estimó que el Consejo había vulnerado el reparto al haber otorgado a los Estados miembros el Derecho de voto en la FAO[202]. En otra sentencia posterior, el TJUE ha anulado parcialmente la Declaración de la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre la delimitación de competencias entre la CEEA y sus Estados miembros, que se adjuntaba como anexo a la Decisión del Consejo de 7 de diciembre de 1998, por la que se aprueba la adhesión de la CEEA a la Convención sobre la Seguridad Nuclear[203].

En relación con la representación de la UE en el seno de las organizaciones y conferencias internacionales, hasta ahora la práctica ha articulado tres modalidades distintas: la delegación bicéfala compuesta por un representante del Estado que ejerce la Presidencia del Consejo y un representante de la Comisión; la delegación única formada por representantes de los Estados miembros y de la Comisión; y la representación por la Comisión. Esta práctica se está adaptando al nuevo modelo de representación de la Unión contenido en los artículos 220 y 221 del TFUE que responsabilizan al Alto Representante en primer lugar, junto a la Comisión y a las delegaciones de la Unión, de la representación exterior de la Unión. Esta circunstancia provoca que la representación de la UE dentro de la OMC se esté adaptando a esta nueva regulación[204].

IV. La OMC como agente regulador del sistema multilateral del comercio

49. La capacidad reguladora del Estado y de las organizaciones internacionales respecto del comercio internacional. En el contexto globalizado el papel del Estado a la hora de producir los marcos normativos para el desarrollo seguro

[201] *Vide*, más recientemente, asunto C-266/03, *Comisión* v. *Luxemburgo*, STJCE 2 junio 2005, [ECLI:EU:C:2005:341], apdos. 57-60; y asunto C-433/03, *Comisión* v. *Alemania*, STJCE 14 junio 2005 [ECLI:EU:C:2005:462], apdos. 63-66, citado en MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE*, *op. cit.*, p. 516, nota a pie de página 8.
[202] Asunto C-25/94, *Comisión v. Consejo*, STJCE 19 marzo 1996 [ECLI:EU:C:1996:114], citado en *ibídem*, p. 519, nota a pie de página 9.
[203] Asunto C-29/99, *Comisión v. Consejo*, STJCE 10 dicembre 2002 [ECLI:EU:C:2002:734], citado en *ibídem*, p. 519, nota a pie de página 10.
[204] MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE*, *op. cit.*, p. 519.

de las actividades económicas, aunque es central, ya no tiene la importancia que tuvo en épocas anteriores [205]. Esta realidad es evidente cuando se observa la creciente importancia del arbitraje comercial internacional y la variedad de instituciones que cumplen funciones asesoras y evaluadoras esenciales para el funcionamiento de la economía global [206]. Determinados sujetos privados, tales como las empresas transnacionales, han adoptado un papel de agentes intermediarios estratégicos que contribuyen a la gestión y coordinación de la economía global, por ejemplo mediante la creación de los regímenes propios para administrar el comercio internacional estableciendo nuevos estándares internacionales privados de contabilidad y revelación de información financiera. Las grandes empresas abogan por una regulación nacional mínima en el mercado y una intervención mínima por parte del Estado, amenazando incluso con una deslocalización de su capacidad productiva a Estados más cercanos a sus demandas[207]. Otro ejemplo lo constituyen las inversiones directas extranjeras ya que la inversión extranjera directa puede socavar los procesos democráticos del país en el que intervenga por el poder mayor de las empresas inversoras que el propio estado receptor [208]. Según el Consenso de Washington, la inversión extranjera produce

[205] La pérdida de capadidad reguladora de los Estados en materia económica como causa de la globalización actual es un hecho reconocido por un amplio sector de la doctrina internacionalista que ha sido analizado en la parte primera de la presente investigación. Este hecho es un fenómeno complejo que implica no sólo a la doctrina internacionalista y a la constitucionalista sino que también es estudiado desde la perspectiva sociológica y economicista, vénase, entre otros, ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales, op. cit.*, pp. 152, 157, 168; FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada, op. cit.*, pp. 121, 122; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, D.; VEGA RUÍZ, Mª L., Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, *La globalización gobernada: estado, sociedad y mercado en el siglo XXI, op. cit.*, p. 148; OLIET PALÁ, A. (coord.), *Globalización, Estado y democracia, op. cit.*, 2003, p. 10; OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización, op. cit.*, p. 96.

[206] SASSEN, S., «Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización, op. cit.*, p. 127. Entre la bibligrafía que puede servir de base para el análisis de la superación del Estado como controlador necesario y suficiente de los flujos económicos globales *vide*, entre otros, DEZELAY, Y.; GARTH, B., *Dealing in Virtue*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996; SALACUSE, J., *Making Global Deals: What Every Executive Should Know about Negotiation*, Time Books, New York, 1992; SINCLAIR, T.J., «Passing Judgement: Credit Rating Processes as Regulatory Mechanisms of Governance in the Emerging World Order», *Review of International Political Economy*, Núm. 1, 1994, pp. 133-159; MAXFIELD, S., *Gatekeepers of Growth*, Princenton University Press, Princenton, 1997; MAYNE, R.; PICCIOTTO, S., *Regulating International Business: Beyond Liberalization*, Macmilian y Oxfam, London, 1999.

[207] C. TAIBO afirma que son las compañías transnacionales las que establecen normas de obligado cumplimiento a los Estados como medida de presión para su permanencia en el territorio nacional, en TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?, op. cit.*, p. 24. En la misma línea, veáse también: OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización, op. cit.*, p. 102.

[208] STIGLITZ, J. E., *El malestar en la globalización*, Santillana Ediciones Generales, S.L., Madrid, 2002, p. 101.

crecimiento ya que las empresas extranjeras aportan conocimientos técnicos y acceso a los mercados exteriores y abren nuevas posibilidades para el empleo[209].

SASSEN propone el concepto de «autoridad privada» para referirse al componente del nuevo orden institucional y privatizado mediante el cual se gobierna y organiza la economía global [210] . La autoridad privada constituye una forma extremadamente parcial de regulación en el mundo actual[211]. Los cambios puestos de manifiesto en las líneas precedentes tienen consecuencias para ciertas características del Estado y del sistema interestatal. En primer lugar, el crecimiento de actividades transfronterizas y de la acción de los sujetos globales que operan fuera del sistema interestatal formal afecta a la competencia y al ámbito de actuación de los Estados y del Derecho internacional clásico. En segundo lugar, el hecho de que este dominio se esté institucionalizando y sometiendo cada vez más al desarrollo de mecanismos de gobernanza privados afecta a la exclusividad de la autoridad del Estado y del Derecho internacional (exclusividad que siempre tuvo un alcance limitado). En tercer lugar, los crecientes poderes normativos en esta esfera privada afectan el poder normativo del Derecho internacional. En cuarto lugar, la participación del Estado en esta nueva regulación de su propio papel en la economía y la incipiente desnacionalización de algunos de sus elementos institucionales, necesarios para permitir el funcionamiento de algunas de las nuevas políticas asociadas a la globalización, transforman aspectos fundamentales del Estado. Al hacerlo alteran la estructura organizativa que permite exigir responsabilidad pública en los Estados y también la estructura organizativa del sistema interestatal y del propio Derecho internacional[212].

---

[209] *Ibídem*, p. 96.

[210] SASSEN, S., «Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización, op. cit.*, pp. 128-130. Para profundizar en el conpeto de autoridad privada que se está desarrollando como consecuencia de la superación del contenedor nacional en la actualidad, *vide*, entre otros, BIERSYEKER, T.J.; HALL, R. B.; MURPHY, C.N. (ed.), *Private Authority and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; CUTLER, C. A.; HAUFLER, V.; PORTER, T. (ed.), *Private Authority in International Affairs*, Sarasota Springs, Suny Press, New York, 1999; HALL, R. B., *Private Authority in the Changing Structure of Global Governance*, presentado en el taller sobre «Private Authority and International Order» realizado en el Watson Institute of International Studies, Brown University, 1999.

[211] *Ibídem*, p. 133.

[212] *Ibídem*, pp. 133-134. Los aspectos en torno a la posible «crisis» del Estado como consecuencia de la globalización económica actual y su reconfiguración como *politeia* de la Modernidad se han analizado en la parte primera de la presente investigación, sobre todo en el apartado III del capítulo primero, «III.El Estado como *Politeia* en proceso de reacomodación».

La lógica de las diversas formas en que el Estado participa en la creación de nuevos marcos normativos que permiten expandir y profundizar en la globalización económica está orientada por el propio mercado global de capitales[213]. En este ámbito, SASSEN hace dos observaciones. Una es que los Estados han participado en la formación de las condiciones y reglas que garanticen altos niveles de circulación de capitales en el interior de cada país y hacia el exterior. Por tanto, se puede decir que entre los Estados existe un consenso para promover los intereses de este tipo de globalización económica. La segunda observación se refiere al hecho de que las reglas fundamentales a partir de las cuales opera la globalización económica contienen un número mucho mayor de autorizaciones de las que han formalizado en reglas explícitas permisivas y prohibitivas. En este contexto la OMC se presenta como una organización internacional que aboga por la construcción de un sistema de normas capaz de asegurar jurídicamente el comercio internacional[214].

50. La OMC como promotora de la regulación del comercio internacional: defensores y detractores. La OMC se presenta como una organización internacional que sirve de marco para poder adoptar las normas necesarias que rijan el comercio internacional. Con una organización de este tipo se trata de superar la opinión de parte de la doctrina que afirma que el poder económico que pierden los Estados pasa al mercado, a las empresas multinacionales y a las compañías transnacionales. Gracias a la OMC el poder económico «desterritorializado» pasa a un ente interestatal legítimamente constituido y, por este motivo, los Estados mantienen de manera indirecta sus competencias reguladoras económicas[215]. La línea ideológica que rige el Derecho de la OMC es la liberalización del comercio internacional, la erradicación de las leyes proteccionistas estatales y la garantía del Estado de Derecho («*Rule of law*»)[216].

---

[213] *Ibídem*, p. 122.

[214] *Ibídem*, pp. 122-127. Aunque SASSEN se presenta crítica frente al papel de la OMC como agente regulador de la globalización económica actual, otros autores definen a la OMC como un actor fundamental para el fortalecimiento del «Estado de Derecho» dentro del comercio internacional actual. Esta corriente se va a defender en la presente investigación y se va a analizar en el presente apartado, *vide* OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, *op. cit.*, pp.3-6.

[215] BECK, U., *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, *op. cit.*, p. 40.

[216] La bibliografía que defiende el papel de la OMC como institución promotora de la regulación del sistema multilateral del comercio es amplísima, *vide*, entre otros, ANDERSON, K.; HOEKMAN, B. (ed.), *The WTO's core rules and disciplines*, E. Elgar, Cheltenham, 2006; BUSH, M. L.; MANSFIELD, E. D. (ed.), *The WTO, economic interdependence, and conflict*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007; CONCEIÇAO-HELDT, E., *Negotiating trade liberalization at the WTO: domestic politics and bargaining dynamics*, Palgrave

Sin embargo, es importante reconocer desde el inicio las limitaciones de la OMC ya que aunque desde su creación en 1995 se ha normativizado el sistema multilateral de comercio pero esta regulación no es completa[217]. El sistema multilateral de comercio en la actualidad está falto de una regulación general. A esto hay que sumarle un sector de movimientos sociales y autores críticos con el papel de la OMC. Entre otros HELD propone el desarrollo de una nueva organización económica supranacional que solucione los problemas de transparencia y la falta de legitimidad democrática de las existentes. Esta propuesta se debería desarrollar según los siguientes pasos. Primero, crear una institución financiera internacional que supla a las ya existentes (FMI, BM y OMC). Segundo, la nueva institución financiera internacional tendría entre sus funciones, controlar el cumplimiento de los acuerdos adoptados y crear mecanismos redistributivos de inversión a largo plazo para ayudar a los países en vías de desarrollos y/o a los países subdesarrollados a avanzar hacia el lado de los ganadores de la globalización. Tercero, los Estados deberán garantizar a nivel nacional un control sobre la economía por medio de mecanismos de rendición de cuentas y control fiscal que después sean remitidos a dicha organización supranacional para conseguir un control

---

MacMillan, Basingstoke, 2011; COTTIER, Thomas, «From Progressive Liberalization to Progressive Regulation in WTO law», *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, Núm. 4, December 2006, pp. 779-822; GRAMMING, S., *Trade liberalization and development: WTO and the Doha Round*, FES, Geneva, 2007; HOEKMAN, B.; VINES, D. (ED.), «The WTO and Multilateral Trade Cooperation», *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 23, Núm. 3, Atumn 2007, pp. 311-527; JOERGES, C.; FALKE, J. (ed.); *Karl Polanyi, globalisation and the potential of law in transnational markets*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2011; JONES, K., *Who's afraid of the WTO?*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2004; KASTO, J., *The function and future of the World Trade Organization: international trade law between GATT and WTO*, The Author, Hounslow, 1996; LIU, X., «GATT/WTO promotes trade strongly: sample selection and model specification», *Review of International Economics*, Vol. 17, Núm. 3, August 2009, pp. 428-446; MAVROIDIS, P. C.; SYKES, A. O. (ed.), *The WTO and international trade law/dispute settlement*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2005; PETERSMANN, E. U., *The GATT/WTO dispute settlement system: international law, international organizations and dispute settlement*, Kluwer Law International, London, The Hague, 1996; RATNESH, K., *WTO (World Trade Organisation): structure, functions, tasks and challenges*, Deep & Deep Publications, New Delhi, 2002; ROBERTS, C., «Liberalising international trade in services through the WTO: How rich and poor countries alike will gain», *International Trade Law and Regulation*, Vol. 13, Núm. 3, May 2007, pp. 51-56; ROSE, A. K., «Do WTO members have more liberal trade policy?», *Journal of International Economics*, Vol. 63, Núm. 2, July 2004, pp. 209-236; ROSE, A. K., «Does the WTO make trade more stable?», *Open Economies Review*, Vol. 16, Núm. 1, 2005, pp. 7-22; SUBRAMANIAN, A.; WEI, Shang-Jin., *The WTO promotes trade, strongly but unevenly*, IMF, Washington, 2003; ORTINO, F., *Basic legal instruments for the liberalisation of trade: a comparative analysis of EC and WTO law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2004; ZAHRNT, V., «The benefits of trade liberalisation and WTO members' negotiating positions: are imports really bad?», *Aussenwirtschaft*, Vol. 63, Núm. 2, 2008, pp. 143-166.

[217] OLSEN en OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, *op. cit.*, p. 2. Para una introducción de las transformaciones del sistema multilateral de comercio en relación con el incremento de la regulación del mismo *vide*, PAUWELYN, J. H., «The Transformation of World Trade», *Michigan Law Review*, Vol. 104, Núm. 1, 2005, pp. 1-70.

global de la economía[218]. Además, para superar el problema de descontrol del mercado global, los Estados deberán adoptar compromisos en este campo así como elaborar de una regulación jurídica transnacional, en aspectos de producción, comercio y consumo, que impida al mercado financiero y a las empresas transnacionales su descontrol jurídico actual[219].

[218] HELD, D., *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita, op. cit.*, pp. 308, 309 y, sobre todo, HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington, op. cit.*, pp. 89 -101.

[219]Las críticas a la OMC se entrelazan con críticas al modelo de globalización económica liberal en el que se inserta la Organización. En esta línea crítica STIGLITZ parte de la afirmación de que la globalización actual puede ser rediseñada para lograr su potencialidad positiva. Para alcanzarlo las instituciones económicas internacionales tienen que ser rediseñadas. Esta necesidad de remodelación surge como consecuencia del fracaso absoluto de las organizaciones internacionales financieras existentes en STIGLITZ, J. E., *El malestar en la globalización*, *op. cit.*, p. 270. Para ampliar la bibliografía sobre la posibilidad del control de los capitales financieros de ATTAC en MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002*, *op. cit.*, pp. 175-185 y en BARRILLON, M., *ATTAC. Encore un effort pour réguler la mondialisation?*, Castelnau-le-Lez, Climats, 2001. En el intento de rediseñar las instituciones políticas actuales se sitúa la propuesta desarrollada por BELLO quien *grosso modo* defiende una alternativa a la situación de la globalización neoliberal actual donde se considera indispensable el desarrollo de una globalización económica más controlada y democrática para que sus efectos positivos se disfruten de forma similar en todo el globo. A lo largo de la historia reciente, el proyecto global neoliberal ha sufrido tres crisis importantes. Primera, la crisis asiática de 1997. Segunda, la tercera reunión ministerial de la OMC en Seattle en 1999. Tercera, la caída de la bolsa de valores y el final del boom Clinton, desde la última década del siglo XX, que ha llegado hasta nuestros días. Las principales características de esta crisis son el estancamiento y la recesión económica. A esta crisis estructural de la economía mundial se le añade la crisis de legitimidad del sistema político y económico actual. Para más información sobre esta propuesta *vide*, BELLO, W., *Desglobalización. Ideas para una nueva economía mundial*, *op. cit.*, «La alternativa: la desglobalización», pp. 11-14, 37, 131-142. Debido a este panorama expuesto, BELLO considera que es necesario un cambio paradigmático. Para justificar esta necesidad se remite a KUHN, T. S., *Las estructuras de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995. La actual situación de inestabilidad económica se superará por medio del desarrollo de la alternativa propuesta, la «desglobalización». El primer estadio para la consecución de esta propuesta, deberá ser, como se acaba de señalar, un proceso de deconstrucción. Como objetivos prioritarios del proceso destacan: desmantelar la OMC, sobre todo, y neutralizar o reducir, en la medida de lo posible, el poder las instituciones de Bretton Woods. El fin último de la deconstrucción es detener o invertir la liberalización promovida por la OMC en las zonas comerciales y las relaciones con el comercio. El segundo estadio de la propuesta, lo constituirá un proceso reconstrucción que constituirá un sistema alternativo al actual gobierno mundial. BELLO parte de la creencia de que ya se han articulado la mayoría de los principios fundamentales para la constitución de un orden alternativo. Por tanto, ahora sólo es necesario articular las particularidades de cada sociedad al mismo para que se garantice la diversidad en todo el mundo. Es necesario que la actividad se desarrolle, sobre todo, encauzando la economía hacia la producción local, sin dejar de lado la economía internacional. Así, será la sociedad la que guíe a la economía y no a la inversa como sucede en la actualidad. Este nuevo gobierno económico mundial deberá caracterizarse por el desarrollo de su actividad a través de un poder institucional menos centralizado, por un sistema plural y pluralista de instituciones y organizaciones interconectadas entre sí por medio de acuerdos flexibles. En definitiva, lo que los países en desarrollo y la sociedad civil internacional deberían intentar es desarrollar una combinación de medidas, activas y pasivas, que desmantelen, neutralicen o reduzcan los poderes de la Organización Mundial del Comercio y las organizaciones de Bretton Woods en BELLO, W., *Desglobalización. Ideas para una nueva economía mundial*, *op. cit*., pp. 132-142.

1. La creación de la Organización Mundial del Comercio

51. Los intentos de regulación del comercio internacional. La Organización Internacional del Comercio (en adelante, OIC) constituyó el primer intento fallido de creación de una organización internacional en el ámbito del sistema multilateral del comercio[220]. Tras la Segunda Guerra mundial se impulsó una mayor cooperación internacional en materia económica que tuvo como consecuencia la celebración de la conferencia en Bretton Woods en 1944 donde se crearon el FMI y el BM[221]. Los intentos encaminados a la creación de otra institución paralela, la OIC, no fructificaron como consecuencia de la guerra fría y las tensiones internacionales derivadas de la misma[222].

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, GATT de 1947) es un acuerdo internacional que se elaboró en el seno de las negociaciones para la constitución de la OIC. Los Gobiernos del Commonwealth de Australia, Reino de Bélgica, Birmania, Estados Unidos del Brasil, Canadá, Ceilán, República de Cuba,

---

[220] La Carta de la Habana fue firmada por cincuenta y cuatro países el 24 de marzo de 1948. Su texto se encuentra en *United Nations Conference on Trade and Employement, Cuba, from November 21, 1947 to March 24, 1948, Final Act and Related Documents*, Doc. E/CONF. 2/78.
El papel que jugó EEUU en la fallida entrada en vigor de la OIC se analiza, entre otros, *vide*, CLAYTON, W. L., United States. General Accounting Office., *America and the International Trade Organization*, Chamber of Commerce of the United States, Washington, D.C., 1948; DIEBOLD, W., *The end of the ITO*, Princeton, N.Y., 1952; United Nations, United Nations Conference on Trade and Employment (1st: 1946: London, United Kingdom), *Report of the first session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, United Nations, London, 1946; United States, Congress, Senate, *International trade organization: hearings before the Committee on Finance. On trade agreements system and proposed international trade organization charter*, March 20, 21, 24, 26, 27, 29, 31, April 1, 2, 3, 1947, Washington, D.C., 1947; United States, Department of State, *Suggested charter for an International Trade Organization of the United Nations*, Department of State, Washington, D.C., 1946; United States Tariff Commission, *Report on the Havana charter for an International Trade Organization*, United States Tariff Commission, Washington, D.C. 1949; Wilcox, C., *A Charter for World Trade*, Macmillan, New York, 1949.
La OIC es predecesora del GATT y la OMC tal y como se señala en la bibliografía que se recoge a continuación, GRAZ, J. C., «The political economy of international trade: the relevance of the international trade organization project», *Journal of International Relations and Development*, Vol. 2, Núm. 3, September 1999, pp. 288-306; HEXNER, E., *The International Trade Organization and the Monetary Fund*, IMF, Washington, D.C., 1950; RUBIN, S. J., *The judicial review problem in the International Trade Organization*, Harvard Law Review Association, Cambridge, 1949.

[221] La Conferencia de Bretton Woods se llamó oficialmente «*United Nations Monetary and Financial Conference*», celebrada en Bretton Woods del 1 al 22 de julio de 1944.

[222] El intento de creación de la OIC se reguló en la Conferencia de la ONU sobre comercio y empleo celebrada en La Habana (Cuba) del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948. El Acta final y documentos conexos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el comercio y el empleo celebrada en La Habana del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948, E/CONF. 2/78, se encuentra en la página web de la OMC: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf> (última revisión, 18 de mayo de 2012).

República Checoslovaca, República de Chile, República de China, Estados Unidos de América, República Francesa, India, Líbano, Gran Ducado de Luxemburgo, Reino de Noruega, Nueva Zelandia, Reino de los Países Bajos, Paquistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rhodesia del Sur, Siria y Unión Sudafricana acordaron la adopción de una disposición provisional con la que se asentaban las bases de una reducción arancelaria multilateral en el comercio internacional. Esa disposición se concretó en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio original que entró en vigor en 1948[223].

52. La creación de la OMC. La OMC se constituyó el 1 de enero de 1995 cumpliendo con lo establecido en el párrafo 3 del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales[224].

> «Los representantes *convienen* en que es deseable que todos los participantes en la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales (denominados en la presente Acta Final «participantes») acepten el Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio con miras a que entre en vigor el 1 de enero de 1995, o lo antes posible después de esa fecha. No más tarde de finales de 1994, los Ministros se reunirán, de conformidad con el párrafo final de la Declaración Ministerial de Punta del Este, para decidir acerca de la aplicación internacional de los resultados y la fecha de su entrada en vigor».

[223] En la actualidad dicho texto jurídico se encuentra recogido en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, *vide* <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm> (última revisión, 18 de mayo de 2012). Es este apéndice se recoge la versión íntegra del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio con todas las modificaciones de que ha sido objeto desde su entrada en vigor y se han marcado con asteriscos los pasajes del texto que deben leerse juntamente con las notas y disposiciones suplementarias del Anexo I del Acuerdo.

[224] Las «rondas» son un tipo de negociación que abarca un amplio abanico de sectores y cuyo resultado ha de reflejar un equilibrio de intereses. Las dimensiones del enfoque global pueden representar más beneficios porque los participantes pueden perseguir y lograr ventajas en una amplia gama de cuestiones. En un enfoque global la posibilidad de hacer compensaciones recíprocas puede facilitar el llegar a un acuerdo. Cada una de las cuestiones negociadas no va a resultar forzosamente beneficiosas o ni siquiera van a resultar de interés para todos los países. Para una introducción sobre los puntos fuertes y débiles de la capacidad negociadora de la OMC, puede concultarse, OMC. *Diez malentendidos frecuentes sobre la OMC*, División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación, Ginebra, 2007, p. 9. Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/res_s/doload_s/10mis_s.pdf> (última revisión, 5 de marzo de 2011). Para obtener una visión general e introductoria de la OMC pueden encontrarse documentos en la propia página web de la Organización como por ejemplo el documento titulado «¿Qué es la OMC?», <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm> (última revisión, 21 de marzo de 2011). Los textos jurídicos y documentos oficiales de la OMC en español pueden consultarse en: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/docs_s.htm> (última revisión, 15 de marzo de 2011).

El Acuerdo por el que se establece la OMC (en adelante, Acuerdo sobre la OMC) entró en vigor el 1 de enero de 1995 y, en ese momento, el GATT de 1947 quedó subsumido en el Derecho y la práctica de la Organización[225].

La OMC tiene personalidad jurídica para el ejercicio de sus funciones como reconoce el párrafo 1 del artículo VIII del Acuerdo sobre la OMC). El artículo II del Acuerdo sobre la OMC le concede a la OMC el carácter de «(…) marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del [Acuerdo sobre la OMC]», es decir, los acuerdos comerciales multilaterales de la OMC, los cuales contienen resultados sustantivos y procesales de las negociaciones de la Ronda Uruguay, conforman el actual ordenamiento jurídico y procesal de la Organización[226].

2. El ordenamiento jurídico de la Organización Mundial del Comercio

53. El «Derecho de la OMC». En la presente investigación se va a entender el concepto de «Derecho de la OMC» como el sistema normativo de la OMC que abarca el Acuerdo sobre la OMC, sus anexos y el resto de decisiones y actos normativos adoptados en el marco de la OMC.

---

[225] El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, que se encuentra en *United Nations Treaty Series*, núm. I-31874, vols. 1867-1869. WTO Doc. LT/UR/A/2. En España en el BOE de 24 de enero de 1995, <http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/A02206-02206.pdf> (última revisión, 15 de marzo de 2011), en tres suplementos: <http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/C00003-00282.pdf> (última revisión, 15 de marzo de 2011). En el ordenamiento jurídico de la UE se publicó como se señala a continuación, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 y aprobado mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones unilaterales de la ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1).

[226] PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, pp. 63-64. La OMC se presentó desde su creación como la organización necesaria para superar los puntos muertos y los vacíos que se pusieron de manifiesto en el GATT de 1947. *Vide* en esta línea, entre otros, BOURGEOIS, J. H. J.; BERROD, F.; GIPPINI FOURNIER, E. (dir.), *The Uruguay Round Results, A European Layers' Perspective*, European Interuniversity Press, Bruxelles, 1995; CROOME, J., *Reshaping the World Trading System – A History of the Uruguay Round*, World Trade Organization, Cambridge, 1995; JACKSON, J. H., *The World Trade Organization – Constitution and Jurisprudence*, Routledge, 1998; JACKSON, J. H., «The WTO "constitution" and proposed reforms: the seven "mantras" revisited», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2007, pp. 67-78; TRACHTMAN, J. P., «The constitutions of the WTO», *European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 3, 2006, pp. 623-645; WORLD TRADE ORGANIZATION. *From GATT to the WTO: the multilateral trading system in the new millennium*, Kluwer, The Hague, London, 2000.

La OMC quedó constituida el 1 de enero de 1995[227]. El Acuerdo por el que se establece la OMC regula los aspectos fundamentales de la OMC como organización internacional en dieciséis artículos: artículo I. Establecimiento de la Organización, artículo II. Ámbito de la OMC, artículo III. Funciones de la OMC, artículo IV. Estructura de la OMC, artículo V. Relaciones con otras organizaciones, artículo VI. La Secretaría, artículo VII. Presupuesto y contribuciones, artículo VIII. Condición jurídica de la OMC, artículo IX. Adopción de decisiones, artículo X. Enmiendas, artículo XI. Miembros iniciales, artículo XII. Adhesión, artículo XIII. No aplicación de los Acuerdos Comerciales Multilaterales entre Miembros, artículo XIV. Aceptación, entrada en vigor y depósito, artículo XV. Denuncia, y artículo XVI. Disposiciones varias. El Acuerdo sobre la OMC se completa con cuatro anexos: Anexo 1, Anexo 2. Entendimiento sobre Solución de Diferencias, Anexo 3. Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales y Anexo 4. Acuerdos Comerciales Plurilaterales[228].

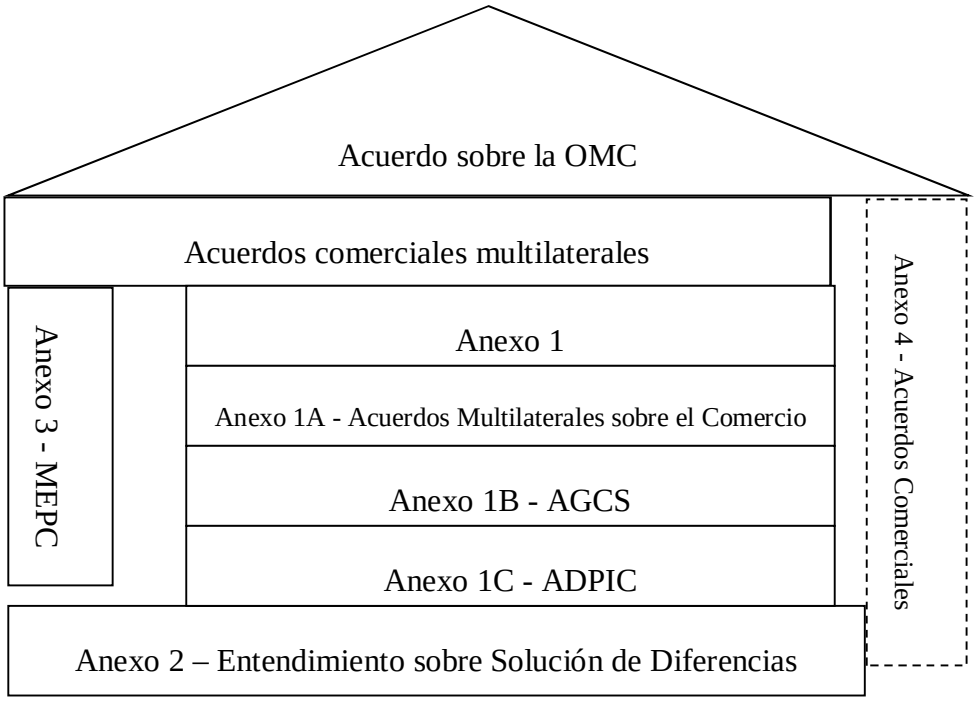
El Acuerdo sobre la OMC está compuesto por los 16 artículos que componen propiamente Acuerdo por el que se establece la OMC y cuatro anexos. La enumeración de estos cuatro anexos nos permite conocer el ámbito material de regulación de la OMC[229]. Dicho ámbito material se compone por la regulación del comercio de mercancías (Anexo 1A del Anexo 1), el comercio de servicios (Anexo 1B del Anexo 1), los Derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (Anexo 1C del Anexo 1), el comercio de aeronaves civiles (Anexo 4A) y la contratación pública

[227] En el punto 8 de la Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994 se afirma que «[a]l adoptar y firmar el Acta Final, y al abrir a la aceptación el Acuerdo sobre la OMC, los Ministros declaran terminada la labor del Comité de Negociaciones Comerciales y formalmente concluida la Ronda Uruguay».

[228] MAVROIDIS, P. C.; PALMETER, D., «The WTO legal system: sources of law», *American Journal of International Law*, Vol. 92, Núm. 3, 1998, pp. 398-413.

[229] El Derecho de la OMC abarca materias que pueden superar lo escrictamente comercial. Este hecho en la práctica tiene como conciencia que la Organización colabora con otras organizaciones interncionales en la adopción de normas sobre determinadas matererias. Sobre esta cuestión *vide*, entre otros, VANGRASSTEK, C., *The History and Future of the World Trade Organization*, World Trade Organization, Geneva, 2013, « Part. II, Chapter 5. Relations with other organization and civil society», pp. 151-193. En esta parte se analiza el esfuerzo de la OMC para incluir una mayor colaboración con otras organizaciones internacionales y agentes sociales, como las ONG, aumentar las cotas de transparencia y democratización en el desarrollo de su actividad y sobre todo en la adopción del Derecho de la OMC donde los aspectos del comercio internacional están cada vez más conectados con los ámbitos de otras organizaciones como puede ser la FAO, UNCTAD, FMI o el BM.

(Anexo 4B). La estructura compleja de los Acuerdos de la OMC puede observarse en el siguiente gráfico[230]:



El Anexo 1 se subdivide a su vez en cuatro anexos: Anexo 1A. Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías está formado por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994), el Acuerdo sobre la Agricultura, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio, Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros de 1994 (Antidumping), Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros de 1994 (Valoración de Aduana), Acuerdo sobre Inspección previa a la Expedición, Acuerdo sobre Notas de Origen, Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, Acuerdo sobre Salvaguardias. El Anexo 4 lo forman dos anexos aún en vigor: Anexo 4(a). Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles y Anexo 4(b). Acuerdo sobre Contratación Pública[231].

[230] BUGGE THORBJØRN, D. en OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, *op. cit.*, p. 21.
[231] La Decisión de Marrakech de 15 de abril de 1994, el Acta Final y los Anexos citados constituyen la base del Derecho material de la OMC. Se ha adoptado un conjunto de Decisiones y Declaraciones

54. El concepto de «todo único». El Acuerdo sobre la OMC constituye un todo único obligatorio para todos los Miembros de la OMC. Así lo establece el párrafo 2 del artículo II del propio Acuerdo sobre la OMC, «[l]os acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Multilaterales") forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros».

En el apartado 3 del mismo artículo se precisa que «[l]os acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Plurilaterales") también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni Derechos para los Miembros que no los hayan aceptado».

La concepción del Acuerdo sobre la OMC como un todo único supone que la adhesión a la OMC depende de la aceptación de todos los acuerdos que constituyen el Acuerdo sobre la OMC por cada nuevo Miembro, se trata de un sistema jurídico del que no se puede renunciar a ninguna disposición o anexo[232]. No obstante, los acuerdos recogidos en el Anexo 4 del Acuerdo sobre la OMC son acuerdos plurilaterales y, por tanto, no están sujetos a la regla del «todo único» sino que sólo serán obligatorios para los Miembros de la Organización que hayan decidido adoptarlos.

En la adopción de sucesivos acuerdos este concepto de «todo único» supone que en el marco de la OMC ningún acuerdo puede ser asumido como parte integrante del Derecho de la Organización hasta que todos los Miembros acepten todos los puntos de la negociación[233]. Esta concepción del «todo único» está suponiendo serias dificultades

---

Ministeriales en la Ronda de Uruguay, así como Protocolos posteriores para profundizar en la ordenación del sistema multilateral de comercio y también en el propio funcionamiento de la Organización como tal, para una visión general de estos textos normativo *vide* <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm> (última revisión, 30 de abril de 2014).

[232] En la propia página de la OMC se establece que «[e]l marco de la OMC servirá de vehículo para garantizar que los resultados de la Ronda Uruguay se traten como un "todo único" y, por consiguiente, el hecho de ser miembro de la OMC entrañará la aceptación de todos los resultados de la Ronda, sin excepción alguna» citado en el apartado explicativo de los textos jurídicos de la OMC citado en <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm> (última revisión, 5 de marzo de 2011).

[233] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 30; WOLFE, R., «The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor», *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, Núm. 4, 2009, p. 835.

en la adopción de las propuestas normativas de la Ronda de Doha por la falta de aceptación de algunos Miembros, sobre todo los denominados países desarrollados, para configurar un sistema multilateral del comercio más comprometido con el desarrollo[234]. Por este motivo, parte de la doctrina está construyendo la idea de una OMC a diferentes velocidades, abandonado el concepto de todo único y con el objetivo de que el proceso político de toma de decisiones pudiese ser más efectivo[235]. En este nuevo escenario, los Miembros que no estuviesen de acuerdo con las nuevas reformas adoptadas podrían quedarse fuera de las mismas y dejar llegar a la adopción de acuerdos a los Miembros que quisieran concluirlos. No obstante, esta propuesta tiene riesgos, ya que el GATT a la carta podría reaparecer en forma de una OMC a la carta. Por este motivo es muy poco probable que los Miembros de la OMC se separen del concepto del «todo único» en la adopción de sus decisiones en el marco de la OMC[236].

El concepto del todo único, por tanto, tiene una perspectiva jurídico-política que debe ser puesta de manifiesto ya que el Acuerdo sobre la OMC es un único tratado internacional cuyas modificaciones e interpretaciones deberán hacerse respetando al todo. Las modificaciones legislativas se llevan a cabo por el Consejo General de la Organización mientras que las interpretaciones del Acuerdo se elaboran por el Órgano de Apelación de su SSD.

3. Los principios básicos del Derecho de la OMC

55. Introducción a los principios rectores de la Organización Mundial del Comercio. El Derecho de la OMC reposa en los siguientes principios básicos: el

[234] Para ampliar el concepto de todo único y profundizar en su problemática en relación con los acuerdos de la Ronda de Doha *vide*, entre otros, WOLFE, R., «The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor», *op. cit.*, pp. 835-858.

[235] TIJMES-LHL, J., «Consensus and majority voting in the WTO», *World Trade Review*, Vol. 8, Núm. 3, 2009, pp. 430-431. A favor de esta nueva forma de adopción de las decisiones en el seno de la OMC se encuentran entre otros los autores que se recogen a continuación, PAUWELYN, J., «The Transformation of World Trade», *op. cit.*, p. 61; SUTHERLAND, P. (Presidente); BHAGWATI, J.; BOTCHEWEY, K.; FITZGERALD, N.; HAMADA, K.; JACKSON, J. H.; LAFER, C.; DE MONTBRIAL, T., *El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, *op. cit*.

[236] *Ibídem*, p. 431. La toma de decisiones en la OMC es un aspecto que no se analiza en la presente investigación pero para una introducción general sobre el mecanismo que se emplea en dicha Organización puede verse por ejemplo, PEDERSEN, P. N., «The WTO Decision-Making Process and International Transparency», *World Trade Review*, Vol. 5, Núm. 1, pp. 103-131.

principio de no discriminación y el principio de previsibilidad y seguridad en el sistema[237].

56. Principio de no discriminación. El principio de no discriminación grosso modo significa que los Miembros de la Organización no pueden discriminar comercialmente los bienes y servicios importados de los interlocutores comerciales del resto de Miembros. El principio de no discriminación se divide en el principio de la nación más favorecida y del principio de trato nacional[238].

El principio de la nación más favorecida promueve que cada Miembro de la Organización trate comercialmente igual a todos los demás Miembros y, por tanto, si un Miembro mejora un determinado Derecho comercial o varios Derechos comerciales a otro Miembro, tiene que dar ese mismo trato «mejorado» a todos los demás Miembros de la Organización. De esa manera, todos ellos pasan a beneficiarse de esas nuevas

[237] Los principios generales son ampliamente analizados por la doctrina internacionalista desde muy distintas perspectivas. Para una introducción general a los mismos *vide*, entre otros, AMERICAN LAW INSTITUTE, *Legal and Economic Principles of World Trade Law: The Genesis of the GATT, the Economics of Trade Agreements, Border Instruments, and National Treatment*, American Law Institute, Philadelphia, 2011; DAS, B. L., *An introduction to the WTO agreements*, Zed Books, London, New York, 1998; HILF, M., «Power, rules and principles: which orientation for WTO/GATT law?», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2001, pp. 111-130; TROMMER, S.M., «Special market economy: undermining the principles of the WTO?», *Chinese Journal of International Law*, Vol. 6, Núm. 3, 2007, pp. 565-600; DE MEESTER, B.; WOUTERS, J., *The World Trade Organization: a legal and institutional analysis*, Intersentia, Antwerpen, 2007.

[238] El principio de no discriminación de la OMC es un elemento clave de la OMC y ha sido analizado por la doctrina tanto desde un enfoque general como desde una persectiva sectorial en base a los distintos acuerdos de la OMC donde se respeta dicho principio. Como botón de muestra *vide* la bibliografía que se recoge a continuación, BAGWELL, K.; STAIGER, R. W., «Reciprocity, non-discrimination and preferential agreements in the multilateral trading system», *European Journal of Political Economy*, Vol. 17, Núm. 2, 2001, pp. 281-326; COTTIER, T.; MAVROIDIS, P. C. (ed.), *Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2000; EVENETT, S. J.; HOEKMAN, B., *Government procurement: market access, transparency, and multilateral trade rules*, CEPR, London, 2003; GOCO, J. B., «Non-discrimination, "likeness", and market definition in World Trade Organization jurisprudence», *Journal of World Trade*, Vol. 40, Núm. 2, 2006, pp. 315-340; HARRISON, J., «GSP conditionality and non-discrimination», *International trade law and regulation*, Vol. 9, Núm. 6, 2003, pp. 159-166; LAING, E. A., *Equal access/non-discrimination and legitimate discrimination in international economic law*, University of Wisconsin, Madison, 1996; MELLONI, M., *The principle of national treatment in the GATT: a survey of the jurisprudence, practice and policy*, Bruylant, Bruxelles, 2005; MOSOTI, V., «Non-discrimination and its dimensions in a possible WTO framework agreement on investment: reflections on the scope and policy space for the development of poor economies», *Journal of World Investment*, Vol. 4, Núm. 6, 2003, pp. 1011-1046; PETERSMANN, E. U. «Economic, legal and political functions of the principle of non-discrimination», *World Economy*, Vol. 9, Núm. 1, 1986, pp. 113-124; MAVROIDIS, P. C., «Highway XVI re-visited: the road from non discrimination to market access in GATS», *World Trade Review*, Vol. 6, Núm. 1, 2007, pp. 1-24; VRANES, E., «The WTO and regulatory freedom: WTO disciplines on market access, non-discrimination and domestic regulation relating to trade in goods and services», *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, Núm. 4, 2009, pp. 953-988; WILKINSON, R., *Multilateralism and the World Trade Organisation: the architecture and extension of international trade regulation*, Routledge, London, New York, 2000.

reglas comerciales «más favorecidas». Así, por ejemplo, si un país Miembro de la OMC otorga un arancel más bajo a otro Miembro será obligatorio para aquel país Miembro reconocer ese mismo arancel al resto de los Miembros de la OMC.

El principio de trato nacional implica que los bienes y servicios importados y los bienes y servicios de producción nacional deben tratarse de igual manera una vez que los bienes y servicios importados hayan entrado en el mercado nacional de un Miembro de la OMC. El principio de trato nacional se aplica una vez cumplidos los trámites en frontera, es decir, se circunscribe al ámbito de los mercados internos de los Miembros de la OMC.

El principio de no discriminación se ha deteriorado por el uso abusivo de los acuerdos comerciales preferenciales de los Miembros de la Organización. Estos acuerdos no se reducen a cuestiones arancelarias sino que se centran cada vez más en aspectos reglamentarios del comercio de mercancías y servicios. De hecho, la discrecionalidad de la que gozan las partes en un acuerdo comercial preferencial para diseñar esos regímenes reglamentarios puede llegar a alcanzar una calificación sumamente negativa en lo que respecta al sistema multilateral del comercio defendido por la OMC[239]. Otra fuente de discriminación en el sistema multilateral de comercio, lo constituye el Sistema de Preferencias Generalizadas[240]. El Sistema de Preferencias Generalizadas constituye un instrumento para impulsar comercialmente a los países en vías de desarrollo a reducir la pobreza ayudándolos a obtener ingresos a través del comercio internacional gracias al reconocimiento de preferencias arancelarias por parte de países desarrollados[241].

[239] Consejo Consultivo de la OMC formado por SUTHERLAND, P. (Presidente); BHAGWATI, J.; BOTCHEWEY, K.; FITZGERALD, N.; HAMADA, K.; JACKSON, J. H.; LAFER, C.; DE MONTBRIAL, T., *El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, *op. cit*.

[240] El SGP existente se publica por la UNCTAD en seriales periódicamente donde se recogen las listas de beneficiarios, por ejemplo en 2008 puede consultarse UNCTAD, *Generalized System of Preferences. List of Beneficiaries*. UNCTAD/ITCD/TSB/Misc.62/Rev.3. Ginebra, Nueva York, 2008. Para abordar la problemática entre los SGP y los Acuerdos de la OMC pueden verse como introducción general los siguientes artículos, BARTELS, L., «The WTO Legality of the EU's GSP+Arragement», *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Núm. 4, Octubre 2007, pp. 869-886; MITCHELL, A. D.; Voon, T., «Operationalizing Special and Differential Treatment in the World Trade Organization: Game Over?», *Global Governance*, Vol. 15, Núm. 3, 2009, pp. 343-358.

[241] En el seno de la UE también se aborda la cuestión de los SPC. Para introducción a los SPG en el seno de la UE, *vide* <http://europa.eu/legislation_summaries/external_trade/r11016_es.htm> (última revisión, 5 de julio de 2013).

57. Principio de previsibilidad y seguridad en el sistema. El principio de previsibilidad y seguridad en el sistema trata de garantizar el cumplimiento del Derecho de la OMC en los ámbitos del comercio internacional regulados por dicho Derecho[242]. Con un sistema multilateral del comercio previsible y seguro se persigue que los Miembros tengan confianza en que el Derecho de la OMC que regula el sistema multilateral del comercio será aplicado en las distintas transacciones comerciales que se den entre Miembros de la Organización y sobre todo que contarán con mecanismos de protección suficientes para poder actuar ante los incumplimientos del Derecho de la OMC por parte de otros Miembros. Como consecuencia del cumplimiento de este principio de previsibilidad y seguridad en los ámbitos del comercio internacional regulados por el Derecho de la Organización se persigue que las empresas y los inversores internacionales puedan trasladar dicha garantía de previsibilidad y seguridad a sus propias transacciones internacionales.

4. El Sistema de Solución de Diferencias

A. *La naturaleza del SSD de la OMC*

58. Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. El SSD de la OMC ejerce el control y la supervisión a posteriori sobre el cumplimiento del Derecho de la OMC por parte de sus Miembros ya que este mecanismo de control se acciona cuando un Miembro de la OMC considera

[242] La bibliografía sobre el principio de la previsibilidad de la OMC se desarrolla sobre todo desde dos enfoques, al igual que en el principio anterior, desde una perspectiva general y desde un enfoque sectorial como puede verse en la bibliografía que se recoge a continuación, FAUCHALD, O. K., «Flexibility and predictability under the WTO's non-discrimination clauses». *Journal of World Trade*, Vol. 37, Núm. 3, June 2003, pp. 443-482; HUGHES, V., «¿Por qué tiene tanto éxito el sistema de solución de diferencias de la OMC?», Conferencia de la ANZSIL, Universidad de Victoria Wellington, Nueva Zelanda, 6 de julio de 2012. Dicha conferencia se puede encontrar en el enlace que se recoge a continuación, <http://mdsweb.vuw.ac.nz/Mediasite/Viewer/Viewers/Viewer320TL.aspx?mode=Default&peid=375b3db3-0b6d-4d8e-b3b0-7d45a9d2d904&pid=3daf095e-e1a8-4f1f-8ec2-0abfd39640be&playerType=WM7> (última revisión, 11 de abril de 2013). En torno al principio de transparencia *vide*, entre otros, BELLO, Walden. *Lack of transparency in the WTO*, Development dialogue Núm.1, 2002; BOSMANS, W., Information flow and networks in the WTO: the transparency issue: report of internship, WTO, Geneva, 2002; International Centre for Trade and Sustainable Development, *Accreditation schemes and other arrangements for public participation in international fora: a contribution to the debate on WTO and transparency*, ICSTD, Geneva, 1999; LACARTE, J. A., «Transparency, public debate and participation by NGOs in the WTO: a WTO perspective», *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Núm. 3, 2004, pp. 683-686; PEDERSEN, P. N., «The WTO decision-making process and internal transparency», *World Trade Review*, Vol. 5, Núm. 1, March 2006, pp. 103-131.

que una norma de otro Miembro es incompatible o inconsistente con el Derecho de la OMC[243].

59. La naturaleza del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Dentro de los tratados internacionales podemos encontrar distintas regulaciones de las partes contratantes sobre la garantía del cumplimiento del propio acuerdo. En esta garantía de cumplimiento son fundamentales los mecanismos de solución de controversias jurídicas entre las partes contratantes regulados en el propio acuerdo internacional. Por un lado, pueden existir acuerdos que regulen un mecanismo particular que requiera la ejecución ante los tribunales nacionales de las partes contratantes. En este caso se trata de mecanismos complementarios con los propios sistemas judiciales nacionales. En este supuesto el tratado internacional tiene una intención de determinar los efectos de obligaciones internacionales adquiridas en el plano internacional dentro de los ordenamientos jurídicos internos de las partes contratantes. Por otro lado, ciertos mecanismos de solución de controversias pueden asegurar el cumplimiento del tratado internacional que les regula en el ámbito internacional pero pueden dejar a libre disposición de las partes contratantes la adopción de medidas nacionales para su cumplimiento. Este tipo de mecanismos parece que actúan exclusivamente en el ámbito internacional y que son totalmente independientes de cualquier tipo de disposiciones sobre su cumplimiento que se puedan regular por el Derecho interno de las partes contratantes. Este es el caso por ejemplo del Acuerdo sobre la OMC y de los informes adoptados dentro de su SSD. En este supuesto los mecanismos de solución de diferencias no finalizan exclusivamente con decisiones adoptadas por los GE y el OA sino que también se permite que las partes lleguen a soluciones mutuamente convenidas[244].

Parte de la doctrina considera que el SSD ha creado un mecanismo jurisdiccional interno al que están sometidos automáticamente todos los Miembros de la OMC desde que ingresan en ella y que está dotado de capacidad para adoptar sanciones comerciales,

[243] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 374.
[244] BONAFÉ, B.I., «Direct Effect of International Agreements in the EU legal order: Does it depend on the Existence of an International Dispute Settlement Mechanism?» en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff, Lieden/Boston, 2012, pp. 241-243.

bajo determinadas circunstancias, contra aquellos miembros que no cumplan con las obligaciones de la OMC[245]. No obstante, como el OSD es quien tiene, formalmente, la competencia para decidir los términos de solución de las diferencias, FERNÁNDEZ PONS califica al SSD como un procedimiento de «solución institucional por decisión de órgano político»[246].

Desde otros sectores de la doctrina se defiende que el SSD de la OMC aúna elementos de naturaleza diplomático-política y elementos de naturaleza judicial. Para visualizar esta relación PETERSMANN señala, por un lado, como aspectos de naturaleza política los puntos del proceso que regula el ESD, las consultas (artículo 4 del ESD); los buenos oficios, conciliación y mediación (artículo 5 y artículo 24 del ESD); la vigilancia del cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones (artículo 21 del ESD); la compensación y suspensión (artículo 22 del ESD). Por otro lado, como aspectos de naturaleza judicial del SSD se recogen los procedimientos de los Grupos Especiales (artículos 6 a 8 del ESD); el procedimiento de apelación (artículos 16 a 19 del ESD); el procedimiento de arbitraje regulado en el artículo 25 del ESD y los procedimientos legales nacionales por ejemplo en materia de antidumping, subvenciones, compras de gobierno y propiedad intelectual. Por último, las recomendaciones de los Grupos Especiales (GE), del Órgano de Apelación (OA) y del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) aúnan elementos de naturaleza política y de naturaleza judicial (artículos 12, 16, 17 y 19 del ESD)[247].

La evaluación objetiva llevada a cabo por los GE de cada asunto sometido refuerza la naturaleza jurisdiccional del sistema, mientras que la formulación de sus

[245] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, p. 30. Sin embargo, en un momento posterior de su obra, la propia autora define el Sistema de Solución de Diferencias como un mecanismo cuasi jurisdiccional de resolución de conflictos en la misma obra, pp. 380-381.
[246] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 81.
[247] PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, *op. cit.*, 1997, p. 60. Una division muy similar es propuesta por COTTIER que señala como aspectos legales, jurídicos si seguimos la terminología de la presente investigación, el Derecho al establecimiento de los Grupos Especiales, los términos de referencia definidos por el OA en el marco de la aplicación del Entedimiento, el principio del debido proceso basado en normas, el Derecho al examen en apelación y la adopción y aplicación de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias, la transparencia que se promueve en esta parte final del proceso y los plazos temporales regulados a lo largo de todo el proceso en COTTIER, T., «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 35, Núm. 3, 1998, pp. 333-350.

conclusiones se aproxima a una labor de mediación o conciliación más propia de los sistemas de solución de diferencias de naturaleza diplomática. No obstante, todas las soluciones de diferencias deben ser compatibles con los acuerdos abarcados, el deber de interpretar los acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público y el posible examen en apelación contra el informe del GE[248].

El automatismo en la adopción de los informes por el OSD ha dotado de un mayor carácter jurisdiccional al SSD creado en el marco de la OMC[249]. La regla de adopción de decisiones en el seno del OSD es el «consenso negativo», es decir, la decisión se adoptará salvo consenso de todos los Miembros para su no adopción[250]. En la toma de decisiones de la Organización la regla general es el consenso positivo salvo en cuatro casos especiales donde se aplica la citada regla del consenso negativo: en el establecimiento de los GE en segunda consulta (párrafo 2 del artículo 6 del ESD), en la adopción de los informes de los GE y del OA por el OSD (párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 4 del artículo 17 del ESD), en el establecimiento de un GE en caso de desacuerdo entre las parte sobre el cumplimiento efectivo de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados por el OSD (párrafo 5 del artículo 21 del ESD) y en la autorización de suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados una vez vencido el plazo prudencial de cumplimiento (párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD)[251]. En estos casos, para que se pueda bloquear la adopción de alguna de las cuatro decisiones mencionadas, todos los Miembros, incluidas las partes que formen parte en la diferencia, tienen que estar de acuerdo en su

[248] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, pp. 84-85.
[249] BOU FRANCH, V., «El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio» en BOU FRANCH, V. (coord.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 323. La bibliografía sobre el SSD de la OMC es muy amplia, entre otros, *vide*, KUIJIPER, P. J., «The New WTO Dispute Settlement - The impact on the European Community», *Journal of World Trade*, Vol. 29, Núm. 6, 1995, pp. 49-72; MCRAE, D., «What is the Future of WTO Dispute Settlement?», *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Núm. 1, 2004, pp. 3-21; SCHOENBAUM, T. J., «The Theory of Contestable Markets in International Law – A Rationale for "Justifiable" Unilateralism to combat Restrictive Business Practices», *Journal of World Trade*, Vol. 30, 1996, pp. 161-181; REMIRO BROTÓNS, A. y otros, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, 1997, p. 902.
[250] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 385; PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 68.
[251] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 385; PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 68-71.

no adopción[252]. PIÉROLA destaca que gracias al consenso negativo todas estas acciones se llevarán a cabo con independencia de la postura del miembro cuestionado en el procedimiento sustanciado bajo el amparo del SSD. Asimismo, el consenso negativo induce a mantener la multilateralidad del sistema en tanto que desincentiva a los miembros para que busquen soluciones bilaterales paralelas o tomen medidas unilaterales al margen del ESD[253].

El hecho de que el proceso de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de los informes del OSD sea en muchos casos un periodo que se dilata en el tiempo constituye un punto de crítica sobre sistema y destaca la naturaleza no judicial del mismo[254]. La posibilidad de solicitar un plazo prudencial para cumplir los informes flexibiliza y demora en el tiempo el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD constituyendo un rasgo diplomático en el proceso de cumplimiento[255]. Para forzar el cumplimiento de una compensación o de una suspensión de concesiones cada Miembro queda a expensas de su respectivo poder. En suma, lo político sigue pesando en el SSD de la OMC pero, en el contexto de los mecanismos para el arreglo pacífico de controversias internacionales, su rasgo más sobresaliente es el establecimiento de un marco de cooperación de vocación universal con jurisdicción obligatoria[256].

60. La comparación del SSD de la OMC y el sistema de solución previsto en el GATT de 1947. La regulación del ESD de la OMC introdujo novedades frente al procedimiento internacional de solución de diferencias regulado en el GATT de 1947[257].

---

[252] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 385.
[253] PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 69.
[254] SACERDOTI, G., «The dispute settlement system of the WTO: structure and function in the perspective of the first 10 years», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Núm. 5, 2006, p. 70.
[255] PELZMAN, J.; SHOHAM, A., «WTO Enforcement Issues», *Global Economy Journal*, Vol. 7, Núm. 1, 2007, p. 5.
[256] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, pp. 89-90. Para analizar de manera más profunda la jurisdicción obligatoria del SSD *vide*, entre otros, PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, p. 335; PAUWELYN, J., «Limits of Litigation: "Americanization" and Negotiation in the Settlement of WTO Disputes», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, Núm. 1, 2003, pp. 121-140; PETERSMANN, E. U., «The transformation of the World Trading System through 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization», *European Journal of International Law*, Vol. 6, 1995, pp. 161-221.
[257] Tal y como se ha señalado la bibliografía sobre el SSD de la OMC es muy amplia, sin embargo a continuación se recoge un elenco básico de manuales, libros y artículos que tratan de manera descriptiva y

Dentro del organigrama de la OMC se ha creado un órgano específico, el OSD, compuesto por representantes de todos los Miembros de la Organización, encargado de supervisar los procedimientos de solución de diferencias regulados en el ESD. La institucionalización de los órganos que participan en el SSD se ha extendido también a los GE y al OA.

El ESD define con precisión las etapas del procedimiento, fijando plazos perentorios. Este procedimiento defiende la pronta solución de las diferencias como

---

analítica el SSD como sistema clave dentro de la solución de conflictos comerciales multilaterales, BARTELS, L., «The Separation of Power in the WTO: How to Avoid Judicial Activism», *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, Núm. 4, 2004, pp. 861-895; BOURGEOIS, J. H. J., «Some Reflections on the WTO Dispute Settlement System from a Practitioner's Perspective», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2001, pp. 145-154; DAVEY, W. J., «The WTO Dispute Settlement System», *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Núm. 1, 2000, pp. 15-18; FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*; GUZMAN, A.; SIMMONS, B. A., «To Settle or Empanel? An Empirical Analysis of Litigation at the World Trade Organization», *Jorunal of School Leadership*, Vol. 31, Núm. 1, 2002, pp. 205-227; HIPPLER BELLO, J., «The WTO Understanding – Less is More», *American Jorunal of International Law*, Vol. 90, Núm. 3, 1996, pp. 416-418; HUDEC, R. E., «The New Dispute Settlement Process: An Overview of the First Three Years», *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 8, Núm. 2, 1999, pp. 1-53; JACKSON, J. H., *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, Royal Institute of International Affairs, London, 1998; JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009; KELLY, T., *The Impact of the WTO. The Enviroment, Public Health and Sovereignty*, Edward Publishing Limited, UK, 2007; KUIJPER, P-J., «The new WTO Dispute Settlement System: the Impact on the Community», en BOURGEOIS, J. H. J.; BERROD, F.; GIPPINI FOURNIER, E. (dir.), *The Uruguay Round Results, An European Lawyers' Perspective*, European Interuniversity Press, Bruxelles, pp. 87-114; LAS DAS, B., *La OMC y el sistema multilateral de comercio. Pasado, presente y futuro*, Icaria Editorial, Barcelona, 2004; MAVROIDIS, P. C.; PALMETER, D., *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999; MAVROIDIS, P. C.; MONTOÑÁ MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del Sistema del GATT. Una nueva era en la solución de diferencias comerciales*, *op. cit.*, pp. 97-152; PALMETER, David., *Dispute Settlement in the WTO: Practices and Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; OMC, *Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; ORTINO, F.; PETERSMANN, E. U.; Pollack, M. A. (dir.), *Transatlantic Economic Dispute*, Oxford, Oxford University Press, 2003; PETERSMANN, E. U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1997; PETERSMANN, E. U. (ed.), *Studies in Transnational Economic Law. Volume 11. International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999; QURESHI, A. H., *The World Trade Organization. Implementing international trade norms*, *op. cit.*; SACERDOTI, G., «The dispute settlement system of the WTO: structure and function in the perspective of the first 10 years», *op. cit.*, pp. 49-75; SCHARTZ, W. F.; SYKES, A. O., «The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the WTO/GATT, System», *Journal of the Learning Sciences*, Vol. 31, Núm. 1, 2002, pp. 179-204; VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, «Chapter 3. WTO Dispute Settlement», pp. 168-319; WAINCYMER, J., *WTO litigation. Procedural aspects of formal dispute settlement*, Cameron, London, 2002, pp. 264-266; YERXA, R.; WILSON, B. (dir.), *Key issues in the WTO Dispute Settlement – The First Ten Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

requisito esencial para que SSD de la OMC pueda cumplir los objetivos para los que fue creado y garantice el principio de previsibilidad y seguridad en el sistema[258].

El ESD de la OMC refuerza el automatismo para superar los puntos de bloqueo existentes en los procedimientos de solución de controversias del GATT de 1947. Se reconoce el Derecho de la parte reclamante a la constitución de un GE que conozca la controversia y se impide el bloqueo del inicio del proceso por parte del Miembro demandado en el proceso de solución de la diferencia. Se regula un procedimiento de examen de la diferencia en apelación creándose un OA, ante el que cualquiera de las partes en la diferencia puede recurrir el informe elaborado por el GE. El examen en apelación se centra en las cuestiones de Derecho o de interpretación jurídica que susciten los Miembros partes en una determinada diferencia. El informe del GE y del OA se adopta por el OSD en virtud de la nueva regla del consenso negativo donde la única posibilidad de bloqueo reside en que todos los Miembros se opongan de mutuo acuerdo a la adopción de dicho informe. Esta nueva regulación ha conseguido que la adopción de los informes por parte del OSD sea un proceso automático, superando los problemas de bloqueo que se producían en el GATT de 1947.

El ESD de la OMC refuerza el mecanismo de vigilancia de los informes y recomendaciones del OSD. Se reconoce la posibilidad al Miembro reclamante vencedor de suspender concesiones u otras obligaciones previa autorización OSD con respecto al Miembro demandado perdedor que no observe los informes adoptados como medida temporal para impulsar el pronto cumplimiento de los informes adoptados (artículo 21 y artículo 22 del ESD).

[258] COTTIER, T., «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *op. cit.*, p. 344. En la presente investigación no vamos a centrarnos en los plazos, se señalarán únicamente los plazos que puedan resultar problemáticos en la práctica ordinaria del procedimiento sobre todo en relación con la parte del cumplimiento y posibles recursos para tratar de superar el incumplimiento por la parte demandada. La propia Organización se encarga de desarrollar una visión general del procedimiento regulado en el ESD en su página web, <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c6s1p1_s.htm> (última revisión, 16 de julio de 2013).

B. *El marco jurídico del SSD: el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*

61. La regulación del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. El SSD se regula en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC bajo el título «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias» (en adelante, ESD) se compone de 27 artículos y 4 apéndices.

El Apéndice 1 recoge los «Acuerdos Abarcados por el Entendimiento»: A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. B) Acuerdos Comerciales Multilaterales: Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías; Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios; Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales: Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles; Acuerdo sobre Contratación Pública; Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos; Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino. La aplicabilidad del presente Entendimiento a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales dependerá de que las partes en el acuerdo en cuestión adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho acuerdo, con inclusión de las posibles normas o procedimientos especiales o adicionales a efectos de su inclusión en el Apéndice 2, que se hayan notificado al OSD. El Apéndice 2 regula las «Normas y Procedimientos Especiales o Adicionales contenidos en los Acuerdos Abarcados» que prevalecerán en caso de discrepancia con las previsiones del ESD. El Apéndice 3 señala los «Procedimientos de Trabajo» y el Apéndice 4, los «Grupos Consultivos de Expertos».

El ESD de la OMC crea un sistema unificado de arreglo internacional de las controversias para el conjunto de los acuerdos que integran el Derecho de la OMC, superando la parcelación reinante bajo en antiguo sistema del GATT de 1947. El ESD de la OMC está diseñado para ofrecer un único procedimiento de solución de diferencias regulado en un único instrumento (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). No obstante, los anexos del Acuerdo sobre la OMC recogen cláusulas específicas sobre

solución de diferencias para adaptarse a las circunstancias concretas que puedan darse en determinadas parcelas del comercio internacional[259]. En caso de conflicto entre el ESD de la Organización y las disposiciones específicas de los anexos del Acuerdo sobre la OMC el párrafo 2 del artículo 1 del ESD establece que

> «(…) En la medida en que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del presente Entendimiento y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2, prevalecerán las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2. En las diferencias relativas a normas y procedimientos de más de un acuerdo abarcado, si existe conflicto entre las normas y procedimientos especiales o adicionales de los acuerdos en consideración, y si las partes en la diferencia no pueden ponerse de acuerdo sobre las normas y procedimientos dentro de los 20 días siguientes al establecimiento del GE, el Presidente del OSD previsto en el párrafo 1 del artículo 2 (denominado en el presente Entendimiento el "OSD"), en consulta con las partes en la diferencia, determinará las normas y

[259] El párrafo 2 del artículo 1 del ESD establece que las normas y procedimientos del ESD se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y se identifican en el Apéndice 2 del ESD. El Apéndice 2 del ESD regula las «Normas y procedimientos especiales adicionales contenidos en las Acuerdos abarcados», dichas normas y sus respectivos artículos y anexos se recogen a continuación: Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 2 del artículo 11; Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, párrafo 14 del artículo 2, párrafo 21 del artículo 2, párrafo 4 del artículo 4, párrafos 2, 4 y 6 del artículo 5, párrafos 9, 10 y 11 del artículo 6, párrafos 1 al 12 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafos 2 al 4 del artículo 14 y Anexo 2; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafos 4 al 7 del artículo 17; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 3 al 5 del artículo 19 y párrafo f) del artículo 2, artículo 3, artículo 9 y artículo 21 del Anexo II; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, párrafos 2 al 12 del artículo 4, párrafo 6 del artículo 6, párrafos 2 al 10 del artículo 7, párrafo 5 del artículo 8, nota a pie de página 35, párrafo 4 del artículo 24, párrafo 7 del artículo 27 y Anexo V; Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, párrafo 3 del artículo XXII, párrafo 3 del artículo XXIII, párrafo 1 del artículo 4 del Anexo sobre Servicios Financieros y artículo 4 del Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo; Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGCS, artículos 1 al 5. Por último, también se incluyen en este apéndice las normas o procedimientos especiales o adicionales de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que hayan determinado los órganos competentes de cada uno de dichos acuerdos y que se hayan notificado al OSD.
El Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio presta una especial atención a los países en desarrollo y a los países menos adelantados que cuenta con una referencia específica en los anexos del Acuerdo sobre la OMC. La OMC tiene un Comité sobre Comercio y Desarrollo. A su vez, la Secretaría de la de la Organización Mundial del Comercio ha recopilado las disposiciones de los anexos del Acuerdo sobre la OMC que confieren a los países en desarrollo y países menos desarrollados Derechos especiales: Disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC, WT/COMTD/W/77 de 25 de octubre de 2000; Trato especial y diferenciado para los países menos adelantados, documento WT/COMTD/W/135 de 5 de octubre de 2004 y el *Annex II: Summary of Provisions Contained in the Uruguay Round Agreements for the Differential and More Favourable Treatment of Developing and Least Developed Countries*. Documentos disponibles en <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/dev_special_differential_provisions_s.htm> (última revisión, 15 de mayo de 2013). Como se puede observar en los documentos referidos, el propio ESD tiene algunas disposiciones relativas a los países en desarrollo y países menos adelantados (párrafo 10 del artículo 12, párrafo 11 del artículo 12, párrafo 2 del artículo 21, párrafo 1 del artículo 24). Sin embargo, estas disposiciones son criticadas por su escasa operatividad, por su redacción en términos imprecisos, por su falta de obligatoriedad y su carácter incoercible.

> procedimientos a seguir en un plazo de 10 días contados a partir de la presentación de una solicitud por uno u otro Miembro. El Presidente se guiará por el principio de que cuando sea posible se seguirán las normas y procedimientos especiales o adicionales, y de que se seguirán las normas y procedimientos establecidos en el Entendimiento en la medida necesaria para evitar que se produzca un conflicto de normas».

Por tanto, en la práctica la regla general es que las disposiciones previstas en el ESD se aplicarán subsidiariamente a las disposiciones específicas y, en caso de conflicto, se aplican las disposiciones específicas[260]. De este modo, sólo deberán prevalecer esas disposiciones específicas en caso de que no sea posible considerar que las disposiciones del ESD y las normas especiales y adicionales se complementen recíprocamente. Sólo podrá llegarse a la conclusión de que una disposición especial prevalece sobre una disposición del ESD cuando el cumplimiento de una lleve aparejado la vulneración de la otra, es decir cuando ambas disposiciones sean mutuamente incompatibles[261].

62. Jurisdicción del Entendimiento de Solución de Diferencias. El párrafo 1 del artículo 1 y párrafo 1 del artículo 23 del ESD disponen que el SSD de la OMC tiene jurisdicción obligatoria sobre cualquier controversia que surja entre sus Miembros que derive de los acuerdos abarcados indicados en el Apéndice 1 del ESD (Acuerdo sobre la OMC, GATT de 1994, Acuerdos multilaterales sobre mercancías, AGCS, Acuerdo ADPIC, ESD, Acuerdos plurilaterales entre las partes firmantes, ESD)[262]. Tras la adhesión de cada Miembro a la OMC adquiere el derecho a reclamar a otro a través del SSD[263]. El artículo 23 del ESD prohíbe el recurso de los Miembros de la OMC a otros foros para la resolución de diferencias con respecto a cualquier disposición del Derecho de la OMC que componen los acuerdos abarcados por el ESD. El párrafo 1 del artículo 23 del ESD, en aras de fortalecer el sistema multilateral de comercio, señala que

> «Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de

[260] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 85.
[261] *Ibídem*, pp. 85-86, nota a pie de página 38.
[262] J. H. JACKSON define el ESD como una poderosa medida de jurisdicción obligatoria en JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, *op. cit.*, «4. La estructura y operación actuales del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC», p. 226.
[263] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, p. 71.

cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar».

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC tiene primacía para los Miembros de la Organización sobre los foros externos en lo concerniente a la resolución de diferencias sobre el cumplimiento de los Acuerdos de la OMC[264]. Los GE y el OA tienen jurisdicción exclusiva para resolver sobre los Derechos y las obligaciones de los Miembros de la OMC en el marco de los acuerdos abarcados por el ESD y no pueden declinar dicha jurisdicción[265].

63. El concepto de «acuerdos abarcados». El ESD regula todas aquellas diferencias que se puedan dar entre los Miembros de la OMC con respecto a la aplicación de los acuerdos abarcados. Dentro del concepto de «acuerdos abarcados» se incluye el Acuerdo sobre la OMC y sus anexos con la excepción del MEPC regulado en el Anexo 3 tal y como señala el Apéndice 1 del ESD. Sin embargo, podemos señalar tres circunstancias en las que los órganos resolutorios de la OMC, GE y OA, se han visto en la necesidad de analizar otras normas del ámbito internacional distintas de los acuerdos abarcados en el marco del análisis de disposiciones de dichos acuerdos abarcados[266].

La primera de estas situaciones surge cuando, en interpretación de una disposición de la OMC invocada por alguna de las partes, el órgano resolutorio considera pertinente, en virtud del artículo 31 de la CVDT, recurrir a otra norma internacional a los efectos de interpretar el alcance de la disposición de los acuerdos abarcados en cuestión[267]. En este caso, se trata de tratados internacionales que no se mencionan expresamente en el Acuerdo sobre la OMC pero que se utilizan en la interpretación de alguna disposición de los acuerdos abarcados siguiendo las

[264] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 180.
[265] La decisión de un GE de declinar el ejercicio de una jurisdicción que le ha sido válidamente conferida parecería entrañar la reducción del Derecho del Miembro reclamante de tratar de reparar el supuesto incumplimiento de obligaciones en el sentido en que se expresa el artículo 23 del ESD y además no sería compatible en virtud del párrafo 2 del artículo 3 y del párrafo 2 del artículo 19 del ESD en el Informe del OA de la diferencia México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R de 6 de marzo de 2006, párrafos 52 y 53.
[266] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, pp. 82-84.
[267] *Ibídem*, p. 82.

provisiones de la CVDT[268]. Sin embargo, la posibilidad de reclamar su incumplimiento en el marco SSD de la OMC es más controvertida y es generalmente aceptado negar la posibilidad de demandar a un Miembro de la Organización por el incumplimiento de una obligación recogida en un tratado internacional ajeno a los acuerdos abarcados de la OMC[269]. En este supuesto encontramos por ejemplo la diferencia CE - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (DS269), en la que los órganos resolutorios tuvieron que interpretar el alcance de una concesión arancelaria de la UE a la luz de la Convención sobre el Sistema Armonizado, entre otros factores[270].

La segunda situación por la que se podrían examinar las disposiciones de acuerdos distintos a los acuerdos abarcados es cuando las disposiciones de la OMC en cuestión remiten explícitamente al texto de otros acuerdos internacionales. En estos casos, se podría señalar que las normas de estos otros acuerdos son incorporadas en el Derecho de la OMC por referencia[271]. Al analizar este tipo de diferencias, tanto el GE como el OA puede que tengan que interpretar las disposiciones de dichos convenios para lo que vuelven a estar sujetos al artículo 31 de la CVDT.

La tercera situación por la que se podrían examinar las disposiciones de tratados distintos a los acuerdos abarcados es la presentación de defensas amparadas en excepciones previstas por el ordenamiento de la OMC que dan margen al recurso a otros instrumentos jurídicos internacionales[272]. Dentro del ESD, se acepta la posibilidad de alegar el debido cumplimiento de otros tratados internacionales ratificados por un

[268] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 57. Sobre todo sobre todo en relación con los Acuerdos Multilaterales Medioambientales y las Normas del Trabajo reguladas por la Organización Internacional del Trabajo. Para acceder a los Acuerdos Multilaterales Medioambientales, *vide*, <http://www.pnuma.org/acuerdos/> (última revisión, 15 de julio de 2013) y para acceder a las Normas de la Organización Internacional del Trabajo *vide* el enlace que se recoge a continuación de la página web oficial de dicha organización, <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm> (última revisión, 15 de julio de 2013).
[269] *Ibídem*, p. 58.
[270] Informe del OA de la diferencia CE - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados, WT/DS269/AB/R; WT/DS286/AB/R de 12 de septiembre de 2005, párrafos 219-229; Informe del GE de la diferencia CE - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados, WT/DS269/R, párrafos 7.197-7.205, 7.219-7.223 y 7.236-7.241. Esta jurisprudencia del SSD de la OMC se cita en PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, pp. 82-83.
[271] *Ibídem*, p. 83.
[272] *Ibídem*.

Miembro de la Organización, parte demandada en el SSD, como línea de defensa[273]. Así por ejemplo, en el informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, el OA señala cómo la CE planteó como defensa al alegato de violación de los artículos I y XIII del GATT, la «Exención de Lomé» derivada del Convenio de Lomé ratificado por la UE y los Estados de África, el Caribe y el Pacífico por la que se eximía de la observancia del artículo I del GATT para brindarle un trato preferencial a este grupo de Estados. Los órganos resolutorios de la OMC se vieron obligados a examinar determinadas disposiciones del Convenio de Lomé a efectos de determinar si las medidas discriminatorias de la CE se amparaban en dicho Convenio y, por tanto, se hallaban amparadas por la Exención de Lomé[274]. La situación jurídica originadora del problema que acabamos de describir es la contradicción existente entre una disposición del Acuerdo sobre la OMC y una disposición de un tratado internacional ajeno a los acuerdos abarcados por el ESD de la OMC. Para solucionar dicha contradicción, los GE y el OA deben tratar de interpretar las disposiciones de los acuerdos abarcados teniendo en cuenta «toda forma pertinente

[273] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 58. En relación con la posibilidad de invocar los tratados internacionales ratificados por los Miembros de la OMC para justificar su posible incumplimiento del Derecho de la OMC ante el SSD de la OMC pueden verse, entre otros, PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Norms of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 62-63, 473, 491. En este debate, LÓPEZ BARRERO mantiene que estos tratados internacionales ajenos al Derecho de la Organización deben ser aplicados por el Sistema de Solución de Diferencias, ya que dicho Derecho internacional sirve para interpretar y aclarar la aplicabilidad de los acuerdos sometidos en LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, pp. 149-150 en nota a pie 179. LÓPEZ BARRERO cree que el Derecho internacional público general debe ser aplicado como Derecho supletorio y así ha sido mantenido tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia de la OMC en LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, pp. 149-150 en nota a pie 179. En contra de esta postura se encuentran entre otros, ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, «Capítulo II», en especial pp. 73-74. En esta misma posición doctrinal se encuentran también, BARTELS, L., «Applicable law in WTO dispute settlement proceeding», *Journal of World Trade*, Vol. 35, Núm. 3, 2001, pp. 499-519; CAMERON, J.; GRAY, K. R., «Principles of international law in the WTO dispute settlement body», *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, Núm. 2, 2001, pp. 248-298; GARCÍA RUBIO, M., «On the application of customary rules of States responsibility by the WTO dispute settlement organs. A general international law perspective», *Etudes et travaux, Institut Universitarie de Hautes Études Internationales*, Genève, 2001; PALMENTER, D.; MADROIDIS, P. C., «The role of law», *American Journal of International Law*, Vol. 92, Núm. 3, 1998, pp. 398-413; PAUWELIN, J., «The WTO legal system: source of public international law in the WTO: How far can we go?», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 3, 2001, pp. 535-578; ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 75-76.

[274] Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997, párrafo 167.

de [D]erecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes»[275]. Sin embargo en algunas controversias esta interpretación no es posible y por tanto se debe determinar qué Derecho debe ser aplicado bien las disposiciones de la OMC o bien un Derecho internacional ajeno. Ante este problema jurídico determinadas propuestas abogan por la prevalencia de las normas ajenas al Derecho de la OMC. Así, aunque el incumplimiento del Derecho ajeno a la OMC no se pueda reclamar ante el Sistema de Solución de la OMC, el debido cumplimiento de dicho Derecho ajeno a la Organización puede ser un alegato suficiente para justificar el incumplimiento de una obligación derivada del Derecho de la OMC[276]. No obstante, esta última propuesta debe tener presente que los informes de los Grupos Especiales y del OA no pueden entrañar el aumento o la reducción de los Derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados (párrafo 2 del artículo 3 ESD y párrafo 2 del artículo 19 ESD)[277].

64. Las causas que permiten iniciar una diferencia en el marco del Entendimiento de Solución de Diferencias. Cualquier acción u omisión de un Miembro de la OMC que suponga una anulación o menoscabo de los Derechos de otro(s) Miembro(s) reconocidos en los acuerdos abarcados es causa suficiente para iniciar el procedimiento de solución de Diferencias en la OMC. Sólo podrán iniciar una diferencia los Miembros de la OMC que tengan un interés general[278].

El párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 establece que

[275] Párrafo 3.c) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en España en el «BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980, pp. 13099-13110, disponible en <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1980-11884> (última revisión, 15 de julio de 2013).

[276] PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates so Other Norms of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 476, 491. Esta opinión aunque rebatida es cada vez más seguida por la doctrina tal y como señala PETERSMANN en VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 62.

[277] En esta línea *vide*, entre otros, MARCEAU, G., «Conflict of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship Between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties», *Journal of World Trade*, Vol. 35, Núm. 6, 2001, pp. 1081-1131.

[278] El concepto de «interés general» no se explica en el ESD. Así el OA se ha pronunciado sobre esta cuestión y en el informe del caso Bananas III estableció que «(…), consideramos que los Miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir si presentan o no una reclamación contra otro Miembro al amparo del ESD. Del texto del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y del párrafo 7 del artículo 3 del ESD se desprende, además, que en gran medida corresponde al propio Miembro decidir sobre la "utilidad" de presentar una reclamación» en Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997, párrafo 135.

«En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de: a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o c) que exista otra situación, dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas».

El resto de acuerdos abarcados incorporan la referencia de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994.

En caso de que se alegue una violación de los acuerdos abarcados se presumirá la anulación o menoscabo ya que existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación (párrafo 8 del artículo 3 del ESD). En caso de no-violación o de otra situación, la parte reclamante deberá demostrar que hay una anulación o menoscabo de beneficios o que se impide alcanzar los objetivos previstos en los acuerdos abarcados[279].

C. *La estructura institucional del SSD de la OMC*

65. Introducción al análisis de la estructura institucional del SSD. En el presente apartado se van a analizar las instituciones que intervienen en el SSD de la OMC previstas en el ESD para poder abordar en un momento posterior el procedimiento general de funcionamiento del sistema.

66. El Órgano de Solución de Diferencias: Definición y funciones. El OSD de la OMC es un órgano de carácter político, es uno de los alter ego del Consejo General[280]. El OSD supervisa el desarrollo de las diferencias en la OMC y el

[279] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 183.
[280] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, p. 119; VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 122.

cumplimiento del ESD durante la solución de las mismas, sin quedar supeditado jerárquicamente a ningún otro órgano funcional de la OMC. El OSD se erige como órgano funcional de la OMC encargado de administrar el ESD y otras normas procesales pertinentes de los Acuerdos de la OMC relativas a la solución de diferencias[281].

El OSD tiene competencia para adoptar o rechazar los informes de los GE y del OA, así como las solicitudes de suspensión de concesiones o compensaciones por incumplimiento de los informes en la parte del proceso encargada de vigilar el cumplimiento y la aplicación de los mismos. El OSD debe ser informado de todas las decisiones y acuerdos a los que lleguen los Miembros de la Organización durante la solución de una diferencia[282].

67. Los Grupos Especiales: Definición y funciones. Los GE de la OMC son los órganos encargados de conocer de una diferencia si las partes no han llegado a un acuerdo para su solución en la fase de consultas. Los GE se componen de tres expertos, cinco en casos excepcionales, elegidos ad hoc para cada asunto que se le somete al SSD de la OMC (artículo 8 del ESD)[283].

La naturaleza de los GE es un híbrido entre órgano arbitral y judicial aunque se acercan más a aquél[284]. El ámbito de actuación del GE se establece a través de su mandato que se trata de un documento similar al que se elabora en el momento de la sumisión de una controversia a un órgano arbitral. El mandato del GE se regula en el artículo 7 del ESD donde se dispone que

> «1. El mandato de los grupos especiales será el siguiente, a menos que, dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha de establecimiento del GE, las partes en la diferencia acuerden otra cosa: "Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (s) que hayan

[281] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, pp. 67-68.
[282] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, p. 118.
[283] Las normas que rigen el proceso sustanciado ante el GE son el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC, el Apéndice 3 del ESD y las Normas de Conducta recogidas en el documento WT/OSD/RC, de 11 de diciembre de 1996. Hay un debate doctrinal abierto en torno a la conveniencia o no de constituir los GE como órganos permanentes de la OMC similares a lo que es el OA sobre esta cuestión *vide* a modo introductorio la bibliografía que se recoge a continuación, BOURGEOIS, J. H.F., «Some Reflections on the WTO Dispute Settlement System from a Practitioner's Perspective», *op. cit.*, pp. 145-148.
[284] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, p. 149; PAUWELYN, J., «The role of public international law in the WTO: How can we go?», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 3, 2001, p. 553.

invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).”2. Los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia.3. Al establecer un GE, el OSD podrá autorizar a su Presidente a redactar el mandato del GE en consulta con las partes, con sujeción a las disposiciones del párrafo 1. El mandato así redactado se distribuirá a todos los Miembros. Si se acuerda un mandato que no sea el uniforme, todo Miembro podrá plantear cualquier cuestión relativa al mismo en el OSD».

Las normas de procedimiento de cada caso las definen los miembros del GE en consultas con las partes, siguiendo el modelo de normas de procedimiento de trabajo del apéndice 3 del ESD [285]. No obstante, se diferencia de los arbitrajes en que la competencia para conocer de los casos que se le someten es automática, ya que el consentimiento de las partes a someterse al ESD de la OMC se otorga en el momento que cada Miembro se adhiere a la Organización y los acuerdos que integran los Acuerdos de la OMC. El Derecho aplicable en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC no es elegido por las partes, sino que al igual que ocurre en los procedimientos judiciales, son los Acuerdos de la OMC o, en su caso, el Derecho internacional público general supletorio[286]. De hecho, en cuanto a la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos, la función de los GE se debe basar en examinar si los aspectos fácticos pertinentes están bajo el alcance de las normas citadas en el mandato y si son compatibles con dichas normas. En caso de duda sobre el sentido de estas normas, el GE deberá recurrir a los artículos 31, 32 y 33 de la CVDT[287].

Los GE en cada diferencia deberán hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados[288]. Los GE deberán consultar

[285] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.,* p. 149.
[286] *Ibídem.*
[287] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.,* p. 74.
[288] Los GE tienen indicado en el artículo 12 del ESD su procedimiento de trabajo, en el artículo 13 del citado Entendimiento se reconoce su derecho a recabar información, en el artículo 14 se declara la confidencialidad de sus actuaciones, en el artículo 15 se recoge la etapa de pre-examen, momento previo a la acción final de los GE, la adopción del informe. El papel de los GE en el procedimiento ordinario

regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria (artículo 11 del ESD). Las actuaciones del GE finalizan con la redacción del informe definitivo y su remisión al OSD para su adopción salvo que cualquiera de las partes señale su deseo de apelar dicho informe.

En el proceso de cumplimiento y vigilancia del informe adoptado por el OSD, pueden volver a surgir diferencias entre las partes, en cuyo caso y siempre que sea posible, se volverá a nombrar al mismo GE que conoció inicialmente la diferencia para que entienda del procedimiento abreviado del párrafo 5 del artículo 21 del ESD o para que fije el plazo prudencial al que se refiere el punto c) párrafo 3 del artículo 21 del ESD.

68. El Órgano de Apelación: Definición y funciones. La creación del OA es una de las novedades de la OMC con respecto al GATT de 1947 que ha tenido como consecuencia el reconocimiento de una mayor naturaleza judicial al SSD de la OMC[289]. El OA es un órgano permanente dentro del organigrama de la OMC compuesto por siete miembros que son nombrados por períodos de cuatro años, con la posibilidad de que su mandato sea renovado una vez (párrafos 1, 2 y 3 del artículo 17 del ESD). El OA cuenta con apoyo de su propia Secretaría, separada en independiente de la Secretaría de la OMC (párrafo 7 del artículo 17 del ESD).

Las características principales del OA son su independencia en relación con los gobiernos que participan en el ESD como partes en las mismas y su plena disponibilidad en la recepción de las apelaciones de las partes en las diferencias sustanciadas ante el OSD[290].

Las partes tienen reconocido el Derecho de apelación contra el informe adoptado por el GE ante el OA de la OMC (párrafo 4 del artículo 17 del ESD)[291]. El proceso de

---

finaliza con la elaboración del informe (artículo 16 del ESD). Las partes tienen reconocido el Derecho de apelación contra el informe adoptado por el GE ante el OA (artículo 17 del ESD). Los informes serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del OA.

[289] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 156.

[290] *Ibídem*, p. 158.

[291] El procedimiento de trabajo del OA está regulado por la propia OMC, documento oficial WT/AB/WP/6 de 16 de agosto de 2010. La normativa completa de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, se encuentra disponible en la propia página web de la Organización, <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_s.htm> (última revisión, 10 de septiembre de 2012).

apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de Derecho tratadas en el informe del GE y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (párrafo 6 del artículo 17 del ESD). Así, se trata de una segunda instancia limitada únicamente a aspectos jurídicos, basando su revisión en las normas consuetudinarias de interpretación de tratados. El examen en apelación comprende, por tanto, el asunto de la aplicabilidad de las disposiciones en cuestión al asunto concreto, así como la interpretación del sentido de dichas disposiciones[292]. No obstante, el límite entre la tipificación jurídica de los hechos y la revisión de los aspectos fácticos como tales es un límite difuso. En este sentido el OA establece que

> «En virtud del párrafo 6 del artículo 17 del ESD los exámenes en apelación se limitan a apelaciones sobre cuestiones jurídicas incluidas en el informe de un GE y a las interpretaciones legales desarrolladas por ese grupo. Las conclusiones de un GE sobre cuestiones de hecho, a diferencia de las interpretaciones legales o conclusiones legales, no están sujetas en principio a examen del Órgano de Apelación. La determinación de si un acontecimiento ocurrió o no en un determinado tiempo y espacio es típicamente una cuestión de hecho; la cuestión, por ejemplo, de si el Codex ha adoptado o no una norma internacional, directriz o recomendación sobre el MGA, es una cuestión objetiva. La determinación de la credibilidad y del peso que, o ejemplo, se debe atribuir propiamente a la apreciación de una determinada prueba, forma parte esencial del proceso de investigación y, en principio, se deja a la discreción del GE que decide sobre los hechos. La compatibilidad o incompatibilidad de un hecho dado o serie de hechos con los requisitos de una determinada disposición de un tratado es, a pesar de todo, una cuestión de tipificación jurídica. Es una cuestión de Derecho. El que un GE haya hecho o no una evaluación objetiva de los hechos que le habían sido presentados, como exige el artículo 11 del ESD, es también una cuestión de Derecho que, planteada oportunamente en la apelación, entrará en el ámbito del examen en apelación»[293].

Cuando el OA está de acuerdo con el razonamiento y la conclusión del GE en cuanto a la existencia de una consistencia o inconsistencia con los acuerdos abarcados,

---

Estos procedimientos de trabajo complementan el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC en una vertiente procesal y más detallada que las líneas generales que se regulan en el ESD. El OA se asemeja a un tribunal permanente internacional para atender a las apelaciones de informes emitidos por los GE de la Organización Mundial del Comercio establecido el 19 de junio de 1995 por el documento WT/DSB/1, «Establecimiento del Órgano de Apelación Recomendaciones del Comité Preparatorio a la OMC aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias el 10 de febrero de 1995». Al igual que los Grupos Especiales están sujetos al Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC, a las Normas de Conducta recogidas en el documento WT/DSB/RC/1 de 11 de diciembre de 1996 y a los Procedimientos de Trabajo para Examen en Apelación, documento WT/AB/WP/6 de 16 de agosto de 2010.

[292] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, pp. 75-76.

[293] Informe del OA de la diferencia CE – Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos, WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R de 18 de enero de 1998, párrafo 132.

entonces el OA confirma el informe del GE. Si el OA está de acuerdo con la conclusión pero no con el razonamiento que llevó a esa conclusión, entonces lo modifica. Por último, si el OA está en desacuerdo con la conclusión del informe del GE en cuanto a la consistencia o inconsistencia de la medida, acción o inacción suscitada en la diferencia, entonces revoca dicho informe.

El OA no tiene capacidad de reenvío (párrafo 13 del artículo 17 del ESD). Esta previsión puede suponer un problema en las diferencias en las que se reclame la inconsistencia de una medida, acción u omisión bajo múltiples provisiones de diferentes acuerdos abarcados, ya que el GE puede decidir completar el análisis jurídico del caso una vez que el GE encuentre una violación, un incumplimiento o una inconsistencia con una o alguna de estas provisiones. Si el informe de este GE llega a apelación puede que el OA no sea capaz de completar el análisis jurídico del caso y que la diferencia permanezca sin resolución. En estas circunstancias si el OA revoca la(s) decisión(es) del GE sobre violación, incumplimiento o inconsistencia, surge la pregunta de cómo va a resolver el OA esta diferencia. El OA puede completar el análisis jurídico y resolver la diferencia. Sin embargo, hay casos en lo que no hay suficientes conclusiones de los hechos en el informe del GE que posibilite llevar a cabo dicho análisis. Ante la ausencia de suficientes conclusiones de hechos disputados, el OA puede negarse a completar el análisis jurídico de su mandato[294]. Esta circunstancia es consecuencia de la limitación de competencias del OA cuando se recovan constataciones legales del GE que conducen a la necesidad de examinar otras cuestiones sobre las cuales podrían faltar constataciones fácticas del GE. Si las constataciones fácticas del informe del GE permiten continuar con el análisis jurídico, el OA en la práctica ha completado el análisis jurídico sobre las reclamaciones que no pudieron ser resueltas por el GE. Sin embargo, esta solución pragmática halla un verdadero escollo cuando no existen constataciones fácticas en el informe del GE que le permitan al OA completar el análisis suponiendo en última instancia «una denegatoria de justicia y de la seguridad y

[294] Informe del OA de la diferencia Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón, WT/DS18/AB/R de 20 de octubre de 1998, párrafos 117, 187; Informe del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R de 12 de marzo de 2001, párrafos 79-83.

previsibilidad que el sistema de solución de diferencias debería proveer a los [M]iembros»[295].

69. Los árbitros: Definición y funciones. El ESD regula dos tipos de intervención arbitral en el marco de la solución de diferencias la OMC. Por un lado, se establece en el artículo 25 del ESD la posibilidad de celebrar un procedimiento arbitral como medio alternativo al proceso de la solución de diferencias sustanciado ante los GE y en su caso el OA. En este caso son las partes las que designan libremente a los árbitros, ya que, como el ESD no establece como debe sustanciarse este medio, acudimos a la teoría general del Derecho internacional público[296]. Por otro lado, el ESD establece una serie de intervenciones arbitrales, que se incardinan en el procedimiento ordinario sustanciado ante los GE y en su caso el OA, cuyo objetivo es resolver cuestiones puntuales dentro del desarrollo de la solución de una controversia determinada. Este segundo tipo de procedimiento arbitral se encuentra regulado en el párrafo 3 del artículo 21 y en los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD[297]. Se trata de arbitrajes obligatorios, en lo que no es necesario el acuerdo de las partes para su celebración ni para la determinación del mandato de los árbitros[298].

La vinculación de los árbitros a la OMC es la misma en cualquiera de los dos tipos de procedimientos arbitrales previstos en el ESD. Se trata de nombramientos temporales y con una contratación a tiempo parcial. Los árbitros están sometidos a las normas de conducta aprobadas por el OSD y su actividad se debe regir por los mismo principios que todo procedimiento arbitral, neutralidad, independencia e imparcialidad[299].

70. Los expertos independientes: Definición y funciones. Los GE pueden solicitar la elaboración de un informe a un grupo de expertos para solucionar cuestiones de tipo científico necesarias para la solución de una diferencia determinada. El artículo

[295] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, p. 78.
[296] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, pp. 159-160.
[297] La correlación de todas las diferencias donde se ha aplicado el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD *vide*, <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/arbitrations_s.htm> (última revisión, 9 de mayo de 2013).
[298] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 160.
[299] *Ibídem*, pp. 159-160. A los árbitros se les aplican las mismas normas de conducta que a los miembros de los Grupos Especiales, del OA y las Secretarías de ambas instituciones (WT/DSB/RC/1, Normas de conducta para la aplicación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de 11 de diciembre de 1996).

13 del ESD y el Apéndice 4 del ESD regulan dichos grupos consultivos de expertos. Las siguientes disposiciones de los acuerdos abarcados autorizan explícitamente o exigen que los grupos especiales recaben las opiniones de expertos cuando se ocupen de cuestiones relativas a esos acuerdos: párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; párrafos 2 y 3 del artículo 14 y Anexo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; párrafos 3 y 4 del artículo 19 y Anexo 2 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994; párrafo 5 del artículo 4 y párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Los grupos consultivos están bajo la autoridad del GE quien establecerá el mandato y los detalles del procedimiento de trabajo de los grupos consultivos de expertos para cada diferencia en concreto. El grupo consultivo de expertos presentará un informe provisional a las partes en la diferencia para que hagan sus observaciones, y las tendrá en cuenta, según proceda, en su informe final, del que también se dará traslado a las partes en la diferencia una vez sea presentado al GE. El informe final del grupo de expertos tendrá carácter meramente consultivo.

71. La Secretaría de la Organización Mundial del Comercio: Definición y funciones. La Secretaría de la OMC se encarga de los trámites administrativos de los procedimientos de solución de diferencias, y presta asistencia a los GE en relación con los aspectos jurídicos y de procedimiento (artículo 27 del ESD). La División de Asuntos Legales y la División de Normas son las principales divisiones de la Secretaría de la OMC que proporcionan apoyo a los GE[300]. No obstante, dependiendo del anexo del Acuerdo sobre la OMC objeto examen en cada diferencia, el GE estará asistido por un equipo interdisciplinar de la Secretaría de la OMC compuesto por miembros pertenecientes a distintas divisiones, por ejemplo de la División de Estudios Económicos y Estadística o la División de Propiedad Intelectual en caso de tratarse de una diferencia relativa a la inconsistencia de una norma o medida nacional con el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles

[300] El trabajo de la Secretaría de la OMC en el desarrollo del procedimiento de solución de diferencias es imprescindible para una introducción a su papel *vide*, entre otros, VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, pp. 132-138.

Aduaneros y Comercio de 1994 o con el Acuerdo sobre los Derecho de Propiedad Intelectual relacionados por el Comercio respectivamente[301].

72. La Secretaría del Órgano de Apelación: Definición y funciones. La Secretaría del OA presta asistencia administrativa y jurídica al OA (párrafo 7 del artículo 17 del ESD). Los miembros del personal de la Secretaría del OA deben observar las Normas de Conducta para la aplicación del ESD, que procuran garantizar la independencia, imparcialidad, y confidencialidad de las actuaciones, así como evitar conflictos de intereses[302].

5. La interacción del SSD de la OMC con los poderes estatales

73. La globalización y el refuerzo del papel del Derecho internacional. Desde la esfera política y como consecuencia de la globalización, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo como entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales transnacionales. Dentro de estas organizaciones, la OMC se posiciona como fundamental debido a la importancia del comercio en la actualidad y a la necesidad de los Estados de proporcionar a todos los agentes privados que participan en él una regulación segura y conocida por todos ellos[303].

Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y las normas de carácter internacional y entre estas últimas entre sí. Estos conflictos surgen por el solapamiento de la actuación de las distintas organizaciones internacionales y los Estados. La articulación entre el Derecho internacional general, el Derecho

[301] Estos funcionarios están sujetos a las Normas de Conducta reguladas en el documento WT/DSB/RC/1 de 11 de diciembre de 1996 y están obligados a cumplir los principios de independencia, imparcialidad y confidencialidad, así como a evitar los conflictos de intereses directos e indirectos. Las Normas de Conducta de la Secretaría de la OMC en el SSD se encuentran disponibles en la página web de la Organización en el siguiente enlace, <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/rc_s.htm> (última revisión, 9 de mayo de 2013).

[302] Las Normas de Conducta de la Secretaría del Órgano de Apelación figuran en el anexo II de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, documento WT/AB/WP/6 de 16 de agosto de 2010.

[303] OMC, «Entender la OMC. ¿Quiénes somos?». Disponible en <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/who_we_are_s.htm> (última revisión, 26 de julio de 2014).

internacional sectorial, los acuerdos de ámbito regional y el Derecho nacional es un fenómeno pendiente de organizar desde la ciencia jurídica constitucional. En el ámbito concreto del Derecho de la OMC, como Derecho internacional sectorial, el desarrollo de una jurisdicción comercial especializada lleva a plantearse cómo organizar su relación con la justicia europea cuando la UE ha sido parte demandada y condenada por el OSD de la OMC. Las potencialidades de conflicto se multiplican exponencialmente dado que cada uno de los sistemas jurídicos mencionados (OMC, UE y Estados Miembros) está en constante evolución para adaptarse a sus propios intereses.

74. La globalización y la emergencia de un Derecho constitucional postnacional. El Derecho constitucional avanza en el reconocimiento y asimilación de la interconexión creciente entre ordenamientos jurídicos e instituciones nacionales e internacionales que acontece en el mundo actual. Este fenómeno se deriva de la globalización. La globalización ha sido presentada *supra* como un fenómeno que rompe las bases de nuestra ideología estatista e impulsa a la doctrina a analizar a los Estados y a las organizaciones internacionales desde concepciones renovadas. Esta nueva realidad globalizada e interconectada es utilizada por la doctrina constitucionalista como pretexto para la reconfiguración de la teoría clásica del Derecho constitucional y el desarrollo de un nuevo Derecho constitucional postnacional.

El Derecho constitucional postnacional supone el reconocimiento de la constitucionalización de las organizaciones internacionales y el desarrollo a nivel global de unos principios constitucionales. En la presente investigación se pretende analizar el surgimiento de ese Derecho constitucional trasnacional desde la perspectiva externa, es decir, se proponen estudiar posibles vías para estabilizar las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos en ámbito del sistema multilateral del comercio como consecuencia de la actividad el SSD de aquella. El constitucionalismo a nivel estatal desde su vertiente externa ayuda a los Estados a mantener la seguridad jurídica desarrollando un sistema de fuentes del Derecho que garantice la aplicación pacífica y ordenada de las normas jurídicas dentro del Estado. Sin embargo, en el plano internacional esta vertiente de la constitucionalización no está desarrollada y, por tanto, se producen conflictos en la aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos. Sirva como botón de muestra el ámbito del Derecho del GATT/OMC y, más concretamente, el Derecho de la OMC que se va a analizar en la presente investigación. La solución de

diferencias comerciales puede tener como consecuencia el solapamiento entre ordenamientos jurídicos (OMC, UE y sus Estados miembros). En estos supuestos se pone de manifiesto la necesidad de un sistema de fuentes del Derecho a nivel transnacional que permita organizar la aplicación de las normas creadas por distintos ordenamientos jurídicos en el sector del comercio internacional.

Como solución al problema dentro del ámbito del Derecho de la OMC que se acaba de esbozar se propone el análisis del conjunto de normas y principios que permitan superar las antinomias del complejo un sistema de fuentes del Derecho que pueda estar dándose en el ámbito del sistema multilateral del comercio como consecuencia de la actividad del SSD de la Organización. Esta solución hipotética se enmarca dentro del surgimiento de un «Derecho constitucional postnacional multilateral» capaz de estabilizar la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC y la UE-Estados miembros. Esta propuesta supondría un avance en la constitucionalización postnacional desde su perspectiva externa en el ámbito concreto del sistema multilateral de comercio entre dicha Organización y sus Miembros europeos que podría servir a su vez de inspiración tanto para otros Miembros como para otros sectores del Derecho internacional. La constitucionalización externa de las organizaciones internacionales se produce al ordenar la fragmentación del Derecho internacional. Esta forma de constitucionalización intenta asegurar la gobernanza de los ordenamientos jurídicos a nivel global y, como consecuencia de lo anterior, poder estabilizar las relaciones entre los ordenamientos jurídicos.

75. El SSD de la OMC como catalizador de la interconexión entre ordenamientos jurídicos. En aras de garantizar la seguridad jurídica en el comercio internacional, la OMC ha desarrollado un sistema para resolver los conflictos comerciales internacionales que puedan surgir entre sus Miembros. El SSD se presenta como la piedra angular para asegurar y fomentar un comercio internacional seguro y previsible siendo capaz de resolver los conflictos que surjan entre los Miembros de la Organización constituyendo un sistema único a escala global[304].

[304] ABE, Y., «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *Journal of East Asia & International Law*, Vol. 6, Núm. 1, 2013, pp. 16, 18, 27. En este artículo se compara el SSD de la OMC con otras instancias internacionales de solución de conflictos, como son la Corte Internacional de Justicia, el procedimiento para la protección del Pacto Internacional de Derechos

El SSD de la OMC es un elemento esencial para aportar previsibilidad al sistema multilateral de comercio que sirve para preservar los Derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). El párrafo 7 del artículo 3 del ESD estable que el principal objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia al acuerdo entre las partes para finalizar una diferencia cuyo único límite está en mantener su conformidad con los acuerdos abarcados. De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el siguiente objetivo del mecanismo de solución de diferencias será conseguir la supresión de las medidas de que se trate si con el procedimiento ordinario se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados.

En la OMC se refuerza la naturaleza judicial del SSD frente al procedimiento de solución de controversias del GATT de 1947 por dos cambios. Primero, el control que el SSD puede ejercer sobre las competencias de los órganos políticos y, segundo, por la automaticidad en la adopción de las decisiones del SSD[305]. La doctrina y la propia OMC discrepan en la definición de su SSD bien lo califican como mecanismo político de solución de controversias o bien como mecanismo judicial o incluso como mecanismo cuasi-judicial o como mecanismo judicial internacional de solución de controversias. Desde la Secretaría de la OMC es comúnmente admitido definir la naturaleza del SSD como un mecanismo cuasi-judicial[306]. El OA está reforzando el SDD como un sistema independiente de solución de diferencias de naturaleza cuasi-judicial[307].

Segundo, el ESD de la OMC crea un sistema unificado de arreglo internacional de las controversias para el conjunto de los acuerdos que integran el Derecho de la

---

Civiles y Políticos, la Organización Internacional del Trabajo y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, concluyendo que el SSD de la OMC es único sobre todo desde la óptica de su capacidad de general cumplimiento entre sus Miembros demandados y condenados para con el cumplimiento de las decisiones adoptadas en la solución de las diferencias, *vide* ABE, Y., «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *op. cit.*, pp.9-18.

[305] LÓPEZ BARRERO, Esther. *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, pp. 220-222.

[306] OMC, *Handbook on the Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2004, p. 117.

[307] EHLERMANN, C. D., «Reflections on the Appellate Body of the WTO», *Journal of International Economic Law*, Vol. 97, Abril 2-5, 2003, pp. 77-92.

OMC, superando la parcelación reinante bajo en antiguo sistema del GATT de 1947. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC tiene primacía para los Miembros de la Organización sobre los foros externos en lo concerniente a la resolución de diferencias sobre el cumplimiento de los Acuerdos de la OMC[308]. Los GE y el OA tienen jurisdicción exclusiva para resolver sobre los Derechos y las obligaciones de los Miembros de la OMC en el marco de los acuerdos abarcados por el ESD y no pueden declinar dicha jurisdicción[309].

Tercero, el ESD de la OMC refuerza el mecanismo de vigilancia de los informes y recomendaciones del OSD. Se reconoce la posibilidad al Miembro reclamante vencedor de suspender concesiones u otras obligaciones previa autorización OSD con respecto al Miembro demandado perdedor que no observe los informes adoptados como medida temporal para impulsar el pronto cumplimiento de los informes adoptados (artículo 21 y artículo 22 del ESD). Las diferencias suelen finalizar con la adopción de recomendaciones y resoluciones por el OSD o con acuerdos alcanzados entre las partes de la diferencia que tienen como consecuencia que la parte demandada y condenada tenga que modificar su normativa nacional por ser contraria al Derecho de la Organización. En este contexto pueden surgir problemas por el solapamiento de ordenamientos jurídicos. Así, en el caso concreto de la UE este problema se intensifica por la propia complejidad inherente al ordenamiento jurídico de la UE y su relación con los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros.

[308] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 180.

[309] La decisión de un GE de declinar el ejercicio de una jurisdicción que le ha sido válidamente conferida parecería entrañar la reducción del Derecho del Miembro reclamante de tratar de reparar el supuesto incumplimiento de obligaciones en el sentido en que se expresa el artículo 23 del ESD y además no sería compatible en virtud del párrafo 2 del artículo 3 y del párrafo 2 del artículo 19 del ESD en el Informe del OA de la diferencia México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R de 6 de marzo de 2006, párrafos 52 y 53.

PARTE SEGUNDA. EL IMPACTO DEL DERECHO DEL GATT/OMC EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO PRIMERO. LA POSICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

I. El ordenamiento jurídico de la UE, ¿sistema monista o dualista?

76. Sistema monista. La recepción del Derecho internacional se ha explicado tradicionalmente sobre la base de dos concepciones doctrinales, monismo y dualismo. El monismo se funda en la idea de continuidad entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno entendiendo que ambos conjuntos de normas, internacionales por un lado y europeas/nacionales por otro, forman un sistema normativo único[310]. Desde este enfoque se defiende que una vez que la norma internacional es eficaz jurídicamente en el plano internacional y por tanto ha entrado en vigor en el plano internacional, ésta formará parte del ordenamiento jurídico interno sin necesidad de ninguna norma de trasposición y será directamente aplicable ante los tribunales nacionales.

77. Sistema dualista. El dualismo parte de la afirmación de que el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales son sistemas jurídicos independientes que coexisten en compartimentos estancos. Para que una norma internacional sea aplicable en el ordenamiento jurídico interno necesita de una norma nacional que la trasponga y le otorgue ejecutoriedad. En caso de conflicto entre el Derecho internacional y el Derecho interno, será este último el que decida qué norma prevalece[311]. En la práctica jurídica que defiende el sistema dualista se seguirá la interpretación de las disposiciones internas por el principio de «*treaty friendly interpretation*», «(…), al objeto de evitar, en la medida de lo posible, que puedan surgir conflictos entre la disposición nacional y una obligación convencional. Éste es el enfoque aplicado por el Tribunal de Justicia, en lo esencial, en la jurisprudencia relativa

[310] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012, p. 23.
[311] *Ibídem*, p. 23.

a los Acuerdos GATT y de la OMC[312], sin que, no obstante, la misma reconozca que acaso se separa del monismo como principio fundamental»[313].

78. Comparación entre monismo y dualismo. Si comparamos la aplicación práctica del monismo y del dualismo en los ordenamientos jurídicos nacionales, las técnicas dualistas requieren la adopción por parte de los parlamentos nacionales de una norma de trasposición («*act of execution*») del tratado internacional correspondiente ratificado por dicho Estado. Este hecho responde a la necesidad de evitar una situación donde a través de los tratados internacionales el poder ejecutivo solape, en el sentido de que pueda socavar, al poder legislativo. Sin embargo, la adopción de la teoría monista y por tanto la aplicación automática de las normas internacionales puede implicar la ejecución de normas dentro del ordenamiento jurídico nacional que apenas hayan estado sujetas a los controles de los parlamentos nacionales que tradicionalmente no participan en la adopción de los tratados internacionales. Ante esta comparativa, al menos en los sistemas dualistas, los parlamentos nacionales pueden controlar los tratados internacionales adoptados por sus respectivos gobiernos. La importancia de este control nacional se debería destacar sobre todo en los escasos casos en los que los tratados internacionales regulen Derechos individuales o se tenga que valorar el interés público[314].

Sin embargo, ni el monismo ni el dualismo pueden explicar de manera aislada la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno. En la práctica, los Estados no aplican una u otra sino que aplican una combinación de ambas, fenómeno que sucede también en el ordenamiento jurídico de la UE[315]. Así aunque la UE constituye *a priori*

[312] En lo que atañe al dualismo, *vide*, asimismo, las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto C-431/05, *Merck Genéricos - Produtos Farmacêuticos, L.da, y Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme, L.da*, STJCE 11 septiembre 2007 [ECLI:EU:C:2007:48], puntos 76-79. Esta nota a pie constituye la nota a pie de página nº 37 de los Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, *Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea* v. *Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Conclusiones del Abogado General Sr.Niilo Jääskinen 8 mayo 2014 [ECLI:EU:C:2014:310], para. 37.

[313] Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, *Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea* v. *Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen 8 mayo 2014 [ECLI:EU:C:2014:310], para. 37.

[314] MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *European Journal of International Law*, Vol. 25, Núm. 1, 2014, p. 135.

[315] OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, *op. cit.*, p. 93. Para seguir profundizando en las distintas combinaciones entre teoría monista y teoría dualista que se dan en la práctica interna de los Estados, *vide* COTTIER, T., «International Trade Law: the Impact

un sistema monista, se debe analizar la jurisprudencia europea para tratar de determinar la situación práctica que se le reconoce al Derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico de la UE. La jurisprudencia europea, tras un periodo inicial en el que reforzó la autonomía del Derecho europeo, a partir de 1970 consideró los acuerdos internacionales como parte integrante del Derecho de la UE, situado entre el Derecho primario y el secundario (Derecho originario y derivado respectivamente)[316]. Este status del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE no se reduce a los acuerdos internacionales sino también al Derecho consuetudinario internacional y el Derecho internacional sectorial. Sin embargo, la validez de las normas internacionales no implica automáticamente su supremacía ni su efecto directo dentro de la Unión[317].

79. La personalidad jurídica de la UE. El Tratado de Lisboa extinguió a la CE que ha sido sucedida por la UE (artículo 1 del TUE). El artículo 47 del TUE establece que «[l]a Unión tiene personalidad jurídica». Con ello, se consolida una UE como institución con personalidad jurídica internacional y se abren importantes perspectivas en lo relativo a la representación de la UE ante organizaciones internacionales como, por ejemplo, la posibilidad de adherirse como miembro único a otras organizaciones internacionales o reforzar la percepción que de ella se tiene en la escala internacional[318].

> «Desde el punto de vista de la formulación de la política exterior europea, la decisión sobre la personalidad jurídica de la UE tiene como consecuencia la superación, al menos formalmente, de la estructura en pilares, lo que redundaría en una mayor unidad y coherencia de dicha política. Sin embargo, la desaparición de los pilares no significa que todos los ámbitos de la política exterior vayan a ser sometidos a los mismos procedimientos de toma de decisiones y a un mismo modelo de gestión sino que mantendrán procedimientos diferenciados»[319].

---

of Justiciability and Separations of Powers in EC Law», *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, Núm. 2, 2009, pp. 307-326.

[316] *Vide* el Asunto C-162/96 Racke GmbH & Co. y Hauptzollamt Mainz, STJCE 16 junio 1998 [ECLI:EU:C:1998:293], para. 45.

[317] WESSEL, R. A., «Reconsidering the relationship between international and EU Law: Towards a content-based approach?», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union*, *op. cit.*, pp. 11-14. Las cuestiones de la «supremacía» y del «efecto directo» serán analizadas en un momento posterior de la presente investigación.

[318] CRAIG, P.; DE BURCA, G., *EU Law. Text, cases and materials*, *op. cit.*, p. 307; GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 358-359; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.; URREA CORRES, M., *Tratado de Lisboa. Textos consolidados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 21.

[319] GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, p. 359. En su nota a pie de página 7, GORDILLO PÉREZ señala que algunos autores sostienen que, a pesar de la unificación

80. La instrumentación normativa internacional. La UE se presenta como un actor comprometido con los intentos de regulación del proceso de globalización no sólo por medio de un Derecho europeo que garantice y promueva el comercio mundial basado en normas sino también porque la UE se presenta como un agente cumplidor de las normas internacionales[320]. Como centro de poder a escala mundial, Europa no puede limitarse a gestionar sus asuntos internos sino que debe coordinar sus relaciones económicas, sociales y políticas con otros países del mundo[321]. A tal fin, la UE celebra

---

operada en la Unión por el Tratado Constitucional, primero, y el Tratado de Lisboa que sigue en lo esencial a lo anterior, después, se mantiene la clásica estructura en pilares internamente a pesar de las apariencias externas. Sobre el caso del fallido Tratado Constitucional *vide* WESSELS, W., «A "saut constitutionnel" out of an intergovernmental trap? The Provisions of the Constitutional Treaty for the Common Foreign, Security and Defece Policy», en WEILER, J. H. H.; EISGRUBER, C.L. (ed.), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monet Working Paper 5/04, New York/Princenton 2004, disponible en http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040501-14.pdf (útlima revisión, 7 de marzo de 2014). En esta línea *vide*, entre otros, WESSEL, R. A., «Reconsidering the relationship between international and EU Law: Towards a content-based approach?», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 17. En relación con la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE *vide* también NAERT, F., «The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law in CSDP Operations», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union*, *op. cit.*, pp. 189-212.

[320] La UE es en la actualidad un actor económico global como así lo define buena parte de la doctrina, sirva como botón de muestra la bibliografía que se recoge a continuación, ALDECOA LUZÁRRAGA, F., «La política exterior común en el Tratado de Lisboa: instrumentos para hacer de la Unión un actor de la globalización», en FERNÁNDEZ LIESA, C. R.; DÍAZ BARADO, C. M. (coords.), *El tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Instituto Universitario de Estudios Internacinales y Europeos «Francisco de Vitoria», Dykinson, Madrid, 2008, pp. 231-254; VON BOGDANDY, A.; MAVROIDIS, P. C.; MÉNY, Yves (ed). *European integration and international co-ordination: studies in transnational economic law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Kluwer Law International, The Hague, London, 2002; ESTEVE, F.; Pi, M. (ed.)., *La proyección exterior de la UE en el Tratado Constitucional. ¿Mejora o maquillaje?*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2005; JORGENSEN, K. E. (ed.), *The European Union and International Organizations*, London, Routledge, 2010; MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE*, *op. cit.*, «Parte Sexta. La acción exterior de la Unión Europea», pp. 507-580.

[321] La importancia de la acción exterior y de la política comercial de la UE es un aspecto ampliamente tratado por la doctrina, tanto antes como después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, *vide*, entre otros, BERMEJO GARCÍA, R., «La política comercial común (PCC) y su evolución: ¿nuevas perspectivas de futuro en el nuevo contexto europeo e internacional?» en ALDECOA LUZÁRRAGA, F.; SOBRINO HEREDIA, J. M.; GONZÁLEZ ALONSO, L.N.; PASTOR PALOMAR, A.; FORNER, J.; HERRANZ BALLESTEROS, M. (coords.), *50 Aniversario de la firma de los Tratados de Roma. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 949 y ss.; BOURGEOIS, J. H. J., «The EU trade relations and the Draft Constitutional Treaty» en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (dir.); MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (coord.), *Derecho Internacional y Tratado Constitucional europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 335 y ss.; GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «Política comercial y globalización: la Unión Europea ante el inicio de una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Núm. 2, 2002, pp. 249-257. En el plano de la orientación política de la acción exterior de la UE destacan sobre todo su responsabilidad de controlar el fenómeno de la globalización y asumir un papel éticamente responsable frente a la misma, manteniendo la seguridad mundial y construyendo un mundo mejor, sirva como botón de muestra la bibliografía que se recoge a continuación: ALDECOA LUZÁRRAGA, F., «La Política Exterior Común en el Tratado de Lisboa: Instrumentos para hacer de la Unión una actor de la globalización» en FERNÁNDEZ LIESA, C. R.; DÍAZ BARRADO, C. (dir.); ALDECOA GALLEGO, M. A.; MANERO SALVADOR, A. (coords.), *El*

acuerdos internacionales con los países no pertenecientes a la UE y otras organizaciones internacionales. Se trata tanto de acuerdos de cooperación de amplio alcance en los ámbitos comercial, industrial, sociopolítico o técnico, como los acuerdos sectoriales relativos al comercio de productos concretos. La Quinta Parte del TFUE, «Acción Exterior de la Unión», en su Título V regula los procedimientos para la celebración de los acuerdos internacionales por parte de la UE (artículos 216 a 219 del TFUE). El párrafo 2 del artículo 216 del TFUE establece que: «Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros».

En relación con el papel de la UE a escala internacional es importante recordar antes de profundizar en esta cuestión el hecho de que la UE es una organización internacional *sui generis* y que para actuar en el plano internacional necesita tener competencia para ello ya que uno de los principios fundamentales de la construcción europea es el «*principle of conferred competences*»[322].

El respeto y la promoción del Derecho internacional son uno de los principios inspiradores de la acción exterior de la UE (artículos 5 y 21 párrafos 1 y 2 del TUE). El Derecho internacional es parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE si es compatible con los Tratados fundacionales y prevalece sobre el Derecho derivado inconsistente con aquel[323].

El párrafo 5 del artículo 3 del TUE delimita las líneas de actuación de la UE en relación con el Derecho internacional al establecer que

> «En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los Derechos humanos, especialmente los Derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas».

Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas. Dykinson, Madrid, 2008, pp. 234 y ss.; BOURRINET, J., «La politique commerciale commune de l'Union Européenne et la mondialisation. La recherche d'une libéralisation maîtrisée des échanges internationaux», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, Núm. 484, 2005, pp. 19-25; ESTEVE, F.; PI, M. (ed.), *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado Constitucional. ¿Mejora o maquillaje?*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2005.

[322] CRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, cases and materials, op. cit.*, p. 301.

[323] CANNIZARO, E., «The neo-monism of the European legal order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, p. 57.

En relación con la celebración de tratados internacionales por parte de la UE el artículo 216 del TFUE dispone que:

> «1. La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.
>
> 2. Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros».

La fórmula del artículo 216 del TFUE establece con nitidez la obligatoriedad del Derecho internacional para las instituciones y los Estados miembros de la UE pero no aclara su integración en el orden jurídico de la Unión, ni su alcance en relación con la jerarquía de fuentes del Derecho europeo ni sus posibles efectos en relación con los Derechos de los particulares dentro del ordenamiento jurídico de la Unión[324]. El citado artículo expresa la filosofía general del ordenamiento jurídico de la UE que está profundamente inspirado en la concepción monista donde se supone que el Derecho internacional es parte del Derecho de la Unión sin la necesidad de ningún acto de incorporación, y prevalece sobre la legislación europea contraria a aquel[325]. El efecto directo y la supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho nacional son las notas distintivas fundamentales inherentes a las teorías monistas clásicas[326]. No obstante, en las líneas subsiguientes se verá cómo la relación entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico europeo se complica en la práctica[327]. Por tanto, para precisar su alcance el TJUE ha asumido la competencia para determinar los

[324] LIÑÁN NOGUERAS, D. J. en LIÑÁN NOGUERAS, D. J.; ARACELI MANGAS, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea, op. cit.*, pp. 380-381.
[325] CANNIZARO, E., «The neo-monism of the European legal order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union*, *op. cit.* Como botón de muestra de los pronunciamientos de la doctrina en torno a la cuestión del monismo en la UE *vide*, entre otros, ROSAS, A. «5. The European Court of Justice and Public International Law», en WOUTERS, J.; NOLLKAEMPER, A.; DE WET, E. (ed.), *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2008, p. 71 y ss.; HOLDGAARD, R., «Principles of Recepcion of International Law in Community Law», en *Yearbook of European Law*, Vol. 25, Núm. 1, 2006, pp. 263-315; PETERS, A., «The Position of International Law within the European», *German Yearbook of International Law*, Vol. 40, 1997, p. 9-77.
[326] CANNIZARO, E., «The neo-monism of the European legal order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, p. 36.
[327] *Ibídem*, pp. 37-39. En las páginas referenciadas CANNIZARO señala que la concepción monista se mantiene durante una amplia jurisprudencia europea aunque no de manera únivoca.

efectos del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE en base a la disposición del párrafo 1 del artículo 19 del TFUE que le habilita para la interpretación y aplicación de los Tratados[328].

La ausencia de una norma de sumisión expresa al Derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico de la UE carece de significado particular ya que en este ámbito el Derecho internacional se impone a los Estados y a las organizaciones signatarias que lo ratifiquen en cada Tratado y acuerdo concreto, sin requerir una formulación expresa. Su validez se sitúa en el propio Derecho internacional y no en los ordenamientos constitucionales o de las organizaciones internacionales signatarias. El ordenamiento jurídico de la UE, en el ámbito de sus competencias, está sujeto al Derecho internacional en la medida en que lo están todos los sujetos de este ordenamiento[329].

Distinta es la cuestión de valorar el alcance de las obligaciones normativas internacionales asumidas por sus Estados miembros como sujeto del Derecho internacional en los ámbitos de competencias no transferidas a la Unión[330]. El artículo 351 del TFUE (antiguo artículo 307 del TCE) estable los parámetros básicos de esta relación al determinar que

> «Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los Derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.
>
> En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

[328] HUESH, C-W, *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, pp. 74-75. Se refiere en su reflexión al Acuerdo sobre la OMC pero la capacidad del TJUE para pronunciarse sobre el efecto del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE se puede ampliar a todos los Tratados internacionales sobre la base del citado párrafo 1 del artículo 19 del TFUE (antiguo párrafo 1 del artículo 220 del TCE).
[329] LIÑÁN NOGUERAS, D. J. en LIÑÁN NOGUERAS, D. J.; ARACELI MANGAS, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea, op. cit.*, p. 379.
[330] *Ibídem*.

> En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros».

La cuestión aparentemente clara de respetar las obligaciones internaciones asumidas por un Estado o Estados miembros de la UE y los Derechos de terceros Estados ha presentado algunas situaciones problemáticas en la práctica en relación con su inclusión en el ordenamiento jurídico de la Unión. Un punto fundamental en este ámbito es determinar cómo se incluyen en el ordenamiento jurídico europeo los tratados ratificados por los Estados miembros que afectan a ámbitos de competencias no atribuidos exclusivamente a la Unión o competencias atribuidas a la Unión con posterioridad a la ratificación de dichos tratados. El corazón del asunto se sitúa en si la UE sustituye al Estado o Estados miembros en sus obligaciones con respecto a las obligaciones internaciones ratificadas por éstos[331]. El caso de la «sustitución» de los Estados miembros por la UE se ha determinado por la jurisprudencia europea, por ejemplo, en el caso *Kadi* en relación con la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones de su Consejo de Seguridad o en el asunto *International Fruit Company* en relación con el GATT de 1947 y por extensión con la OMC[332].

II. Los elementos que rigen la relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión

81. La relación entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico de la UE. Todos los Estados tienen que determinar en sus respectivos ordenamientos jurídicos cómo asegurar que las obligaciones internacionales asumidas sean garantizadas en sus respectivos ordenamientos jurídicos. La respuesta a esta cuestión es bifronte ya que en todo caso se tienen que atender a tanto al sistema de fuentes del

[331] *Ibídem*, pp. 379-380.
[332] La jurisprudencia europea respecto a la «sustitución» de los Estados miembros por la UE en los Tratados o acuerdos ratificados por los primeros será analizada en un momento posterior de la presente investigación tanto en relación con el Derecho internacional en sentido amplio como respecto del Derecho de la OMC.

Derecho como a las técnicas normativas para la incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional[333].

En el ordenamiento jurídico europeo estas cuestiones son más complejas que en un ordenamiento jurídico estatal debido a la naturaleza de la propia UE que debe asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales no sólo a sus propias instituciones, sino también a los Estados miembros de la Unión que no son partes contratantes *strictu sensu* de dichos acuerdos y que no han incorporado esos acuerdos en sus ordenamientos jurídicos internos de manera inmediata o directa[334].

82. Primer elemento: la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho europeo derivado y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. El apartado 11 de artículo 218 del TFUE (antiguo artículo 300 del TCE) establece que

> «Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados».

Este artículo parece avalar la preeminencia de los Tratados constitutivos sobre los tratados celebrados con terceros al reconocer la posibilidad al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión o a cualquier Estado miembro de solicitar un dictamen al TJUE para que éste se pronuncie sobre la compatibilidad del tratado en cuestión con los Tratados previamente a la entrada en vigor de dicho tratado internacional y, lo que es fundamental, que en caso de que el Tribunal determinase dicha incompatibilidad sería necesaria una previa revisión de los Tratados constitutivos[335].

En el Dictamen 3/94, aunque el Tribunal excluyó la posibilidad de solicitud del dictamen *a posteriori* de la conclusión del Tratado, señaló que los Estados miembros o las instituciones legitimadas disponen del recurso de anulación contra la decisión del

---

[333] MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *op. cit.*, p. 132. Para una introducción a cuestión de la posición del Derecho internacional en el ordenamieno jurídico de la UE *vide*, entre otros, DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
[334] *Ibídem*.
[335] LIÑÁN NOGUERAS, D. J. en LIÑÁN NOGUERAS, D. J.; ARACELI MANGAS, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea, op. cit.*, p. 381.

Consejo de concluir el acuerdo e incluso de solicitar medidas cautelares[336]. LIÑÁN NOGUERAS entiende que la primacía (supremacía, en términos de la citada autora) del Derecho originario no constituye un «control de inconstitucionalidad» sino una exigencia lógica de cumplir las obligaciones contraídas en el plano internacional y evitar las consecuencias de un incumplimiento. La misma norma que establece esta obligatoriedad y una reiterada jurisprudencia sobre la obligación del respeto a la misma es suficiente[337].

El principio de primacía también está conectado con el concepto de la autonomía del Derecho de la Unión y fue expresado por primera vez en el asunto *Costa/Enel*:

> «Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno a favor del comunitario, de los Derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad»[338].

El principio de primacía implica que la autoridad de este Derecho no puede depender de lo que cada constitución nacional establezca al respecto, porque admitir lo contrario supondría abrir la puerta a una asimetría en la aplicación del Derecho de la UE que abocaría ineludiblemente al fin de la autonomía de este ordenamiento. Tal y como ha explicado la doctrina, la jurisprudencia europea ha establecido tres tipos de argumentos para justificar el principio de primacía: 1) la obligación jurídica internacional de respetar los tratados; 2) la necesidad de garantizar la eficacia y

[336] *Ibídem*. Sobre la aplicabilidad de los tratados internacionales en el Derecho de la Unión *vide* también los dictámenes que se recogen a continuación, dictámenes 1/75, 1/91, 1/92, 2/94, 1/00 y 2/00.
[337] *Ibídem*. En esta misma posición *vide*, MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *op. cit.*, pp. 132-133.
[338] Asunto 6/64, *Flaminio Costa y ENEL (Ente Nazionale Energía Elettrica, empresa que pertenecía anteriormente a la Edison Volta)*, STJCE 15 julio 1964 [ECLI:EU:C:1964:66], pág. 106.

aplicación uniforme del Derecho de la Unión; 3) y el carácter autónomo del ordenamiento jurídico europeo[339].

La primacía del Derecho de la UE, tal y como ha sido construida por el Tribunal de Justicia europeo, tiene distintas implicaciones para los Estados. En primer lugar, la validez del Derecho de la UE puede ser evaluada únicamente a la luz de este ordenamiento y es competencia exclusiva del TJUE. Además, el Derecho nacional (ni aún el de rango constitucional) no puede poner en entredicho la primacía del Derecho europeo. Finalmente, las autoridades nacionales tienen la obligación de aplicar el Derecho de la UE y de inaplicar el Derecho nacional incompatible con aquél. El principio de la primacía ha conocido distintas modalidades a lo largo de los años como consecuencia del diálogo permanente entre los tribunales nacionales (especialmente los constitucionales) y los Tribunales de Justicia de la Unión. A continuación se limita el análisis al marco general de la noción y evolución de este principio a la luz de la jurisprudencia y doctrina más relevantes. Por su parte, en el caso *Simmenthal* la Alta Instancia de Luxemburgo precisó cómo debe resolverse el conflicto entre el Derecho europeo y el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional debe «inaplicar» el segundo, porque «el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales que invaden el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o que de otro modo sean incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría de hecho a negar, por ello, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Comunidad»[340]. Además, desde la decisión *Internationale Handelsgesellschaft*, el TJCE, de manera explícita, siempre ha entendido la primacía como absoluta, es decir, que el Derecho de la Unión prevalecería incluso sobre las Constituciones nacionales:

> «Considerando que el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario: que la validez de dichos actos sólo

[339] GORDILLO PÉREZ, L. I.; MARTINICO, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el país de las hadas», *op. cit.*, 2013, pp. 445-446; KWIECIEN, R., «The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty», *German Law Journal*, Vol. 6/11, 2005, pp. 1479-1496.

[340] Asunto 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal*, STJCE 9 marzo 1978, [ECLI:EU:C:1978:49], para. 18.

> puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario; que, en efecto, al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma; que la alegación de violaciones de los Derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado»[341].

La obligación de inaplicar las normas nacionales contrarias al Derecho de la UE debe ampliarse a la administración pública como el Tribunal de Justicia europeo señaló en la sentencia *Fratelli Costanzo*[342]. La conexión de la primacía del Derecho de la UE con la aplicación efectiva y uniforme del mismo se observa también en la evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado, tal y como se establece en la doctrina *Francovich*[343]. Así, del principio de primacía, de hecho, se derivan, a su vez, como corolarios, la cooperación leal y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE. En relación con el contexto europeo, el principio de cooperación leal se ha ido emancipando con los años, alejándose de una lectura reduccionista que lo veía como mero corolario del precepto *pacta sunt servanda*, desarrollando, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, perfiles una cierta autonomía conceptual. El TJ lo ha utilizado para invocar obligaciones distintas: la de la aplicación concreta del Derecho de la UE, la obligación de proporcionar información a la Comisión o la de no adoptar medidas internas en contra de los actos comunitarios que estén a punto de entrar en vigor[344].

---

[341] Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH, con domicilio social en Frankfurt am Main, y Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, de Frankfurt am Main*, STJCE 17 diciembre 1970, [ECLI:EU:C:1970:114], para. 3.

[342] Asunto 103/88, *Fratelli Costanzo SpA, sociedad italiana con domicilio social en Misterbianco, y Municipio de Milán*, STJCE 22 junio 1989, [ECLI:EU:C:1989:256], para. 28.

[343] Asuntos acumulados C-6/90 y 9/90 C-6/90, *Andrea Francovich y República Italiana*, y entre *Danila Bonifaci y otros y República Italiana*, STJCE 19 noviembre 1991, [ECLI:EU:C:1991:428].

[344] La aplicación concreta del Derecho de la UE ha sido invocada por el TJUE en los siguientes casos: Asunto 71/76, *Jean Thieffry y Conseil de l'ordre des avocats á la cour de París*, STJCE 18 abril 1977, [ECLI:EU:C:1977:65]; asunto 54/81, *Firma Wilhelm Fromme, Salzgitter, y Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung [Federal Office for the Organization of Agricultural Markets], Frankfurt am Main*, STJCE 6 mayo 1982, [ECLI:EU:C:1982:142]; asunto 68/88, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica*, STJCE 21 septiembre 1989, [ECLI:EU:C:1989:339]. La olibación de proporcinar información a la Comisión se ha suscitado en los siguientes casos: Asunto C-30/90, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, STJCE 18 febrero 1992, [ECLI:EU:C:1992:74]; asunto C-82/03, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana* , STJCE 13 julio 2004, [ECLI:EU:C:2004:433]. Por último, el argumento de no

83. Segundo elemento: la incorporación automática del Derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico interno. Además de la decisión constitucional respecto del rango del Derecho internacional dentro de la jerarquía de las fuentes del Derecho, analizado en el punto anterior, el otro aspecto constitucional relevante es la elección de la técnica mediante la cual el ordenamiento jurídico europeo/nacional se abre al Derecho internacional. Este método de incorporación estará relacionado con los efectos que tendrán dichas normas internacionales una vez formen parte del ordenamiento jurídico interno[345].

En la UE ha optado por una incorporación automática del Derecho internacional y la evaluación del contenido de la norma incorporada respecto de si es completa o si necesita ser integrada en otra norma, se produce después de la incorporación. En este panorama monista, el poder de los tribunales de justicia se enlaza con el problema de la división de poderes entre el legislativo, el ejecutivo y judicial[346].

Más controvertido resulta la posible atribución de efecto directo a las disposiciones de un tratado de estas características. Integrada la norma convencional en el orden jurídico de la Unión es coherente que cuando presente las características de claridad, precisión e incondicionalidad pueda gozar del «efecto directo». No obstante la cuestión no es pacífica por la particular naturaleza de la norma internacional y su vinculación a reciprocidades internacionales[347]. El Tribunal de Justicia es el encargado de interpretar el Derecho internacional adoptado por la UE y por los Estados miembros como consecuencia de su adopción automática en el ordenamiento jurídico de la UE[348].

---

adoptar actos contrarios en los siguientes casos: Asunto 804/79, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, STJCE 5 mayo 1981, [ECLI:EU:C:1981:93].

[345] DE WITTE, B., «Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G. (ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 323-362; MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *op. cit.*, p. 133.

[346] MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *op. cit.*, p. 134. Para profundizar en esta cuestión *vide* el apartado sobre el monismo y dualismo de la presente investigación.

[347] LIÑÁN NOGUERAS, D. J. en LIÑÁN NOGUERAS, D. J.; ARACELI MANGAS, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 381-382; PRECHAL, S., «Does Direct Effect Still Matter?», *Common Market Law Review*, Vol. 37/5, 2000, pp. 1047-1069.

[348] MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *op. cit.*, p. 136.

III. La jurisprudencia del TJUE sobre la incorporación del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE

84. Derecho europeo como Derecho autónomo: asunto *Van Gend & Loos*. El punto de partida del análisis de entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico europeo se sitúa en el asunto *Van Gend & Loos*[349]. En dicha sentencia el TJCE declaró que el Tratado fundacional comunitario había establecido un nuevo ordenamiento jurídico, vinculado al ordenamiento jurídico al Derecho internacional público existente, pero distinto de él, creando un ordenamiento jurídico específico de dimensiones transnacionales[350]. De este modo, en última instancia la justicia europea determina el efecto de las obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico de la Unión remitiéndose a las condiciones establecidas por el Derecho de la UE[351].

La concepción del ordenamiento jurídico de la UE como un ordenamiento jurídico autónomo e independiente del Derecho internacional, similar a lo que puede entenderse por un ordenamiento jurídico nacional se ha mantenido constante en jurisprudencia europea. Esta afirmación suscita la cuestión de si las normas internacionales tienen aplicabilidad directa dentro del ordenamiento jurídico de la Unión en analogía con la aplicabilidad directa de las normas europeas dentro de los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros[352]. La aplicabilidad directa del Derecho de la Unión implica que este último confiere Derechos e impone obligaciones directos, además de a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, también a los ciudadanos de la Unión.

---

[349] Asunto C-26/62, *NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen (Administración Tributaria neerlandesa)*, STJCE 5 febrero 1963 [ECLI:EU:C:1963:1], pp. 338-340.

[350] Asunto C-26/62, *NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen (Administración Tributaria neerlandesa)*, STJCE 5 febrero 1963 [ECLI:EU:C:1963:1], citado en asunto C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi v. Consejo y Comisión*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 16 enero 2008 [ECLI:EU:C:2008:11], para. 21.

[351] Asunto C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi v. Consejo y Comisión*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 16 enero 2008 [ECLI:EU:C:2008:11], para. 23.

[352] MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *op. cit.*, pp. 137-140. Sobre el concepto del efecto directo del Derecho europeo *vide*, entre otros, WINTER, J. A., «Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law», *Common Market Law Review*, Vol. 9, 1972, pp. 429, 433.

Uno de los hitos la jurisprudencia europea fue imponer la aplicabilidad directa de las disposiciones del Derecho de la Unión superando la resistencia inicial de algunos Estados miembros. El punto de partida de su jurisprudencia fue el asunto *Van Gend & Loos*. La empresa de transportes neerlandesa Van Gend & Loos se opuso ante un tribunal de los Países Bajos al aumento de los Derechos de aduana por la importación de un producto químico procedente de la República Federal de Alemania. El resultado de este litigio dependía en última instancia de si los individuos pueden invocar el antiguo artículo 12 del TCE que prohibía expresamente a los Estados miembros la introducción de nuevos Derechos de aduana y el aumento de los ya existentes en el mercado común, para impugnar un arancel contrario a los Tratados. El TJCE se pronunció, en contra del parecer de numerosos Gobiernos y su Abogado General, a favor del principio de aplicabilidad directa de las disposiciones del Derecho de la Unión, alegando la naturaleza y la finalidad de la misma. En su exposición de motivos, el Tribunal de Justicia señalaba

> «que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico [...] cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar Derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que estos Derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias».

Tras esta sentencia se mantuvo la duda sobre qué disposiciones del Derecho de la Unión son directamente aplicables y cuáles no gozaban de esta cualidad. El TJCE abordó esta cuestión en relación con las disposiciones del Derecho primario de la Unión y estableció que todas las normas de los Tratados de la Unión pueden ser directamente aplicables a los individuos siempre que: 1) estén formuladas sin condiciones, 2) sean completas en sí mismas desde una óptica jurídica, y, por ende, 3) no precisen para su cumplimiento o eficacia otros actos de los Estados miembros o de las instituciones de la Unión. El artículo 12 del TCE cumplía con los requisitos señalados, de forma que el tribunal de los Países Bajos debía garantizar los Derechos de la empresa Van Gend & Loos podía y declaró en consecuencia contrarios al TCE los Derechos de aduana impuestos a la misma.

85. Después del asunto *Van Gend & Loos*: ampliación de las normas europeas con aplicabilidad directa. A raíz de la sentencia del asunto *Van Gend & Loos*, el TJCE reconoció la aplicabilidad directa de otras disposiciones del Tratado que revisten una importancia mucho mayor para los ciudadanos de la Unión que la del artículo 12 del TCE. Cabe destacar las sentencias relativas a la aplicación directa de la libre circulación (artículo 45 del TFUE), de la libertad de establecimiento (artículo 49 del TFUE) y de la libre prestación de servicios (artículo 56 del TFUE).

El TJCE se pronunció a favor de la aplicabilidad directa de la libertad de circulación en el asunto *Van Duyn*[353].

El Consejo de Estado belga hizo que el TJCE abordara la aplicabilidad directa de la libertad de establecimiento. El Consejo debía resolver el recurso interpuesto por el abogado neerlandés J. Reyners, en el que invocaba sus Derechos derivados del artículo 52 del TCEE (artículo 49 del TFUE). En su sentencia de 21 de julio de 1974, el TJCE reconoció que no se podía mantener una desigualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de establecimiento, ya que el artículo 52 del TCEE era directamente aplicable desde que expiró el periodo transitorio, con lo cual se concedía a los ciudadanos de la Unión el derecho a iniciar y ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro en pie de igualdad con los nacionales de dicho Estado. En virtud de esta sentencia, el Sr. Reyners tuvo que ser aceptado en la abogacía belga[354].

En el asunto *Van Binsbergen*, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de establecer expresamente la aplicabilidad directa de la libertad de prestación de servicios[355].

---

[353] Asunto C-41/74, *Yvonne van Duyn* y *Home Office*, STJCE 4 diciembre 1974 [ECLI:EU:C:1974:133]. Los hechos eran los siguientes, a la señora Van Duyn, ciudadana neerlandesa, se le había denegado en mayo de 1973 el permiso de entrada en el Reino Unido porque pretendía trabajar como secretaria en la Iglesia de la Cienciología, institución que el Ministerio del Interior británico consideraba un «peligro social». Invocando las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la libre circulación de los trabajadores, la señora Van Duyn recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia (*High Court*), solicitando que este determinara si tenía derecho a residir en el Reino Unido para ejercer una actividad por cuenta ajena y si tenía derecho a un permiso de entrada en el Reino Unido. A la cuestión prejudicial presentada por este tribunal, el TJCE respondió que el artículo 48 del TCE (artículo 45 del TFUE) era directamente aplicable y, en consecuencia, concedía un derecho a las personas que estas podían invocar ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro.

[354] Asunto C-2/74, *Jean Reyners* y *Estado Belga*, STJCE 21 junio 1974 [ECLI:EU:C:1974:68].

[355] Asunto C-33/74, Johannes Henricus María van Binsbergen, y Bestuurvan de Bedrijfsverenigingvoor de Metaalnijverheid, STJCE 3 diciembre 1974 [ECLI:EU:C:1974:131]. En este procedimiento se trataba, entre otras cuestiones, de si una disposición de Derecho neerlandés, según la cual ante un tribunal de apelación solo podían actuar como representantes las personas residentes en los Países Bajos, era

Por último, el reconocimiento de la aplicabilidad directa de la libre circulación de mercancías (artículo 41 del TFUE), del principio de la igualdad de salarios entre hombres y mujeres (artículo 157 del TFUE), de la prohibición general de discriminación (artículo 25 del TFUE) y de la libertad de competencia (artículo 101 del TFUE) revistió una mayor importancia práctica. En el ámbito del Derecho derivado, la cuestión de la aplicabilidad directa solo se plantea respecto de las directivas y las decisiones destinadas a los Estados miembros, ya que dicho efecto, por lo que se refiere a los reglamentos y las decisiones destinadas a particulares, ya se deriva directamente de los Tratados de la Unión (párrafos 2 y 4 del artículo 288 del TFUE). Desde 1970, el Tribunal de Justicia ha extendido la aplicabilidad directa del Derecho primario de la Unión a las directivas y las decisiones destinadas a los Estados miembros.

86. La aplicación del Derecho europeo en los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros. El TJUE ha basado su doctrina del efecto directo en dos estándares de razonamiento. En primer lugar, desde el principio, la justicia europea destacó la naturaleza legal especial del Derecho de la UE. El TJCE definió al TCE como un tratado internacional diferente que crease obligaciones mutuas entre los Estados miembros. Para reforzar esta opinión, se puede atender a las siguientes provisiones del Derecho europeo: a) el preámbulo del TCE que no sólo se refiere al poder político sino al pueblo y sus ciudadanos; b) se reconocen instituciones que ejercitan sus propios poderes soberanos afectando a los Estados miembros y sus ciudadanos; c) los ciudadanos participan en las funciones de la UE mediante distintas instituciones, como por ejemplo a través del Parlamento Europeo; d) el objetivo de las cuestiones prejudicial es asegurar las interpretaciones uniformes del Derecho europeo por los tribunales nacionales (artículo 267 del TFUE). El efecto directo no se regula de manera específica por el Derecho europeo sino que se deduce del propio objetivo de los Tratados originarios[356].

---

compatible con las disposiciones de la Unión relativas a la libertad de prestación de servicios. El Tribunal respondió negativamente, alegando que todas las limitaciones impuestas a los ciudadanos de la Unión por motivo de nacionalidad o lugar de residencia eran contrarias a lo dispuesto en el artículo 59 del TCEE (artículo 56 del TFUE) y, por consiguiente, nulas.

[356] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, pp. 25-27. Los requisitos que debe tener una norma europea para que se le reconcozca el efecto directo pueden dar lugar a indeterminaciones (inserguridad jurídica) dentro del propio Derecho de la Unión. En esta línea *vide*, PESCATORE, P., «The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community», *European Law Review*, Vol. 8, 1983, pp. 155, 158.

El segundo estándar de razonamiento está relacionado con la efectividad de las garantías previstas en el TUE («*principle of effectiveness*»). El Derecho europeo debe ser cumplido no sólo por las instituciones europeas sino por los Estados miembros y existen mecanismo que fuerzan a su cumplimiento a estos últimos (artículos 258 y 259 del TFUE). El efecto directo parece constituir un mecanismo que permite a los individuos forzar el cumplimiento del Derecho europeo tanto a instituciones como a Estados miembros ante la justicia dentro de la UE[357]. La aplicabilidad directa del Derecho de la Unión constituye uno de los pilares del Derecho de la UE ya que fortalece el propio ordenamiento jurídico de la Unión y a la propia UE como Comunidad de Derecho diferenciada del resto de organizaciones internacionales[358].

87. La cuestión del «efecto directo» respecto del Derecho internacional. En el ámbito concreto del Derecho internacional, la cuestión del efecto directo se abre a una problemática similar a la que se deriva de la aplicabilidad de las normas europeas dentro de los propios Estados miembros. Por ejemplo, la cuestión del efecto directo respecto de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico de la UE, se plantea sobre la posibilidad de que un tratado internacional ratificado por la UE pueda crear Derechos individuales para los ciudadanos de la UE[359].

Como se trata de presentar a continuación se pueden encontrar argumentos tanto a favor como en contra del efecto directo de los tratados internacionales en la UE. Por un lado, al concluirse los Tratados con otros Estados u organizaciones internacionales, éstos pueden ser tratados como acuerdos internacionales clásicos obligatorios sólo para los Estados y sin cualidad de ejecución por sí mismos. Por otro lado, los acuerdos ratificados por la propia Unión pueden compartir parte de las características fundamentales del Derecho de la UE e incluso podrían ser capaces de producir efecto directo y ser invocables por los particulares («*enforcement by individuals*») si fuesen suficientemente precisos e incondicionales. Sin embargo, veremos cómo en el ámbito de

[357] *Ibídem*, p. 27.
[358] La cuestión del efecto directo del Derecho europeo dentro de la propia Unión ha sido un tema amplísimamente tratado por la doctrina, sirva como botón de muestra la bibliografía que se recoge a continuación, MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *op. cit.*, pp. 136-137; PÉREZ TREMPS, P., «Unidad del ordenamiento y derecho comunitario», *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 65, Vol. 2, 2003, págs. 123-144.
[359] GRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 207.

los tratados internacionales entran en juego otras consideraciones de tipo político. En este contexto, el tema más problemático durante años ha sido si las provisiones del GATT de 1947 y su sucesora la OMC podrían tener efecto directo[360].

Además del concepto de «efecto directo», varios términos se utilizan para referirse al efecto del Derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales[361]. JACKSON emplea el término de «aplicación directa» para referirse al supuesto en que las normas de los tratados internacionales son tratadas directamente como normas de Derecho interno sin que medie ningún acto de transformación o implementación. El término de «aplicación directa» se refiere a situaciones en las que las partes privadas puedan denunciar sobre la base de una norma del Tratado y también situaciones en las que los Estados, y sus distintas instituciones, podrán utilizar normas del Tratado como parte de su jurisprudencia interna[362]. El término «auto-aplicabilidad» surgió en la doctrina constitucionalista de las EEUU[363]. El término de «auto-aplicabilidad» significa que un tratado internacional, sin legislación nacional de trasposición, se convierte en parte del Derecho interno una vez que haya sido concluido atendiendo a su Constitución y haya sido ratificado por ese Estado[364]. Por último, volviendo al término de «efecto directo», aunque es aún difuso dentro de la jurisprudencia y doctrina europea, se utiliza ampliamente por la doctrina de Derecho internacional económico[365]. El «efecto directo» de la norma de un tratado internacional permite que ésta sea invocada ante los tribunales nacionales. Así una persona en un Estado (o en la UE), puede basar su reclamación ante los tribunales nacionales (o

[360] *Ibídem*, p. 207. La aplicabilidad del Acuerdo del GATT de 1947 y del Acuerdo sobre la OMC será analizado en un momento posterior de la presente investigación.
[361] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit*., p. 17; WINTER, A., «Direct applicability and direct effect. two distinct and different concepts in Community TLaw», *Common Market Law Review*, Vol. 9, Núm. 4, 1972, pp. 425-438.
[362] JACKSON, J., «Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A policy Analysis», *American Journal of International Law*, Vol. 86, Núm. 2, 1992, pp. 310-340.
[363] MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *op. cit*., p. 131.
[364] AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 163.
[365] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, p. 17. La poca claridad del concepto de «efecto directo» se debe sobre todo al hecho de que los Tratados europeos no otorgan un reconocimiento expreso al efecto directo y, por tanto, su construcción se basa en la jurisprudencia europea. Dicha jurisprudencia será analiza en el presente apartado.

europeos) contra otra persona privada o el Estado sobre la base de las obligaciones nacionales contraídas bajo el amparo de un tratado internacional[366].

Los términos «efecto directo», «aplicación directa» y «auto-aplicabilidad» parecen tener significados similares mediante palabras diferentes. La «aplicación directa» y la «auto-aplicabilidad» son prácticamente similares salvo por el hecho de que el concepto de «auto-aplicabilidad» fue originariamente empleado por la justicia estadounidense y clasificado como parte de su Derecho interno. El concepto dado de «auto-aplicabilidad» apenas difiere del concepto de «efecto directo». Sin embargo, este último abarca también la aplicación directa como requisito previo para que después dichas normas internaciones puedan ser invocadas por los individuos ante los tribunales de justicia nacionales (o europeos)[367].

88. El concepto de «efecto directo» en la presente investigación. Teniendo en cuenta lo antedicho, en la presente investigación se va a entender que el «efecto directo» o la aplicación directa de una norma internacional abarcan fundamentalmente dos supuestos. Por un lado, el efecto de directo de cualquier norma internacional significa que dicha norma internacional una vez ratificada por la UE pasará a formar parte del ordenamiento jurídico europeo sin necesidad de una medida de trasposición o implementación que la incluya en una norma interna (tesis monista). Una de las consecuencias fundamentales de este hecho será que la justicia europea podría aplicar dichas normas internacionales y por tanto utilizarlas como parámetro de validez del Derecho derivado de la UE. En términos prácticos, esta circunstancia implica por ejemplo que la justicia europea pueda utilizar como parámetro de validez disposiciones del Derecho internacional para controlar la validez de una norma interna. Por otro lado, el efecto de directo de cualquier norma internacional permite que una persona privada en un Estado o en la UE pueda basar su reclamación ante los tribunales nacionales o europeos contra otra persona privada, el Estado o contra las instituciones de la UE sobre la base de las obligaciones contraídas en un tratado internacional ratificado por la UE, es decir, que el propio tratado internacional creará directamente Derechos subjetivos

[366] COTTIER, T.; NADAKAVUKAREN, K., «The relationship Between World Trade Organization Law, National Law and Regional Law», *Journal of International Economic Law*, Vol. 83, Núm. 1, 1998, pp. 83-122. Este artículo se centra en el análisis de la relación del efecto directo con el Derecho de la OMC. Cuestión que será tratada en un momento posterior de la presente investigación.
[367] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit*., p. 18.

para los ciudadanos de la Unión. La defensa de este concepto amplio de efecto directo se debe a que podría parecer contradictorio reconocer que un acuerdo internacional forme parte del ordenamiento jurídico europeo pero que después no constituya un parámetro de control de la legalidad de los actos de la Unión ni cree Derechos directamente para los ciudadanos europeos. No obstante, se debe apuntar que la revisión de la jurisprudencia europea permitirá ahondar en estos conceptos en las líneas subsiguientes.

89. Asunto *Bresciani*. En el asunto *Bresciani* se planteó una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 13 del TCEE y del apartado 1 del artículo 2 del Convenio de asociación entre la CEE y los Estados africanos y malgache asociados a dicha Comunidad, firmado en Yaundé el 20 de julio de 1963 y celebrado en nombre de la Comunidad por el Consejo mediante Decisión de 5 de noviembre de 1963 (DO 1964, p. 1430) y del apartado 1 del artículo 2 del Convenio de asociación firmado en Yaundé el 29 de julio de 1969 y celebrado en nombre de la Comunidad por el Consejo mediante Decisión de 29 de septiembre de 1970 (DO L 282, p. 1)[368].

Atendiendo al objetivo de analizar el efecto del Derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico de la UE, en el asunto *Bresciani* se cuestionaba al Tribunal europeo

> «(…) si el apartado 1 del artículo 2 del Convenio de Yaundé de 1963 atribuye a los justiciables de la Comunidad el derecho a invocarlo ante los Tribunales para oponerse a la recaudación de un

[368] Asunto C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani* v. *Amministrazione Italiana delle Finanze*, STJCE 5 febrero 1976 [ECLI:EU:C:1976:18]. En el asunto *Haegeman*, Asunto C-181/73, *Société de personnes à responsabilité limitée R. & V. Haegeman* v. *Etat belge*, STJCE 30 abril 1974 [ECLI:EU:C:1974:41], se planteó una decisión prejudicial sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Acuerdo por el que se constituye una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Grecia, firmado en Atenas el 9 de julio de 1961, y del Protocolo n° 14 a que se refiere al acta final de dicho Acuerdo, con el fin de determinar si el gravamen compensatorio establecido en el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento (CEE) n°816/70 del Consejo, de 28 de abril de 1970, es aplicable a los vinos griegos importados al territorio belgo-luxemburgués. Al amparo del artículo 177 del TCEE (actual artículo 267 del TFUE), el TJCE asumió la competencia para interpretar dicho acuerdo y parecía aceptar el esquema clásico monista al afirmar que «(…) a partir de la entrada en vigor del Acuerdo, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario». Esta afirmación parecía inferir que los tratados internacionales ratificados por la Unión podrían adquirir ciertas características fundamentales propias del Derecho europeo. En particular, que los tratados internacionales podrían tener efecto directo en la UE y sus Estados miembros. Sin embargo, en el presente asunto no se hizo referencia expresa a la cuestión del efecto directo.

> tributo nacional; que, para ello, es preciso contemplar simultáneamente el espíritu, el sistema y el tenor literal del Convenio y de la disposición que se discuten»[369].

La sentencia establece condiciones concretas para que se reconozca el efecto directo de los tratados internacionales. El espíritu, el sistema y el tenor literal del Convenio y de la disposición internacional que en cada caso se discuta determinarán el efecto directo en cada caso concreto. En el asunto *Bresciani* el TJCE llegó a la conclusión de que

> «Considerando que al remitirse expresamente al artículo 13 del Tratado, la Comunidad, mediante el apartado 1 del artículo 2 del Convenio, asumió con respecto a los Estados asociados la misma obligación de suprimir las exacciones de efecto equivalente, y con el mismo alcance, que los Estados miembros asumieron entre sí en el Tratado; que la referida obligación, al ser precisa y al no estar sujeta a ninguna reserva implícita o explícita por parte de la Comunidad, confiere a los justiciables el derecho a invocarla ante los Tribunales a partir del 1 de enero de 1970»[370].

En este caso, las obligaciones asumidas bajo el Convenio de Yaundé no eran recíprocas[371]. Sin embargo, el TJCE entendió que este desequilibrio era inherente a la naturaleza especial del Convenio y no excluyó su efecto directo[372]. En esta opinión coincide el Abogado General Sr. Alberto TRABUCCHI. El régimen de asociación con los países en vías de desarrollo había sido concebido a favor de éstos y por tanto este tipo de tratados internacionales no se basan en el principio de reciprocidad[373].

> «Las obligaciones asumidas por la Comunidad y por los Estados miembros de la misma no son idénticas a las obligaciones asumidas por los Estados asociados. Los Convenios prevén principalmente concesiones por parte de la Comunidad y sus Estados miembros en beneficio de los países asociados, con objeto de favorecer su desarrollo»[374].

90. Asunto *Pabst*. En el asunto *Pabst* un Tribunal de lo Contencioso-Tributario de Hamburgo solicitó una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 37 y 95 del TCEE y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo de Asociación entre la CEE

---

[369] Asunto C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani* v. *Amministrazione Italiana delle Finanze*, STJCE 5 febrero 1976 [ECLI:EU:C:1976:18], para. 16.
[370] *Ibídem*, para. 25.
[371] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, pp. 77-78.
[372] Asunto C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani* v. *Amministrazione Italiana delle Finanze*, STJCE 5 febrero 1976 [ECLI:EU:C:1976:18], paras. 18-21.
[373] Asunto C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani* v. *Amministrazione Italiana delle Finanze*, Conclusiones del Abogado General Sr. Alberto Trabucchi 14 enero 1976 [ECLI:EU:C:1976:3], para. 5.
[374] *Ibídem*, para. 5.

y Grecia, así como de los artículos 92 y siguientes del TCEE, en relación con la aplicación de determinadas medidas administrativas referentes a la ejecución de la Ley alemana, de 8 de abril de 1922, sobre el Monopolio de Alcoholes (*Branntweinmonopolgesetz*). En el ámbito de la cuestión del efecto directo del Derecho internacional, el TJCE determinó que el artículo 95 del TCEE (actual artículo 110 del TFUE) era directamente aplicable y en la medida en que el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo de Asociación entre la CEE y Grecia estaba redactado de manera análoga se consideró también directamente aplicable[375]. En palabras del TJCE la citada disposición debía considerarse directamente aplicable porque imponía una obligación clara y precisa, cuya ejecución y eficacia no está supeditada a ningún acto posterior siguiendo la jurisprudencia anteriormente expuesta[376].

91. Avanzando en la jurisprudencia europea: asunto *Kupferberg*. En el asunto *Kupferberg* se planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del párrafo primero del artículo 21 del Acuerdo celebrado el 22 de julio de 1972 entre la CEE y la República Portuguesa (DO L 301, p. 165), así como sobre el artículo 95 del Tratado CEE[377]. En primer lugar, el Tribunal reiteró que las normas del Derecho internacional forman parte del Derecho de la UE[378].

El TJCE reconoció que le incumbía al propio Tribunal garantizar la aplicación uniforme de los acuerdos internacionales en toda la Comunidad, dentro del marco de su competencia para interpretar las disposiciones de dichos acuerdos[379].

Además, el TJCE clarificó las razones por las que los tratados internaciones pudiesen tener efecto directo. Estas razones no fueron claramente expresadas en los

[375] Asunto C-17/81, *Pabst & Richarz KG* v. *Hauptzollamt Oldenburg*, STJCE 29 abril 1982 [ECLI:EU:C:1982:129], paras. 24, 26.
[376] *Ibídem*, para. 27. La opinión defendida por el TJCE fue también mantenida por el Abogado General Sra. Simone ROZES que no sólo reconoció la obligación clara, precisa e incondicional de las disposiciones objeto del asunto, sino que también destacó el hecho de que «[e]l Acuerdo de Asociación con Grecia preveía -además de la unión aduanera, la adopción por parte de Grecia del Arancel Aduanero Común y la eliminación de las restricciones cuantitativas a los intercambios- la armonización de las políticas agrícolas, la libre circulación de los trabajadores y la relajación de las normas sobre establecimiento y prestación de servicios, competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones, y la coordinación de las políticas económicas», Asunto C-17/81, *Pabst & Richarz KG* v. *Hauptzollamt Oldenburg*, Conclusiones del Abogado General Sra. Simone Rozes 28 enero 1992 [ECLI:EU:C:1982:21], para. III.4).
[377] Asunto C-104/81, *Hauptzollamt Mainz (Administración Principal de Aduanas de Mainz) v. C. A. Kupferberg & Cie KG a.A., Mainz*, STJCE 26 octubre 1982 [ECLI:EU:C:1982:362].
[378] *Ibídem*, para. 11.
[379] *Ibídem*, paras. 14 y 17.

asuntos previos. En primer lugar, el TJCE citó el asunto *Haegan* y explicó cómo las provisiones de un tratado internacional forman parte integrante del Derecho de la Unión. De conformidad con el párrafo 7 del artículo 228 del TCE (actual párrafo 2 del artículo 216 del TFUE), el TJCE señaló que los tratados internacionales celebrados por la Unión vincularán tanto a la Unión como a los Estados miembros[380]. Por lo antedicho, tanto la UE como los Estados miembros son responsables de la implementación de las provisiones de los acuerdos. Las medidas necesarias para la implementación deberán ser desarrolladas por la Unión o los Estados miembros respectivamente, según establezca el reparto competencial dentro de la Unión. Los Estados miembros están obligados no solo por el Derecho internacional sino aún más por el Derecho europeo[381]. Esta última observación se debe a que los Estados miembros han conferido parte de su competencia exterior a la Unión. La UE ha asumido la obligación de la implementación de dicho tratado internacional. Por tanto, los Estados miembros deben asistir a la Unión en la cumplimiento de esta obligación. En consecuencia, las provisiones de los tratados internacionales adquieren características propias del Derecho de la UE («*Accordingly, the provisions of international agreements possess characteristics of Community law*»)[382].

El caso *Kupferberg* determinó que el efecto interno el Derecho internacional debía establecerse sobre una base dual. Por un lado, el Derecho internacional es parte del Derecho interno y debe ser aplicado según los mecanismos de ejecución regulados en las normas internas. Por otro, el efecto de este Derecho internacional debe determinarse atendiendo a su propio origen internacional[383]. Es importante destacar que el TJCE no infiere el efecto directo a un acuerdo internacional dentro de la Unión por la naturaleza especial del Derecho europeo sino que se fundamenta en el propio Derecho internacional donde las instituciones europeas 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

[380] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, pp. 78-79.
[381] Asunto C-104/81, *Hauptzollamt Mainz (Administración Principal de Aduanas de Mainz) v. C. A. Kupferberg & Cie KG a.A., Mainz,* STJCE 26 octubre 1982 [ECLI:EU:C:1982:362], paras. 11-13.
[382] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, pp. 78-79.
[383] CANNIZARO, E., «The neo-monism of the European legal order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, p. 38.

Tribunal de Justicia, en el marco de sus competencias con arreglo al Tratado, dirimirla, al igual que cualquier otra cuestión de interpretación referida a la aplicación del acuerdo en la Comunidad[384]. Por tanto, de conformidad con las normas generales del Derecho internacional, cada parte contratante puede determinar las medidas jurídicas adecuadas para implementar las obligaciones internacionales adquiridas en su respectivo ordenamiento jurídico, salvo que a menos que el acuerdo, interpretado a la luz de su objeto y de su finalidad, determine por sí mismo estas medidas[385].

En definitiva, la jurisprudencia europea determinó que sólo cuando las partes contratantes de un tratado internacional no hubiesen convenido los efectos que sus disposiciones debían desplegar en los ordenamientos jurídicos internos, corresponderá al Tribunal dirimir esa cuestión[386].

---

[384] Asunto C-104/81, *Hauptzollamt Mainz (Administración Principal de Aduanas de Mainz) v. C. A. Kupferberg & Cie KG a.A., Mainz*, STJCE 26 octubre 1982 [ECLI:EU:C:1982:362], para. 17.

[385] *Ibídem*, para. 18.

[386] Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, *Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea* v. *Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen 8 mayo 2014 [ECLI:EU:C:2014:310], para. 31. Esta jurisprudencia europea fue reiterada en el asunto *Derimel* y en el asunto *Racke*. En el asunto *Demirel* se planteó una decisión prejudicial al TJCE sobre la interpretación de los artículos 7 y 12 del Acuerdo por el que se creaba una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado en Ankara el 12 de septiembre de 1963, concluido en nombre de la Comunidad mediante Decisión del Consejo de 23 de diciembre de 1963 (DO 1964, p. 3687; EE 11/01, p. 18), y del artículo 36 del Protocolo adicional, firmado en Bruselas el 23 de noviembre de 1970 y concluido en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento n° 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972 (DO L 293, p. 1; EE 10/01, p. 218). En el caso *Demirel* el TJCE mantuvo la jurisprudencia defendida en los casos anteriores entendiendo que el efecto interno de las normas del Derecho internacional debe determinarse utilizando el mismo estándar que para las normas internas, concretamente claridad y precisión en sus términos. Por otro lado, el efecto interno de una norma internacional depende también de la naturaleza internacional de esa norma y del propósito asignado a dicha norma en el propio acuerdo internacional del que emana. Asunto C-12/86 *Meryem Demirel* v. *Stadt Schwäbisch Gmünd*, STJCE 30 septiembre 1987 [ECLI:EU:C:1987:400]. Sobre este asunto *vide*, CANNIZARO, E., «The neo-monism of the European legal order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 38. Según el TJCE los textos normativos objeto del presente asunto revestían un alcance programático y para el TJCE no constituyen disposiciones lo suficientemente precisas e incondicionales para poder regular directamente la circulación de los trabajadores y como consecuencia de lo anterior no pueden conferir Derechos a los particulares, Asunto C-12/86 *Meryem Demirel* v. *Stadt Schwäbisch Gmünd*, STJCE 30 septiembre 1987 [ECLI:EU:C:1987:400], paras. 23-25. El Abogado General Sr. Marco DARMON defendió la misma posición y resumió de manera concisa la jurisprudencia europea expuesta en Asunto C-12/86 *Meryem Demirel* v. *Stadt Schwäbisch Gmünd*, Conclusiones del Abogado General Sr. Marco Darmon 19 mayo 1987 [ECLI:EU:C:1987:232], para. 18.

En el asunto *Racke*, no se debatía exactamente la aplicabilidad del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico europeo sino la suspensión de las concesiones comerciales otorgadas por un tratado internacional y sus consecuencias jurídicas dentro de la Unión, concretamente, el justiciable invocaba normas de Derecho consuetudinario internacional de carácter fundamental contra el Reglamento de suspensión controvertido, el cual había sido adoptado con arreglo a dichas normas y le privaba de los Derechos a recibir un tratamiento preferencial que le concedía el Acuerdo de Cooperación, Asunto C-

92. Punto de inflexión en la jurisprudencia europea: asunto *Kadi*. La jurisprudencia de los asuntos acumulados *Kadi* tuvo como consecuencia que los Derechos fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE de los ciudadanos europeos limiten la aplicación del Derecho internacional en el seno de la Unión[387]. En los asuntos *Kadi* se debatieron si los Derechos a la propiedad, a la tutela judicial efectiva y el Derecho al debido proceso de determinados ciudadanos europeos podían verse limitados por la trasposición de una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el ordenamiento jurídico de la UE y por extensión si el Derecho internacional podía limitar los Derechos fundamentales de los ciudadanos europeos o si, por el contrario, la protección de los Derechos fundamentales del Derecho de la Unión primaba sobre el Derecho internacional[388].

93. Asunto *Kadi II*. El recurso de casación que dio origen a la sentencia *Kadi II* se centró en la relación entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico europeo y en el control que pueda ejercer sobre aquel la justicia europea[389].

162/96, A. Racke GmbH & Co. y Hauptzollamt Mainz, STCE 16 junio 1998 [ECLI:EU:C:1998:293]. Para determinar la licitud de la suspensión del Reglamento controvertido el TJCE se basó en el artículo 65 del CVDT aunque concluyó que el comportamiento de las instituciones de la Unión se ajustó a Derecho, en el caso de autos, a Derecho internacional, Asunto C-162/96, A. Racke GmbH & Co. y Hauptzollamt Mainz, STCE 16 junio 1998 [ECLI:EU:C:1998:293], para. 58-61. El Abogado General Sr. F. G. JACOBS defendió la misma línea que el TJCE en el caso de autos y reconoció que la invalidez del Reglamento de suspensión se debía valorar sobre la infracción de las normas de Derecho internacional general, Asunto C-162/96, A. Racke GmbH & Co. y Hauptzollamt Mainz, Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. Jacobs 4 diciembre 1997 [ECLI:EU:C:1997:582], paras. 69-70.

[387] GORDILLO PÉREZ, L. I.; *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, Madrid, 2012. GORDILLO PÉREZ se centra en el análisis de los asuntos *Kadi I* y *Kadi II*, pp. 368-401.

[388] En el análisis de la jurisprudencia en torno a los asuntos Kadi, se van a utilizar las siguientes abreviaturas:

Kadi I	- Asunto T-315/01, *Kadi* vs. *Consejo y Comisión*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332]; - Asunto T-306/01, Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Fundation vs. Consejo y Comisión, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:331].
Kadi II	- Asuntos acumulados C-402/05 P, C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation* v. *Consejo y Comisión*, STJCE 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461].
Kadi III	- Asunto T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi* vs. *Consejo*, STG 30 septiembre 2010 [ECLI:EU:T:2010:418].
Kadi IV	- Asuntos acumulados C‑584/10 P, C‑593/10 P y C‑595/10 P, *Comisión, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Consejo v. Yassin Abdullah Kadi*, STJCE de 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518].

[389] Asuntos acumulados C-402/05 P, C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation* v. *Consejo y Comisión*, STJCE 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461]. La relación entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico europeo de la sentencia *Kadi II* se analizó por el TJCE en el apartado «Sobre los motivos relativos a la violación de ciertos Derechos

El núcleo fundamental de la sentencia *Kadi II* para la presente investigación se resume en el siguiente párrafo

> «Procede examinar las alegaciones en las que los recurrentes critican la conclusión a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia al indicar, en esencia, que de los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario se deduce que el Reglamento controvertido, por estar destinado a aplicar una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que no deja ningún margen de apreciación a estos efectos, no puede ser objeto de un control jurisdiccional en cuanto a su legalidad interna, salvo en lo que respecta a su compatibilidad con las normas que forman parte del ius cogens, y disfruta por este motivo de inmunidad de jurisdicción»[390].

El TJCE trató de determinar cómo se debía controlar la legalidad de un acto de la Unión que aplicase un acuerdo internacional y no este último como tal[391]. El TJCE llega a la conclusión de que los tribunales europeos con arreglo a las competencias que le confería el TCE debían garantizar el control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos desde el punto de vista de los Derechos fundamentales que formaban parte integrante de los principios generales del Derecho europeo, control que también se extendió a los actos europeos destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como era el caso del Reglamento controvertido[392]. En el caso de autos se anularon las sentencias recurridas[393].

---

fundamentales», Asuntos acumulados C-402/05 P, C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation* v. *Consejo y Comisión*, STJCE 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461], paras. 248-330. En la asunto *Kadi I* el TPI hizo un análisis de la recepción y los efectos del Derecho internacional en el seno de la UE concluyento que, primero, como la UE no era miembro de la ONU, las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas vinculaban a la UE, al igual que a sus Estados miembros, en virtud del Tratado CE, Asunto T-315/01, *Kadi* vs. *Consejo y Comisión*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332], para. 200. Segundo, el TPI no podía ejercer un control de legalidad sobre los actos de la Unión en aplicación de tales resoluciones del Consejo de Seguridad. El único principio que el Derecho internacional reconoce como límite al principio de obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad es el respeto a las normas perentorias fundamentales del *ius cogens* y, en particular, las normas imperativas para la protección universal de los Derechos humanos. El TPI concluyó su sentencia desestimando las alegaciones del Sr. Kadi basadas en la supuesta violación de su derecho a un control jurisdiccional efectivo y, en consecuencia ambos recursos en su totalidad, Asunto T-315/01, *Kadi* vs. *Consejo y Comisión*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332], paras. 179, 221-223 y 226-231.

[390] Asuntos acumulados C-402/05 P, C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation* v. *Consejo y Comisión*, STJCE 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461], para. 280.

[391] *Ibídem*, para. 286.

[392] *Ibídem*, para. 326.

[393] *Ibídem*, paras. 328, 329.

Los problemas prácticos planteados por la jurisprudencia *Kadi II* estaban motivados principalmente por la dificultad de articular un recurso jurisdiccional completo a nivel europeo para una lista elaborada en el Comité 1267 del Consejo de Seguridad de la ONU[394].

94. Asunto *Kadi III*. En cumplimiento de la sentencia *Kadi II*, el 28 de noviembre de 2008, la Comisión adoptó el Reglamento (CE) nº 1190/2008, por el que se modifica por centésimo primera vez el Reglamento nº 881/2002 (DO L 322, p. 25) y en el que se mantiene la medida de congelación de fondos del Sr. Kadi[395]. Ante este nuevo acto de la Unión, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 26 de febrero de 2009, el Sr. Kadi interpuso un recurso de anulación[396].

> «Aunque la discusión de esta cuestión excede de los límites del presente litigio, tal como queda definido por los motivos articulados en la demanda, el Tribunal General considera que el principio de un control jurisdiccional completo y riguroso de medidas de congelación de fondos como de la que se trata en el caso de autos resulta especialmente justificado, dado que dichas medidas afectan de manera notable y duradera a los Derechos fundamentales de los interesados, habida cuenta de que se admite la premisa, establecida en la sentencia Kadi del Tribunal de Justicia, de que tales actos no están sujetos a ninguna inmunidad de jurisdicción por el hecho de que estén dirigidos a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de la Naciones Unidas»[397].

El TG se decantó por la jurisprudencia mantenida en *Kadi II*. Una vez determinada la posibilidad del análisis de las medidas de congelación de fondos, el TG aprecia la violación de los Derechos fundamentales relativos al Derecho de defensa y al derecho a una tutela judicial y la vulneración del principio de proporcionalidad, por lo que decide anular el Reglamento (CE) nº1190/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, por el que se modifica por centésimo primera vez el Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah

---

[394] Para profundizar en esta problématica *vide* las conclusiones del Abogado General Sr. POIARES MADURO en el caso de autos, sobre todo, Asunto C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi v. Consejo y Comisión*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 16 enero 2008 [ECLI:EU:C:2008:11], paras. 24-25 y 39-45.

[395] Asunto T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi* vs. *Consejo*, STG 30 septiembre 2010 [ECLI:EU:T:2010:418], paras. 56, 61.

[396] *Ibídem*, para. 63.

[397] *Ibídem*, para. 151.

bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, en la medida en que afecta al Sr. Yassin Abdullah Kadi[398].

95. Asunto *Kadi IV*. En los asuntos acumulados C‑584/10 P, C‑593/10 P y C‑595/10 P, la Comisión Europea, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Consejo de la UE promovieron un recurso de casación contra la sentencia *Kadi III*, lo que tuvo como tuvo como consecuencia la emisión la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de julio de 2013 (*Kadi IV*) [399]. En este asunto se precisaron los límites y la naturaleza del control que el Tribunal de Justicia debería ejercer sobre el Reglamento (CE) nº 1190/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, por el que se modifica por centésimo primera vez el Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes (DOUE, serie L, nº 322, de 2 de diciembre de 2008)[400].

El primer motivo de casación se fundaba en el error de Derecho cometido al no reconocer inmunidad de jurisdicción al Reglamento impugnado[401]. En este punto el TJCE mantuvo la jurisprudencia *Kadi II* y *Kadi III* donde se afirmó que el Reglamento

[398] El TG apreció la violación de los Derechos fundamentales relativos al Derecho de defensa y al derecho a una tutela judicial en el asunto *ibídem*, paras. 153-188. Por otro lado, la vulneración del principio de proporcionalidad se justifica en el asunto *ibídem*, paras. 189-195.

[399] Antes de iniciar el análisis del asunto *Kadi IV* conviene señalar que el 5 de octubre de 2012, el Comité de Sanciones decidió excluir al Sr. Kadi de la lista, después de haber examinado su solicitud de que se suprimiera su nombre de ésta, así como el informe emitido por el Ombudsman. En consecuencia, se suprimió del anexo I del Reglamento nº 881/2002 la entrada con el nombre del Sr. Kadi. Según el Abogado General esta supresión, realizada después de la interposición de los presentes recursos de casación, no hace desaparecer el interés de la Comisión, del Consejo y del Reino Unido, ni tampoco el del Sr. Kadi, en ejercitar su acción en el marco de su pretensión de anulación, Asuntos Acumulados C-584/10-P; C-593/10-P; C-595/10-P, *Comisión, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Consejo* v. *Yassin Abdullah Kadi*, Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot 19 2013 [ECLI:EU:C:2013:176], para. 42. *Vide* también, el Reglamento de Ejecución (UE) nº 933/2012 de la Comisión, de 11 de octubre de 2012, que modifica por 180ª vez el Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra personas determinadas y entidades asociadas con la red Al-Qaeda (DO L 278, p. 11).

[400] En la presente investigación hemos tratado de denominar «Reglamento controvertido» al Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, enjuiciado en *Kadi I* y *Kadi II*; y «Reglamento impugnado» al Reglamento (CE) nº 1190/2008 del Consejo, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, enjuiciado en *Kadi III* y *Kadi IV*.

[401] Asuntos acumulados C‑584/10 P, C‑593/10 P y C‑595/10 P, *Comisión, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Consejo v. Yassin Abdullah Kadi*, STJCE de 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518], paras. 60-69.

impugnado no podía disfrutar de inmunidad de jurisdicción alguna por el hecho de estar destinado a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas[402].

Los motivos de casación segundo y tercero están basados, respectivamente, en ciertos errores de Derecho en cuanto al grado de intensidad del control jurisdiccional determinado en la sentencia recurrida y en los errores cometidos por el TG al examinar los motivos del recurso de anulación en los que se invocaba una violación del Derecho de defensa y del derecho a una tutela judicial efectiva, así como una violación del principio de proporcionalidad[403]. Atendiendo al objetivo que se persigue en el presente apartado en análisis se va a centrar en el segundo motivo de casación tratando de contestar a la siguiente cuestión, ¿cuál es el grado intensidad del control jurisdiccional aplicable al Reglamento impugnado?

En TJCE mantuvo la jurisprudencia iniciada en el asunto *Kadi II* y por tanto afirmó que

> «(…) los tribunales de la Unión deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los Derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad (…). Esta exigencia se consagra expresamente en el artículo 275 TFUE, párrafo segundo»[404].

De este párrafo se deduce que el TJCE mantuvo la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho internacional sobre todo cuando pueda existir una colisión entre los Derechos fundamentales del ordenamiento jurídico de la Unión y cualquier norma de Derecho internacional.

96. Conclusiones del Abogado General Sra. YVES BOT en *Kadi IV*. En vista del análisis que se viene desarrollando en la presente investigación resulta esclarecedor destacar las conclusiones del Abogado General Sra. YVES BOT en el asunto Kadi IV por

[402] *Ibídem*, para. 65 que remite al apartado 126 de la sentencia *Kadi III* y apartados 326 y 327 de la sentencia *Kadi II*.
[403] *Ibídem*, paras. 70-165.
[404] *Ibídem*, para. 97.

la novedad de su propuesta sobre el control de legalidad del Tribunal de Justicia europeo.

El Abogado General Sra. YVES BOT rechazó la inmunidad jurisdiccional del Reglamento impugnado en la misma línea expuesta por el TJCE en el primer motivo de casación[405]. Sin embargo el Abogado General Sra. YVES BOT propuso una adaptación del control jurisdiccional efectuado,

> «(…) la afirmación del Tribunal de Justicia de su función en materia de protección de los Derechos fundamentales de las personas incluidas en la lista del Comité de Sanciones ha de ir acompañada de las precisiones necesarias en relación con el alcance y la intensidad del control que los órganos jurisdiccionales de la Unión deben ejercer sobre los actos de la Unión que aplican estas inclusiones en las listas»[406].

En torno a los posibles límites del control jurisdiccional de los tribunales europeos sobre las normas internaciones que se apliquen en el ordenamiento jurídico europeo (segundo motivo de casación), el Abogado General Sra. YVES BOT propuso un estándar de control jurisdiccional, externo e interno, aplicable a los asuntos «de corte internacionalista»[407].

El control de legalidad externa se refería a los aspectos formales y procedimentales del acto impugnado[408].

> «Garantizar un control estricto del cumplimiento de las formas esenciales y de que el procedimiento sea respetuoso con el Derecho de defensa permite al juez de Unión adoptar una postura más contenida cuando está llamado a controlar la legalidad interna del acto impugnado. Se trata de la relación dialéctica clásica entre el control de la legalidad externa y el de la legalidad interna. Como contrapartida al reconocimiento de la libertad de apreciación a las autoridades políticas competentes y su correspondiente restricción del control de legalidad material, el juez de la Unión refuerza los imperativos formales y procedimentales a los que se supedita la adopción del acto. (…) De este modo, aun cuando el juez adopte una postura de «auto-restricción» con respecto a la fundamentación de la inclusión en una lista, el alto grado de

[405] Asuntos Acumulados C-584/10-P; C-593/10-P; C-595/10-P, *Comisión, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Consejo* v. *Yassin Abdullah Kadi*, Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot 19 2013 [ECLI:EU:C:2013:176], paras. 44-51.
[406] *Ibídem*, para. 52.
[407] *Ibídem*, paras. 91-110.
[408] *Ibídem*, para. 96.

exigencia por su parte en materia procedimental garantiza una conciliación adecuada entre la protección de los Derechos fundamentales y la lucha contra el terrorismo»[409].

En el caso de autos,

«(…) el juez de la Unión debe controlar de forma rigurosa si éste fue adoptado con arreglo a un procedimiento respetuoso con el Derecho de defensa. En particular, debe comprobar si se han notificado al interesado los motivos de su inclusión en la lista, si estos motivos son suficientes para permitirle defenderse de manera eficaz, si ha podido formular sus observaciones ante la Comisión y si esta última las ha tenido en cuenta suficientemente»[410].

En cuando al control de legalidad interna, en opinión del AG el juez de la Unión debía de limitar su control de la legalidad sobre Reglamento impugnado a la existencia de un error manifiesto[411].

«En suma, el control ejercido por el juez de la Unión sobre la legalidad interna de los actos de la Unión que aplican decisiones adoptadas por el Comité de Sanciones no debe, en principio, llevarle a cuestionar la fundamentación de la inclusión en la lista, excepto en el supuesto de que el procedimiento de aplicación de esta inclusión dentro de la Unión haya permitido poner de relieve un error flagrante en la determinación de los hechos realizada, en la calificación jurídica de éstos o en la apreciación de la proporcionalidad de la medida»[412].

97. *Afer Kadi*: ampliando el horizonte de la protección de los Derechos fundamentales y la cuestión del efecto directo. La necesidad de una aplicación uniforme del Derecho exterior europeo («*external community law*») parece no requerir el efecto directo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico de la UE sino que la aplicabilidad directa parece proporcionar la protección de los Derechos individuales en un determinado asunto. La observancia uniforme del Derecho de la Unión parece una competencia de la Comisión (artículos 258 y 259 del TFUE). Sin embargo, el procedimiento reconocido a los individuos podría *de facto* compartir dicha carga en aquellos casos en los que la Comisión no actuase[413]. El TJCE ha precisado que «(…) la acción de un particular pretende la salvaguarda de los Derechos individuales en

[409] *Ibídem*, para. 97.
[410] *Ibídem*, para. 98.
[411] *Ibídem*, paras. 105-110.
[412] *Ibídem*, para. 110.
[413] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, p. 82.

un caso concreto, mientras que la intervención de las autoridades comunitarias tiene por objeto la observancia general y uniforme de la norma comunitaria»[414].

La afirmación anterior implica que «(…) las garantías concedidas a los particulares, con arreglo al sistema del Tratado, para la salvaguarda de los Derechos individuales y las atribuciones reconocidas a las Instituciones comunitarias en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados miembros tienen por objeto fines y efectos diferentes y no pueden equipararse»[415].

En relación con los Derechos fundamentales, el TCJE ha considerado que para garantizar su protección tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los Derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de éstos[416].

98. Asunto *Intertanko*: retorno a la negación del efecto directo. El asunto *Intertanko* tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court of Justice (England & Wales)*,

> «Mediante sus cuestiones primera a tercera el órgano jurisdiccional remitente pide, en esencia, al Tribunal de Justicia que aprecie la validez de los artículos 4 y 5 de la Directiva 2005/35, en relación con las reglas 9 y 11, letra b), del anexo I del Convenio Marpol 73/78, y con las reglas 5 y 6, letra b), del anexo II del mismo Convenio, así como en relación con las disposiciones de la Convención de Montego Bay que precisan las condiciones para el ejercicio por los Estados ribereños de algunos de sus Derechos en las diferentes zonas marítimas»[417].

---

[414] Asunto C-28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH* y *Hauptzollamt Paderborn*, STJCE 3 abril 1968 [ECLI:EU:C:1968:17], p. 187.
[415] *Ibídem*.
[416] Asunto C-4/73, *J. Nold, Nohlen-und Baustoffgroßhandlung* v. *Comisión de las Comunidades Europeas*, STJCE 14 de mayo de 1974[ECLI:EU:C:1974:51], para. 13. El cambio de la jurisprudencia europea sobre la protección de los Derechos fundamentales regulados en Tratados internacionales y en el ordenamiento jurídico de la Unión ha sido un tema ampliamente estudiado por la doctrina, BESSON, S., «European Legal Pluralism after *Kadi*», *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, Núm. 2, 2009, pp. 237-264; GATINNI, A., «Effects of Decisions of the UN Security Council in the EU Legal Order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, pp. 215-227; GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales, op. cit.*; HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, p. 82; RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación*, Tecnos, Madrid, 1997.
[417] Asunto C-308/06, *The Queen, a instancia de: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union, y Secretary of State for*

Para apreciar la validez de un acto derivado, la Directiva 2005/35 en el caso de autos, en relación con las reglas del Derecho internacional, el TJCE señaló que, en primer lugar, la UE tenía que estar vinculada por dichas reglas internacionales[418]. En segundo lugar, el TJCE precisó que sólo podía examinar la validez de una norma europea en relación con un tratado internacional si la naturaleza y el sistema de éste no se oponen a ello y si sus disposiciones son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas[419].

En relación con el Convenio Marpol 73/78, el TJCE señaló que la UE no era parte contratante en dicho Convenio[420]. Además, la UE no había asumido las competencias anteriormente ejercidas por los Estados Miembros en el ámbito de aplicación del Convenio Marpol 73/78[421]. Por lo antedicho el TJCE concluyó que no le correspondía controlar la validez de la Directiva de autos en relación con el citado Convenio[422].

En lo que atañe a la Convención de Montego Bay, ésta fue firmada por la Comunidad y aprobada por la Decisión 98/392, lo que generó la consecuencia de vincular a la Comunidad y las disposiciones de la Convención formaban parte de su

---

Transport, STJCE 3 junio 2008 [ECLI:EU:C:2008:312], para. 36. La «Directiva 2005/35» es la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (DO L 255, p. 11, y correcciones de errores, DO 2006, L 33, p. 87, y DO 2006, L 105, p. 66). La «Convención Montego Bay» es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Motego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. El «Convenio Marpol 73/78» es el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, firmado en Londres el 2 de noviembre de 1973, completado por el Protocolo de 17 de febrero de 1978.

[418] *Ibídem*, para. 44.

[419] *Ibídem*, para. 45.

[420] *Ibídem*, para. 47.

[421] *Ibídem*, para. 48. En el citado párrafo el TJCE señala que «[e]n ese sentido, el Convenio Marpol 73/78 se diferencia del GATT de 1947, en cuyo marco la Comunidad asumió gradualmente competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros, lo que tuvo como consecuencia su vinculación a los compromisos derivados de dicho Acuerdo (*vide* en ese sentido, en especial, la sentencia International Fruit Company y otros, antes citada, apartados 10 a 18). Por tanto, esa jurisprudencia relativa al GATT de 1947 no es transferible al Convenio Marpol 73/78.». La posición del TJCE es también defendida por el Abogado General Sra. Juliane KOKOTT en sus Conclusiones generales, *vide* Asunto C-308/06, *The Queen, a instancia de: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union, y Secretary of State for Transport*, Conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott 20 noviembre 2007 [ECLI:EU:C:2007:689], paras. 42-44, 73-79. La línea argumental que defiende en este caso el Tribunal de la Unión en relación con el GATT de 1947 y con la OMC se analizará en un momento posterior de la presente investigación.

[422] *Ibídem*, para. 50.

ordenamiento jurídico[423]. En segundo lugar, se procede a «(…) verificar si la naturaleza y el sistema de la Convención de Montego Bay, según resultan en particular de la finalidad, del preámbulo y de los términos de la misma, no se oponen al examen de la validez de los actos comunitarios en relación con las disposiciones de la citada Convención»[424].

Esta Convención pretende establecer en todos esos espacios marítimos un justo equilibrio entre los intereses de los Estados en su condición de Estados ribereños y los intereses de los Estados en su condición de Estados del pabellón, que pueden entrar en conflicto y parece atribuir derecho a los buques. Sin embargo, de ello no se desprende que esos Derechos sean conferidos así a los particulares ligados a dichos buques, como sus armadores, ya que el estatuto jurídico internacional del buque depende del Estado del pabellón, y no de que el buque pertenezca a determinadas personas físicas o jurídicas[425]. «En tales circunstancias, hay que estimar que la Convención de Montego Bay no establece reglas destinadas a aplicarse directa e inmediatamente a los particulares ni a conferir a éstos Derechos o libertades que puedan ser invocados frente a los Estados, con independencia de la conducta del Estado del pabellón del buque»[426].

99. Asunto *Z*, en la línea del asunto *Intertanko*. En el asunto *Z* el *Equality Tribunal de Irlanda* solicitó una decisión prejudicial sobre la interpretación de las Directivas 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23), y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16), y la validez de ambas Directivas y la apreciación de validez respecto de las mismas respecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con

[423] *Ibídem*, para. 53.
[424] *Ibídem*, para. 54.
[425] *Ibídem*, paras. 55-63.
[426] *Ibídem*, para. 64.

discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35)[427].

El TJCE entendió que cuando la UE celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y, en consecuencia, éstos disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión. La primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión sobre las disposiciones de Derecho derivado obliga a interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos[428].

En el caso de autos el TJCE llegó a la conclusión de que, en primer lugar, la Directiva2006/5 carecía de incidencia en la solución del litigio principal y por tanto no se debía pronunciar sobre la misma; y, en segundo lugar, la Directiva 2000/78 no era invocable en el presente asunto y por tanto tampoco ha lugar a apreciar su validez respecto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[429].

Para que el TJCE pudiese apreciar la validez de un acto de la Unión en relación con las disposiciones de un tratado internacional, es necesario que la naturaleza y el sistema del Tratado permitan dicho control de validez y que además, desde el punto de vista de su contenido, las disposiciones invocadas sean incondicionales y suficientemente precisas[430]. «Tal requisito se cumple cuando la disposición invocada contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno»[431].

En el caso de autos, en la línea defendida por el Abogado General Sr. Nils WAHL, dado que las obligaciones establecidas por esa Convención se dirigían a las partes contratantes, ese acuerdo internacional tiene carácter programático y quedaba sometido, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de actos ulteriores, que correspondían a las partes contratantes. Siendo así, sus disposiciones no constituían, desde el punto de vista de su contenido, disposiciones incondicionales ni

[427] Asunto C-363/12, *Z. y A Government department and the Board of management of a community school*, STJCE 18 marzo 2014 [ECLI:EU:C:2014:159], paras. 1,3.
[428] *Ibídem*.
[429] *Ibídem*, paras. 64, 82.
[430] *Ibídem*, para. 85.
[431] *Ibídem*, para. 86.

suficientemente precisas y carecían por tanto de efecto directo en el Derecho de la Unión[432].

100. Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P. En el recurso de casación de los asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P se reflejó la tensión que existe entre la necesidad de preservar la autonomía del Derecho de la Unión y la voluntad de cumplir compromisos que se derivan de acuerdos internacionales de los que la Unión es parte[433].

> «Así pues, el Tribunal de Justicia está llamado a volver a analizar, en el contexto concreto del Convenio de Aarhus, las condiciones en las que se pueden invocar las disposiciones del Derecho internacional convencional, en los procedimientos de anulación cuyo fin es el control de legalidad del Derecho derivado de la Unión, ante los órganos jurisdiccionales de ésta»[434].

Los casos de autos tienen su origen en la existencia de dos disposiciones independientes, una primera de Derecho internacional convencional, el Convenio Aarhus, y otra segunda de Derecho derivado de la Unión y cuyo objetivo es la aplicación de la primera, el Reglamento de Aarhus[435]. En la sentencia recurrida el TG aplicó la jurisprudencia derivada de las sentencia Fediol/Comisión y Nakajima/Consejo[436]. Según el Abogado General Sr. Niilo JÄÄSKINEN el TG incurrió en error de Derecho al aplicar dichas sentencias ya que éstas consagran una excepción limitada que se estableció en el marco de la jurisprudencia relativa a los Acuerdos del

---

[432] *Ibídem*, paras. 88-91. *Vide* también, Asunto C-363/12, *Z. y A Government department and the Board of management of a community school*, Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl 26 septiembre 2013 [ECLI:EU:C:2013:604], paras. 114-119.

[433] Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, *Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea* v. *Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen 8 mayo 2014 [ECLI:EU:C:2014:310], para. 1. El «Convenio de Aarhus» es el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005 (DO L 124, p. 1).

[434] *Ibídem*, para. 3.

[435] *Ibídem*, para. 4. El «Reglamento de Aarhus» es el Reglamento (CE) nº 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus (DO L 264, p. 13).

[436] Asunto T-396/09, *Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht* vs. *Comisión Europea*, STG 14 junio 2010 [ECLI:EU:T:2012:301]. La jurisprudencia de las sentencias Fediol/Comisión y Nakajima/Consejo será analizada en un momento posterior en la presente investigación cuando se trate la aplicación y los efectos del GATT de 1947 y los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico de la UE.

GATT y de la OMC, y no un enfoque general en cuanto al control de legalidad del Derecho de la Unión[437].

Respecto de la sentencia recurrida en los asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, el Abogado General Sr. Niilo JÄÄSKINEN señaló que el TG sustenta principalmente su decisión en una de las excepciones desarrolladas en el marco del GATT de 1947 y de los Acuerdos de la OMC, la jurisprudencia Nakajima/Consejo[438]. Sin embargo, el AG defendió que el TG cometió un error de Derecho al atribuir a una jurisprudencia excepcional del GATT de 1947 un alcance general[439]. Por todo lo antedicho, el AG propuso al TJUE que devolviese el asunto al TG[440]. Salvo en el caso de que «[s]i, por el contrario, el Tribunal de Justicia decidiera resolver el asunto basándose en la sentencia Intertanko y otros, (…), en la que se apoyan los recursos de casación, ya no sería necesario devolver el asunto al Tribunal General»[441].

Resolviendo el recurso de casación, el TJUE decidió anular la sentencia recurrida al considerar que el artículo 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus no crea Derechos a los particulares porque no contiene ninguna obligación incondicional y suficientemente precisa que determine directamente la situación jurídica de los particulares ni tampoco puede ser invocado a efectos de apreciar la legalidad del Derecho derivado porque no responde a las excepciones de la jurisprudencia *Fediol* y *Nakajima*[442].

101. Un resumen de la jurisprudencia europea. Atendiendo a los asuntos analizados en las líneas precedentes se puede concluir que la jurisprudencia europea se

[437] Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, *Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea* v. *Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen 8 mayo 2014 [ECLI:EU:C:2014:310], para. 29.
[438] *Ibídem*, para. 49.
[439] *Ibídem*, paras. 50, 52, 54.
[440] *Ibídem*, para. 143.
[441] *Ibídem*, para. 57.
[442] Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, *Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea v. Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Sentencia TJUE (Gran Sala) 13 enero 2015 [ECLI:EU:C:2015:4], paras. 55-62. Esta misma argumentación ha sido reiterada por el TJUE en un caso similar al mecionado, *vide* Asuntos acumulados C-404/12 P y C-105/12 P, *Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea v. Stichting Natuur en Milieu y Pesticide Action Network Europe*, Sentencia TJUE (Gran Sala) 13 enero 2015 [ECLI:EU:C:2015:5], paras. 44-54.

basa en dos grandes aspectos. Por un lado, la jurisprudencia europea trata de establecer si cada tratado internacional en concreto tiene la intención de crear Derechos individuales no sólo en el ámbito internacional sino ante los distintos tribunales nacionales de los Estados signatarios del citado acuerdo para determinar sus efectos en el ordenamiento jurídico de la Unión. Por otro lado, la determinación del efecto directo de las distintas disposiciones internacionales adoptadas por la UE se basa en la propia naturaleza de cada tratado internacional y a sus características en el ámbito internacional. En primer lugar, la jurisprudencia europea parece aceptar que las partes contratantes determinen el efecto directo de un tratado internacional en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. En segundo lugar, si las partes contratantes no determinaron expresamente dicho efecto directo, en el ámbito del ordenamiento jurídico europeo, será el Tribunal de Justicia la institución encargada de valorar dicho efecto. En este último supuesto, la jurisprudencia europea ha elaborado multitud de argumentos en base a las características propias los distintos tratados internacionales y la naturaleza de los mismos. Entre estos argumentos destaca la valoración positiva para reconocer el efecto directo de un determinado tratado si éste cuenta con mecanismos de solución de las controversias entre las partes contratantes que aseguren la ejecución del mismo y que, en definitiva, ayudan a aclarar los argumentos de naturaleza y objetivos de los tratados internacionales desarrollados por el Tribunal. La existencia de un mecanismo de solución de diferencias refuerza, a juicio de la jurisprudencia europea, el hecho de que las partes contratantes quisieron asegurar el cumplimiento de dicho tratado y por tanto su aplicabilidad directa dentro de la UE[443].

102. El efecto directo del Derecho europeo y el efecto directo del Derecho internacional. Los conceptos de efecto directo del Derecho europeo y de efecto directo de los acuerdos internacionales deben entenderse de distinto modo. Tal y como se ha señalado en el presente apartado, el Derecho europeo en su conjunto puede tener efecto directo, cuando la norma europea de que se trate sea clara, precisa e incondicional. No sucede así en el caso de los acuerdos internacionales que vinculan a la Unión. Las partes firmantes de los acuerdos si así lo convienen pueden atribuirles o no efecto directo. En efecto, «con arreglo a los principios del Derecho internacional, las instituciones

[443] BONAFÉ, B.I., «Direct Effect of International Agreements in the EU legal order: Does it depend on the existence of an International Dispute Settlement Mechanism?» en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, pp. 239-241.

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»[444]. Si el acuerdo no regula explícitamente esta cuestión, corresponderá al poder judicial de cada parte contratante determinarlo. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta entonces que un acuerdo internacional sólo tiene efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario si cumple el doble requisito de que su tenor, naturaleza y sistema no se opongan a la posibilidad de invocarlo y de que las estipulaciones invocadas sean, a la luz tanto del objeto y de la finalidad del acuerdo como de su contexto, suficientemente precisas e incondicionales, es decir, contengan una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordine a la adopción de acto ulterior alguno[445].

[444] Asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 23 noviembre 1999 [ECLI:EU:C:1999:574], para. 24.
[445] Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 20 febrero 2008 [ECLI:EU:C:2008:98], para. 27.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA VINCULACIÓN ENTRE LA UE Y EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO

I. La participación de la UE en el GATT/OMC

1. La participación de la UE en el GATT de 1947

103. La participación de la UE en la creación del GATT de 1947. El GATT fue el precedente histórico de la OMC. La CEE no era parte contratante original de dicho acuerdo porque no existía al entrar en vigor éste el 1 de enero de 1948. En cambio, todos los Estados miembros fueron partes contratantes del GATT y mantuvieron tal condición hasta el 1 de enero de 1995 en que se constituyó la OMC[446].

104. La participación de la UE: Comité 133. Desde 1970 hasta el 1 de enero de 1995, la Comisión de la CEE asumió la representación y fue portavoz de los Estados miembros, que si inicialmente fueron seis, al final de ese período se habían convertido en doce. El método de trabajo interno utilizado fue el previsto en el artículo 113 del Tratado de Roma. La Comisión era siempre el agente actor, pero existiendo una previa coordinación en el seno de un comité especial constituido por todos los Estados miembros, y en los cuales cada uno de ellos hacía presentes sus puntos de vista, denominado Comité 113. La Comisión, en toda reunión formal del GATT de 1947, iba acompañada del representante del Estado miembro que en ese momento ostentaba la presidencia, pudiendo acudir sola a reuniones informales en las cuales se dialogaba o se negociaba con alguna o algunas partes contratantes[447].

105. La participación de los Estados miembros en el GATT de 1947. En el GATT de 1947, los doce Estados miembros de la CEE únicamente manifestaban o ponían en evidencia su calidad de parte contratante en tres procedimientos. En el Comité de Asuntos Administrativos y Presupuestarios del GATT de 1947, puesto que se calculaba la cuota en base a los a los porcentajes de comercio exterior que cada parte tenía en el comercio mundial. Si se hubiera aceptado que fuera la CEE, habría quedado excluido del cómputo del comercio internacional el comercio intracomunitario y

[446] ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A.; DÍAZ MIER, M. A., *Política Comercial Exterior de la Unión Europea, op. cit.*, p. 114; HUESH, Ching-Wen, *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, pp. 83-84.

[447] ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A.; DÍAZ MIER, M. A., *Política Comercial Exterior de la Unión Europea, op. cit.*, p. 117. El artículo 113 del Tratado de Roma pasó a constituir el artículo 133 del TCE tras la reforma de Maastricht (1992) y en la actualidad constituye el artículo 207 del TFUE.

reducida de esa forma la participación de los gastos por los Estados miembros de la CEE a expensas de las otras partes. En el ejercicio del Derecho de voto, bien para admitir una nueva candidatura de un país o territorio como parte contratante o bien para otorgar una derogación al régimen general del Acuerdo General. No obstante, en ambos casos la participación del voto carecería de importancia, porque debatido el problema de fondo en el seno de un órgano permanente del GATT de 1947 o en un grupo de trabajo *ad hoc*, el ejercicio del Derecho de voto tenía sólo carácter formal, actuando los Estados miembros de forma consecuente con la posición mantenida anteriormente en el debate de fondo dentro de la CEE. En la invocación de la excepción por medios de seguridad prevista en el GATT de 1947, para dejar de aplicar el sistema cooperativo basado en el Acuerdo General a toda parte contratante cuya actuación pusiera en peligro la seguridad de otra partes contratante. Así, por ejemplo, con ocasión del conflicto del conflicto Falkland/Maldivas entre Argentina y Reino Unido, ocho Estados miembros de la CEE invocaron las normas previstas para suspender del trato Acuerdo General al comercio con Argentina; únicamente Italia no se alineó con esa petición y siguió concediendo trato dentro del marco del GATT de 1947 al comercio ítalo-argentino[448].

Desde la óptica de las partes contratantes del GATT de 1947 había doce Estados miembros que era partes contratantes, y cuyo portavoz era el representante de la Comisión de la CE, que precisamente no era parte contratante y ejercía todas las prerrogativas inherentes a una parte contratante, excluyendo el Derecho al voto. La presencia de la CEE en el GATT de 1947 se justifica jurídicamente por haberse extendido el Acuerdo General a esa unión aduanera y haberse consentido el que ejerciera las funciones de parte contratante aceptándolo *de facto* todas las demás partes contratantes. Por ello, la justificación se encuentra en la costumbre como fuente de Derecho, la cual sirve para completar e interpretar el Derecho escrito contenido en los acuerdos, en este caso el Acuerdo General[449]. Dentro de la propia CE esta cuestión se suscitó en el asunto *International Fruit Company* donde el TJCE se pronunció sobre la

[448] ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A.; DÍAZ MIER, M. A., *Política Comercial Exterior de la Unión Europea, op. cit.*, pp. 118-119.
[449] *Ibídem*, p. 119.

sucesión que se produjo a favor de la UE por los Estados miembros como parte contratante *de facto*[450].

Tanto en el seno del Acuerdo Multifibras de 1973 para reglamentar el comercio de los productos textiles y de confección; como en los códigos que surgieron al final de la Ronda Tokio (1973-1979), bien para reglamentar ciertas barreras al comercio internacional bien para regular algún comercio sectorial de los mismos, fue firmante la Comisión en nombre de la CEE y de sus Estados miembros[451]. Por tanto, la CEE era parte contratante por entero en el seno del Acuerdo Multifibras y de los códigos que surgieron al finalizar la Ronda Tokio (Antidumping, Subvenciones y Medidas Compensatorias, Obstáculos Técnicos, Valor en Aduana, Compras Públicas, Licencias de Importación, Productos Lácteos, Carne de Bovino y Aeronaves Civiles). Únicamente existía doble firma en los acuerdos sobre Compras Públicas, Obstáculos Técnicos al Comercio y en Aeronaves Civiles por existir algunos extremos de legislaciones nacionales respecto a normalización y homologación que caían fuera del espectro de competencias transferidas por los Estados miembros a la CEE[452]. Asimismo, tal como está previsto en el artículo II del GATT de 1947, desde 1970 la CEE tenía una Lista Aneja de Acuerdo General, en que se reflejaban los Derechos consolidados no ya por los Estados miembros individuales, sino por la CEE en su conjunto, aunque no fuera parte contratante. Dicha Lista Aneja del Acuerdo General era en la última fase del GATT de 1947 la Lista LXXX[453].

[450] Asuntos Acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company* (C-21/72), *Kooy Rotterdam NV* (C-22/72), *Velleman en Tas NV* (C-23/72), *Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV* (C-24/72) y *Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJCE 12 diciembre 1972 [ECLI:EU:C:1972:115]. El asunto *International Fruit Company* será analizado en un momento posterior de la presente investigación.

[451] La referencia completa del Acuerdo Multifibras se encuentra disponible en <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/texti_s/texintro_s.htm#Top> (última revisión, 22 de diciembre de 2014). Los códigos ratificados en la Ronda de Tokio se encuentran disponibles en < http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm> (última revisión, 22 de diciembre de 2014).

[452] ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A.; DÍAZ MIER, M. A., *Política Comercial Exterior de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 117; HUESH, Ching-Wen, *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, p. 84.

[453] ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A.; DÍAZ MIER, M. A., *Política Comercial Exterior de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 117-118.

2. La participación de la UE en la OMC

106. La adopción del Acuerdo sobre la OMC por la UE. De conformidad con el párrafo 1 del artículo XI del Acuerdo sobre la OMC

> «Las partes contratantes del GATT de 1947 en la fecha de la entrada en vigor del presente Acuerdo, y las Comunidades Europeas, que acepten el presente Acuerdo y los Acuerdos Comerciales Multilaterales y para las cuales se anexen Listas de Concesiones y Compromisos al GATT de 1994, y para las cuales se anexen Listas de Compromisos Específicos al AGCS, pasarán a ser Miembros iniciales de la OMC».

La UE es signataria y miembro de la OMC, al igual que sus Estados miembros[454]. En el momento en que la UE y los Estados miembros fueron competentes para concluir el ADPIC y el AGCS, el Acuerdo sobre la OMC (en conjunto) fue concluido como un acuerdo mixto[455].

El ejercicio del Derecho al voto dentro de la OMC muestra la especificidad de la participación de la UE la OMC. El párrafo 1 del artículo IX establece que «(…). Cuando las Comunidades Europeas ejerzan su Derecho de voto, tendrán un número de votos igual al número de sus Estados miembros[456] que sean Miembros de la OMC. (…)»[457].

Por la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la conclusión en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) [Diario Oficial L 336 de 23.12.1994], el Consejo adoptó, en nombre de la Comunidad Europea y en el límite de sus competencias, los resultados de las negociaciones de la Ronda Uruguay que se inscribieron en el Acta Final de Marrakech que los representantes de la Comunidad Europea y de los Estados Miembros firmaron en Marruecos el 15 de abril de 1994.

En el seno de la UE, en la Decisión 94/800 del Consejo de 22 de diciembre de 1994 relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta

---

[454] *Ibídem*, pp. 119-120.
[455] CRAIG, P.; DE BURCA, G., *EU Law. Text, cases and materials, op. cit.*, p. 321.
[456] El número de votos de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros no excederá en ningún caso del número de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.
[457] Lo que supone actualmente veintiocho votos (úlitma revisión, 25 de mayo de 2014).

a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994), se recoge expresamente que «considerando que por su propia naturaleza el Acuerdo por el que se crea la OMC, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros»[458]. Sin embargo, el citado documento («*political statements*») no afecta a la jurisdicción de la UE ni de los Estados miembros para interpretar y aplicar las normas de la OMC[459].

El Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994 fue el fruto del conflicto entre las diferentes interpretaciones propugnadas por Comisión y Consejo en relación con quién era competente para concluir los Acuerdos de la Ronda Uruguay. En opinión de la Comisión, el artículo 113 del TCE otorgaba competencia exclusiva a la Comunidad, lo que, dado el amplísimo contenido de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, que desbordaban claramente los límites de lo estrictamente comercial para adentrarse en el ámbito de los servicios y de la propiedad intelectual, implicaría prácticamente una atribución de competencia exclusiva a la Comunidad en materia de relaciones económicas exteriores. El Consejo, en cambio, entendía que los Acuerdos abarcaban aspectos que iban más allá de lo incluido en la política comercial común y que por tanto la conclusión correspondía de forma conjunta a la Comunidad y a sus Estados Miembros. El TJCE finalmente decidió que, aparte de una serie de competencias implícitas comunitarias derivadas de la competencia comunitaria para la adopción de ciertos actos internos, la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de política comercial que se deriva del artículo 113 abarcaba sólo los intercambios internacionales de mercancías y los suministros transfronterizos de servicios (asimilables a los intercambios de mercancías), así como el despacho a libre práctica de mercancías con usurpación de marca. Sin embargo, todas las demás modalidades de prestación de servicios (consumo en el extranjero, presencia comercial o presencia de personas físicas) y todo lo restante relativo a propiedad intelectual no están cubiertos por la competencia exclusiva comunitaria. En consecuencia, el Tribunal dejó claro que muchos aspectos que se entiende forman parte de la política comercial por el hecho de

[458] Los documentos oficiales de la Ronda de Uruguay están disponibles en el Diario Oficial n° L 336 de 23/12/1994 p. 0001-0002.
[459] Asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 23 noviembre 1999 [ECLI:EU:C:1999:574], para. 20.

estar relacionados con el comercio, no forman parte de la competencia comunitaria exclusiva a la que se aplica el criterio de mayoría cualificada a la hora de decidir, sino que son en gran medida competencia de los Estados Miembros, por lo que las decisiones habrán de ser tomadas por unanimidad. Ello se justifica por referirse esos aspectos a otras realidades económicas distintas del puro comercio, como el movimiento de personas o la inversión en el extranjero[460].

107. La participación institucional de la UE en la OMC. El Derecho de legación activo consiste en la facultad que tiene la UE de enviar representantes ante terceros estados y organizaciones internacionales. La única previsión expresa establecida en el TUE a estos efectos viene recogida en apartado 3 del artículo 27 del TUE que prevé un Servicio Europeo de Acción Exterior, aunque no existe ninguna disposición explícita relativa al Derecho de legación activo y pasivo[461].

El Derecho de legación activo encuentra originariamente su fundamento en una práctica de la Comisión consistente en el establecimiento de delegaciones exteriores sobre la base del poder de organización interna de esta institución y, sobre todo, de la aceptación de los terceros Estados y organizaciones internacionales. En el caso concreto de la OMC la UE es Miembro de la misma junto con sus Estados miembros, lo que constituye una manifestación singular del alcance y contenido de su personalidad internacional[462].

Con relación a las delegaciones de la UE en el exterior, tanto el Parlamento Europeo como la Comisión adoptaron en los últimos dos lustros diversas iniciativas[463]. Estas iniciativas estaban orientadas claramente a la preparación del terreno para la formación de lo que ahora es el Servicio Europeo de Acción Exterior, previsto en el

[460] Para un revisión general de la participación de la UE en los momentos de la creación de la OMC *vide* EMILIOU, N.; O'KEEFFE, D. (ed.), *The European Union and World Trade Law. After the GATT Uruguay Round*, Wiley, New York, 1996. Para continuar con el análisis de la participación de la UE dentro de la OMC puede ser intersante el estudio de su actuación dentro de la Ronda de Doha, *vide*, entre otros, HOFMANN, R.; TONDL, G. (eds.), *The European Union and the WTO Doha Round*, Nomos, Baden-Baden, 2007.
[461] MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE*, *op. cit.*, p. 515.
[462] *Ibidem*, pp. 515-517.
[463] COMISIÓN EUROPEA, *Talking Europe to the World. 50 Years of the European Commission's External Service*, OPOCE, Bruselas, 2004, disponible en <http://www.eeas.europa.eu/delegations/docs/50_years_brochure_en.pdf>, citado en *ibídem*, p. 516, nota a pie de página 4.

mencionado apartado 3 del artículo 27 del TUE. En efecto, a través de una Decisión 26 de julio de 2010, el Consejo estableció la organización y funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior, con la intención de integrar los servicios de la Comisión y del Consejo implicados en la acción exterior, dando lugar a un servicio *sui generis*, funcionalmente autónomo, cercano así a una institución aunque dependiente del Alto Representante[464].

Junto a una administración central, el Servicio Europeo de Acción Exterior, que también involucra a personal diplomático de los Estados miembros en calidad de agentes temporales, se conforma por el conjunto de las delegaciones de la Unión, que ahora quedan bajo la autoridad del Alto Representante, y su función consiste en representar a la UE ante terceros Estados y organizaciones internacionales. La transición hacia las nuevas delegaciones de la Unión está siendo más compleja en las sedes multilaterales, por ejemplo en el caso de la OMC, y también ha generado ciertos problemas competenciales con la Comisión, que sigue reteniendo responsabilidades con relación a esas delegaciones[465].

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión se sustentaban en el Comité especial del artículo 207 del TFUE (antiguo artículo 133 del TCE), denominado Comité 207. Para la ejecución de la política comercial la Comisión presentará propuestas al Consejo, dentro del ámbito del Consejo les corresponde a los Estados miembros autorizar a la Comisión a iniciar las negociaciones necesarias. La Comisión llevará a cabo las mismas con la asistencia del Comité 207 designado por el Consejo en dicha tarea y en el marco de las directrices que

[464] *Ibidem*, p. 516. La referencia oficial de la Decisión por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior es Decisión del Consejo de 26 de julio de 2010 por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior (DO, serie L, nº 201, de 3 de agosto de 2010)..

[465] *Ibidem*, p. 516. El enlace de la página web oficial del SEAE se recoge a continuación, <http://eeas.europa.eu/what_we_do/index_es.htm> (última revisión, 06 de junio de 2014). En torno a una evalución y funcionalimiento del SEAE, *vide* European External Action Service, *Report by the High Representative to the European Unión Parliament, the Council and the Commission*, 22 de diciembre de 2011, apdo. 16, disponible en http://www.eeas.europa.eu/images/top_stories/2011_eeas_report_cor_+_formatting.pdf (última revisión, 25 de mayo de 2014).

los Estados miembros puedan dirigirle. La Comisión está obligada a informar al Consejo sobre la marcha de las negociaciones[466].

108. La UE en el SSD de la OMC. La forma en que los Miembros de la OMC organicen su capacidad de demanda/defensa y las instituciones implicadas para ello es una decisión soberana y por tanto es una cuestión ajena a la Organización. La UE es un Miembro muy activo en el SSD de la OMC. Desde su creación en 1995 con la entrada en vigor del Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC por el que se establece el «Entendimiento de Solución de Diferencias», la UE ha participado como reclamante en 91 casos, como demandado en 77 casos y como tercero en 143 casos[467].

109. La determinación de la responsabilidad internacional de la UE. La personalidad jurídica internacional de la UE comprende la capacidad para ser sujeto activo y pasivo de la responsabilidad internacional. La Unión puede hacer valer sus

[466] GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J. C., «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria», *op. cit.*, p. 91-95. Las referencias de este artículo han sido actualizadas en base a la normativa vigente en la UE (26 de marzo de 2014, última revisión).

[467] Para una revisión de todas las diferencias presentadas por los Miembros de la OMC *vide* <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm> (última revisión, 01 de mayo de 2014). La bibliográfica sobre la actividad y el papel de la UE en el SSD de la OMC es muy abundante *vide*, entre otros, BARONCINI, E., «The European Community and the Diplomatic Phase in the WTO Dispute Settlement Understanding», en EECKHOUT, P.; TRIDIMAS, Y. (dir.), *Yearbook of European Law, Oxford University Press*, 1998; BILLIET, S., «The EC and WTO Dispute Settlement: The Initiation of Trade Disputes by the EC», *European Foreign Affairs Review*, 2005, Vol. 10, Núm. 3, pp. 197-214; BLÁZQUEZ NAVARRO, I., Integración europea y diferencias comerciales en la OMC, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 241, 254-268, 277-296; BLIND, O., «La stratégie communautaire dans l'Organisation Mondiale du Commerce», *Journal de droit international*, Vol. 1, 2006, p. 97; CEBADA ROMERO, A., La Organización Mundial del Comercio y la Union Europea, La Ley, Madrid, 2002, pp. 143-148; COTTIER, T., «Dispute Settlement in the WTO, Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, Núm. 3, 1998, pp. 333-350; HUGHES, «The WTO Dispute Settlement System – From Initiating Proceedings to Ensuring Implementation: What Needs Improvement?», en BOHANES, J.; SACERDOTI, G.; YANOVICH, A., *The WTO at ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, World Trade Organization, Geneva, 2006, pp. 193-234; JANSEN, «El papel de la Unión Europea en la solución de las diferencias comerciales de la OMC», en REMIRO BROTONS, A.; ESPÓSITO, C. (ed.), La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 145-158; LEAL-ARCAS, R., *Theory and practice of EC external trade law and policy*, Cameron May, London, 2008; NUGENT, N., *The European Commission*, Palgrave, New York, 2001; NUTTAL, S.; NOËL, E., «The Functioning of the Commission on the EC's», *In Memoriam J.D.B. Mitchell*, Sweet and Maxwell, Cambridge, 1983; REINALDA, B.; VERBEEK, B. (ed.), *Decision making within international organizations*, Routledge, London, 2004; ROSAS, A., «International Dispute Settlement: EU Practice and Procedures», *GYBIL*, Vol. 46, 2003, pp. 284-322; SHAFFER, G., «What's New in the EU Trade Dispute Settlement? Judicialization, Public-Private Partnership and the WTO Legal Order», *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, Núm. 6, 2006, pp. 832-850; TORRENT, R., «La participación de la Comunidad Europea y los Estados miembros en la OMC. Discusión a partir de tres casos concretos: servicios financieros, servicios básicos de telecomunicaciones y normas sociales básicas», en REMIRO BROTONS, A.; ESPÓSITO, C. (ed.), *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo, Dykinson, Madrid*, 2001, pp. 140-141.

Derechos mediante una reclamación internacional y responder por la comisión de hechos ilícitos o de hechos lícitos causantes de daños en los supuestos de responsabilidad objetiva[468].

En la práctica, el modelo de distribución de competencias entre los Estados miembros y la UE plantea el problema de la determinación, en cada caso, del sujeto activo o pasivo de la relación jurídica de responsabilidad internacional. La cuestión sigue siendo un elemento controvertido en las relaciones exteriores de la UE y parece ha sido planteada ante el TJUE en el asunto *Kupferberg* y el asunto *Demirel*, de 1982 y 1987 respectivamente, que serán analizados en un momento posterior en la presente investigación[469]. Los terceros Estados (Estados no miembros de la UE) tienden a exigir la previsión en los acuerdos de la responsabilidad solidaria para asegurarse su posición en cada materia, siguiendo el modelo de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982[470].

En el ámbito concreto del SSD de la OMC, cuando alguno de los Miembros de la Organización quiere iniciar una diferencia contra la UE se puede dar una cierta indeterminación entre las responsabilidades asumidas por la UE y las asumidas por sus Estados miembros en las distintas materias reguladas por los acuerdos abarcados. Por este motivo, en muchos casos los reclamantes inician una diferencia tanto contra la UE como contra sus Estados miembros[471]. En un intento de superar esta situación se baraja incluso la posibilidad de desarrollar un código de conducta para clarificar la

[468] MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE, op. cit.*, p. 519.
[469] Asunto C-104/81, *Hauptzollamt Mainz (Administración Principal de Aduanas de Mainz) v. C. A. Kupferberg & Cie KG a.A., Mainz*, STJCE 26 octubre 1982 [ECLI:EU:C:1982:362]; Asunto C-12/86 *Meryem Demirel* v. *Stadt Schwäbisch Gmünd*, STJCE 30 septiembre 1987 [ECLI:EU:C:1987:400], citado en MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE, op. cit.*, p. 519, nota a pie de página 11. Ambas sententencias han sido comentadas en apartados precedentes de la presente investigación.
[470] MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE, op. cit.*, p. 519. La referencia oficial de la Convención sobre el Derecho del Mar es Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, «BOE» núm. 39, de 14 de febrero de 1997, pp. 4966 - 5055.
[471] Las diferencias en las que la UE es parte reclamante serán analizadas en un momento posterior de la presente investigación. En ese momento se verá de manera práctica la problemática que se acaba de señalar.

responsabilidad dentro de la Unión y fortalecer la seguridad jurídica para los terceros parte de la OMC[472].

110. La UE como parte reclamante en el SSD. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha supuesto una simplificación de las bases jurídicas que regulan la acción de la UE en materia comercial[473]. Dentro del SSD de la OMC, la Comisión ha sido más activa que otras instituciones de la UE y que los Estados miembros. La Comisión mantiene su derecho a decidir cuándo se inicia una diferencia ante el OSD, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de la información que le facilitan las empresas comunitarias, o bien porque ha recibido una demanda según lo previsto en el Reglamento de Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante, ROC)[474].

El ROC es el procedimiento interno habilitado para que los Estados miembros, industrias, empresas a título individual o asociaciones empresariales puedan instar una investigación sobre prácticas comerciales mantenidas por terceros Estados que se crean contrarias a los Acuerdos de la OMC[475].

111. La UE como parte demandada en el SSD. Cuando un Miembro de la OMC va a iniciar una diferencia contra la UE puede valorar distintas opciones ya que se puede reclamar de manera exclusiva a la Unión, se puede demandar conjuntamente a la UE y a algún Estado miembro, o se puede demandar a un Miembro de la OMC que a su vez sea Estado miembro de la UE. En este último supuesto la UE puede terminar

[472] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, p. 421, nota a pie 16. La valoración sobre la conveniencia o no del citado código de conducta para aclarar la regulación de la UE y facilitar las reclamaciones de los Miembros de la OMC en su SSD se valorará en un momento posterior de la presente investigación.

[473] *Ibídem*, p. 425. La referencia oficial del Tratado de Lisboa es Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea**,** firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, «DOUE» núm. 306, de 17 de diciembre de 2007, pp. 1 – 271.

[474] Reglamento (CE) n° 3286/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los Derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOCE, serie L, n° 349, de 31 de diciembre de 1994). Modificado por el Reglamento (CE) n° 125/2008, de 12 de febrero de 2008 que modifica el Reglamento (CE) no 3286/94 del Consejo, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los Derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE, serie L, nº 40/1, de 14 de febrero de 2008).

[475] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, p. 425, nota a pie 23.

ejerciendo el rol de parte demandada en la diferencia aunque inicialmente se solicitaron consultas con algún Estado miembro y no con la propia Unión.

112. La defensa de la UE ante el SSD de la OMC. La forma en se organice la defensa de una diferencia ante la OMC no sólo atiende a aspectos jurídicos (incumplimiento del Derecho de la OMC) sino que la parte reclamante también atenderá a elementos económico (sector económico implicado en la diferencia) y políticos (relaciones diplomáticas con la parte demandada). Retomando la clasificación planteada en líneas precedentes vamos a atender a las diferencias que se planteen de manera exclusiva contra la Unión, a aquellas en que se planteen varias partes demandantes y aquellas en las que se demande directamente a los Estados miembros. Estos tres supuestos se van a explicar sobre la base de un análisis empírico de las diferencias en las que la UE ha sido parte demanda, de alguna de las maneras señaladas, que se abordarán en un momento posterior en la presente investigación. No obstante, se esbozan a continuación *grosso modo* las líneas que se suelen seguir para la defensa europea en el SSD de la OMC.

La Comisión europea es la institución encargada de llevar a cabo la defensa de la UE en las diferencias en las que ésta es la parte demandada. En otras controversias en las que la UE es parte codemandada junto con algún Estado miembro se pueden derivar distintas posibilidades de demanda. En algunas diferencias la parte reclamante de la OMC demanda tanto a la UE como a determinados Estados miembros de la UE desde la solicitud de consultas (inicio de la diferencia). En otras diferencias la parte reclamante solicita consultas de manera separada pero por economía procesal el GE decide unificar los procedimientos de estas distintas diferencias. En estos casos de demandas solidarias, la defensa puede seguir las siguientes líneas: se puede mantener una defensa conjunta entre la Comisión y los Estados miembros durante proceso de solución de la diferencia; la defensa se ejerce exclusivamente por la Comisión y los Estados miembros únicamente participaban en el proceso ante la OMC de manera formal; la defensa se ejerce exclusivamente por la Comisión y los Estados miembros no participan en el proceso ante la OMC. Por último, en las diferencias en las que la parte demandada es algún Estado miembro de la UE se pueden derivar tres posibles modelos de defensa: la defensa puede llevarse a cabo por los propios Estados miembros de la UE; la Comisión

puede prestar apoyo en la defensa de los Estados miembros durante proceso de solución de la diferencia; o la defensa puede ejercerse de manera exclusiva por la Comisión.

113. Código de conducta. En un intento de regulación de la conducta de la UE y los Estados miembros para actuar en el SSD de la OMC, LÓPEZ BARRERO propone un código de conducta al estilo del que se había elaborado para las negociaciones de servicios financieros en mayo de 1994. En este caso la Comisión redactó una propuesta de borrador siguiendo la experiencia que se había adquirido en la FAO. El texto preveía la presencia casi exclusiva de la Unión en los ámbitos políticos y jurisdiccionales de la OMC, incluyéndose posibilidades muy limitadas de representación de los Estados miembros. El proyecto final del código se sometió a votación en mayo de 1995 pero no logró el consenso de los Estados miembros, que no estaban dispuestos a renunciar a las posibilidades de actuación individual en caso de ser necesario. La elaboración de tal código se volvió a retomar en la CIG2000, donde se debatieron distintas propuestas de modalidades de participación conjunta, que finalmente no llegaron a la luz. Partiendo de que el código de conducta no podría alterar el reparto de competencias comerciales que establecen los Tratados, puede resultar llamativo que los Estados miembros no quieran formalizar la práctica que llevan años aplicando de participación conjunta en el sistema GATT/OMC. La adopción de una norma sobre este punto podría facilitar la justificación jurídica de la actuación europea y dotar de seguridad jurídica a su funcionamiento. No obstante hasta la fecha los Estados miembros siguen mostrándose reticentes a aprobar tal normativa y prefieren continuar resolviendo la cuestión por la vía de la actuación de hecho[476].

Aunque tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la PCC sea una competencia exclusiva de la UE es conveniente que en el plano interno de la UE se mantengan canales de comunicación entre las instituciones nacionales y las instituciones europeas para tratar de garantizar un equilibrio entre la defensa y protección de los intereses nacionales y los de la Unión en el sistema multilateral de comercio[477].

[476] *Ibídem*, pp. 421-422, nota a pie 16.

[477] La posibilidad de desarrollar un código de conducta ha sido analizado por la doctrina de la mano del análisis de la demanda/defensa desarrollada por la UE en el SSD, sirva como botón de muestra la siguiente, COTTIER, T., «Dispute Settlement System in the WTO, Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, 1998, Núm. 3, pp. 333-350; KUIJPER, P.J., «The new WTO Dispute Settlement System: the Impact on the Community», en

II. La posición del Derecho del GATT/OMC dentro del ordenamiento jurídico europeo

1. La posición del GATT de 1947

114. Introducción a la posición y los efectos de la regulación del sistema multilateral del comercio en la UE. En el presente apartado se analizará la posición y los efectos jurídicos del GATT de 1947 y del Derecho de la OMC, como sucesor del anterior, dentro del ordenamiento jurídico de la UE. Esta cuestión se puede dividir en dos. Primero, si el GATT de 1947 antes y el Derecho de la OMC después (Derecho internacional) son parte del ordenamiento jurídico de la Unión y la posición que ocupan las disposiciones del GATT de 1947 y del Derecho de la OMC en la UE. Segundo, si el GATT de 1947 primero y las provisiones del Derecho de la OMC después tienen efecto directo como el Derecho internacional dentro de la UE.

Es importante recordar que en la presente investigación el concepto de «Derecho de la OMC» integra todo el sistema normativo de la OMC, compuesto por el Acuerdo sobre la OMC, sus anexos así como el resto de decisiones y actos normativos adoptados por los cauces que imponen las normas de la propia Organización. La posición y los efectos de los elementos normativos que forman el Derecho de la OMC pueden ser diferentes dentro del ordenamiento jurídico de la UE. Por este motivo, en la presente investigación se va a proceder a un análisis diferenciado entre la posición y los efectos del Acuerdo sobre la OMC en el Derecho de la UE, por un lado, y la posición y los efectos de los informes adoptados para la solución de diferencias, por otro.

115. La UE ante el GATT de 1947. La UE estaba obligada por el GATT de 1947 de igual manera que lo estaban sus Estados miembros tal y como se recoge en el artículo 307 TFUE (antiguo 234 del TCEE). El artículo 351 del TFUE (antiguo artículo 307 del TCE) establece que

> «Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los Derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan

---

BOURGEOIS, J. H. J.; BERROD, F.; GIPPINI FOURNIER, E. (dir)., *The Uruguay Round Results, A European Lawyer's Perspective,* European University Press, Bruxelles, 1995; NI CHATHAIN, C., «The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?», *European Law Journal*, Vol. 5, Núm. 4, 1999, pp. 461-478.

adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros»[478].

116. Sucesión de la UE respecto de sus Estados miembros en el marco del GATT de 1947. El TJCE evitó reconocer que el GATT de 1947 formase parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE en base al hecho de que el GATT de 1947 había entrado en vigor antes del establecimiento de la CEE por el Tratado de Roma el 1 de enero de 1958[479]. Sin embargo, en el asunto *International Fruit Company*, el TJCE aceptó que ciertas disposiciones del GATT de 1947 eran obligatorias para la UE aunque ésta no fuese originariamente una Parte contratante[480].

En el momento de ratificar el TCEE, los Estados miembros estaban vinculados por el GATT de 1947[481]. Los Estados miembros manifestaron su voluntad de respetar las obligaciones derivadas del GATT de 1947 y esa voluntad se desprende también del párrafo primero del artículo 234 del TCEE (actual artículo 351 del TFUE)[482]. La UE adquirió competencias en las materias reguladas por el GATT de 1947 ya que en virtud de los artículos 111 y 113 del Tratado, la Unión asumió las funciones inherentes a la

[478] El artículo 351 del TFUE, en vigor tras el Tratado de Lisboa, sigue la línea del artículo 234 del TCEE y del artículo 207 del TCE tras la nueva numeración del Tratado de Ámsterdam.
[479] Esta posición de la jurisprudencia europea está en la línea de lo establecido en el actual artículo 351 del TFUE.
[480] Asuntos Acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company* (C-21/72), *Kooy Rotterdam NV* (C-22/72), *Velleman en Tas NV* (C-23/72), *Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV* (C-24/72) y *Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJCE 12 diciembre 1972 [ECLI:EU:C:1972:115], paras. 10-18.
[481] *Ibídem*, para. 10.
[482] *Ibídem*, paras. 12, 13.

política arancelaria y comercial[483]. Ante esta situación el TJCE entendió «(…) que, al conferir dichas competencias a la Comunidad, los Estados miembros demostraron su intención de que quedara vinculada por las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo General»[484].

Además el TJCE reconoció que las demás Partes contratantes del GATT de 1947 reconocieron la participación de la Unión a través de sus propias instituciones[485]. Por lo antedicho, el TJCE concluyó que «(…) las disposiciones de dicho Acuerdo son vinculantes para la Comunidad, en la medida que, en virtud del Tratado CEE, la Comunidad ha asumido competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Acuerdo General»[486].

En consecuencia, el TJCE sentenció que la UE había sucedido en el cumplimiento de las obligaciones de sus Estados miembros ante el GATT de 1947 en base a la competencia exclusiva de la UE en política arancelaria y comercial[487].

2. La posición del Acuerdo sobre la OMC dentro de la UE: ¿monismo o dualismo en el ámbito del sistema multilateral del comercio?

117. El Acuerdo sobre la OMC en el ordenamiento jurídico de la UE. El párrafo 2 del artículo 216 del TFUE inclina el ordenamiento jurídico de la UE hacia un sistema monista. De acuerdo con dicho artículo, los tratados internacionales válidamente ratificados por la Unión son automáticamente incorporados al Derecho de la UE e integran el ordenamiento jurídico de la UE. Sin embargo, estos tratados internacionales no adquieren primacía sobre el Derecho primario de la Unión, donde se incluyen los principios generales del Derecho europeo, sino sólo sobre el Derecho derivado de la UE. Sin embargo, la posición del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico europeo analizada hasta este momento en la presente

[483] *Ibídem*, para. 14.
[484] *Ibídem*, para. 15. En el presente asunto el TJCE utiliza la expression «Acuerdo General» para referirse a lo que en la presente investigación se ha denominado GATT de 1947.
[485] *Ibídem*, paras. 16, 17.
[486] *Ibídem*, para. 18.
[487] OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, op. cit., p. 94.

investigación no se mantiene cuando se trata del ámbito concreto del Derecho comercial internacional regulado por el Derecho de la OMC[488].

El párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC dispone que «Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Multilaterales") forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros». Además, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC establece que «Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos». Sin embargo, la implementación y por tanto el cumplimiento de estas obligaciones se deja a los Miembros de la Organización. Asimismo, cada Miembro determinará el efecto jurídico del Acuerdo sobre la OMC y por extensión del Derecho de la OMC en su respectivo ordenamiento jurídico interno[489].

El reparto competencial dentro de la UE supone una dificultad potencial en el relación con el Acuerdo sobre la OMC ya que algunas materias del Acuerdo pueden recaer sobre competencias exclusivas de la Unión, otras pueden recaer dentro de competencia nacionales y en otros casos dentro de competencias mixtas. Esta distinción entre competencias exclusivas y compartidas es importante para analizar la posición y los efectos del Derecho de la OMC en el entramado normativo de la UE[490]. El hecho de que algunas materias de las que se regulan en el Acuerdo sobre la OMC recaen sobre competencias mixtas entre la UE y sus Estados miembros, no excluye la jurisdicción de los tribunales europeos para interpretar las provisiones de dichos acuerdos[491]. De hecho, el TJCE ha asumido la capacidad de interpretar tanto las áreas de competencia exclusiva como los ámbitos de competencias mixtas [492] . En las líneas subsiguientes se

[488] *Ibídem*, p. 93. En el presente apartado se va a analizar esta cuestión sobre los efectos del Derecho de la OMC dentro del ordenamiento jurídico de la UE aportándose bibliografía específica para responderla. No obstante, para una visión general de la cuestión puende verse, entre otros, *ibídem*, «Chapter 5. The WTO and the EU», pp. 79-111.
[489] *Ibídem*, p. 94.
[490] *Ibídem*, pp. 94-95.
[491] Asunto C-53/96, *Hermès International* vs. *FHT Marketing Choice BV.*, STJCE 16 junio 1998 [ECLI:EU:C:1998:292], para. 31.
[492] OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, *op. cit.*, 2012, pp. 95-96.

profundizará en la jurisprudencia del Tribunal de la Unión sobre la posición del Acuerdo sobre la OMC en el ordenamiento jurídico de la Unión.

118. Jurisprudencia europea sobre la posición del Acuerdo sobre la OMC en la UE. En el asunto *Hermès* el TJCE recibió una petición de decisión prejudicial sobre el ADPIC. La cuestión planteada se refería al concepto de «medida provisional» y a los efectos del artículo 50 del ADPIC, en el contexto de una acción de la empresa Hermès para proteger sus Derechos de autor y su marca registrada[493].

El TJCE entendió que, en la medida en que la Unión era parte del ADPIC y dicho Acuerdo se refería a la marca comunitaria, tenía jurisdicción para aplicar la disposición en cuestión y que dicha interpretación tendrá que ser tenida en cuenta por los Tribunales nacionales cuando tengan que aplicar normas nacionales para ordenar medidas provisionales con el objeto de proteger los Derechos derivados de una marca comunitaria[494]. El TJCE declaró que:

> «Por otra parte, cuando una disposición puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho nacional como a situaciones regidas por el Derecho comunitario, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de julio de 1997, Giloy, C-130/95, Rec. p. I-4291, apartado 28, y Leur-Bloem, C-28/95, Rec. p. I-4161, apartado 34). En el presente asunto, tal como se señala en el apartado 28 *supra*, el artículo 50 del Acuerdo ADPIC se aplica tanto a las marcas comunitarias como a las marcas nacionales»[495].

La sentencia del asunto *Hermès* parecía llevar a la conclusión de que la necesidad de una interpretación conforme otorgaba competencia al TJCE para conocer de cualquier asunto independientemente de si se tratase de una competencia exclusiva o compartida[496]. En el caso de autos y en la misma línea que la justicia europea, el

[493] Asunto C-53/96, *Hermès International* vs. *FHT Marketing Choice BV.*, STJCE 16 junio 1998 [ECLI:EU:C:1998:292], paras. 12-21.
[494] *Ibídem*, para. 28.
[495] *Ibídem*, para. 32.
[496] CASTILLO DE LA TORRE, F., «OMC, Competencia prejudicial y Efecto Directo – La Sentencia *Dior/Assco*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 5, Núm. 9, 2001, pp. 282-284; OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, *op. cit.*, p. 96.

Abogado General Sr. Guiseppe TESAURO argumentó que una interpretación uniforme era necesaria para proteger los intereses de la Unión[497].

III. La efectividad del Derecho del sistema multilateral del comercio en la UE

119. Introducción a la cuestión del efecto directo respecto de las normas reguladoras del sistema multilateral del comercio. Una vez determinado que los Acuerdos suscritos en el marco de la OMC son obligatorios para la UE y sus Estados miembros habrá que aclarar el efecto que les confiere el Derecho (interno) europeo. Avanzando en el análisis de la cuestión del efecto directo habrá que determinar si la justicia europea utiliza el Derecho de la OMC como parámetro de validez dentro del ordenamiento jurídico (interno) de la UE y responder a la cuestión de si la jurisdicción europea y las jurisdicciones nacionales entienden que el Derecho de la OMC crea Derechos para los individuos.

Aunque desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia europea sostuvo que ni el GATT de 1947 ni el Acuerdo sobre la OMC tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico de la UE, en la presente investigación se pretende analizar la línea argumental defendida por la justicia europea. Para dicho análisis se confrontarán algunos asuntos con las conclusiones de los Abogados Generales y con la propia doctrina y por último se recopilarán los posibles virajes que se están produciendo en los últimos años en la jurisprudencia del Tribunal.

1. *La efectividad del GATT de 1947 dentro del ordenamiento jurídico europeo*

120. Jurisprudencia europea sobre el efecto directo del GATT de 1947: primeros asuntos. En relación con el GATT se han presentado ante la justicia europea alrededor de un centenar de asuntos[498]. A continuación se pretenden analizar los asuntos paradigmáticos que hayan suscitado la cuestión del efecto directo del GATT de 1947 en

[497] Asunto C-53/96, *Hermès International* vs. *FHT Marketing Choice BV.*, Conclusiones del Abogado General Sr. SR. Giuseppe Tesauro 13 de noviembre de 1997 [ECLI:EU:C:1997:539], paras. 14-20.
[498] La cifra de los asuntos que se han suscitado ante la justicia europea respecto a la efectividad directa del GATT de 1947 se ha obtenido de una búsqueda en Curia con «GATT» como palabra que apareciese en el texto y en un intervalo temporal que va desde la entrada en vigor del GATT de 1947 hasta la creación de la OMC <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/> (última revisión, 9 de junio de 2014).

el ordenamiento jurídico europeo y la posición de la jurisprudencia europea respecto a ellos[499].

121. Asunto *Comisión* v. *Italia*. En los primeros asuntos, el TJCE aplicó el GATT de 1947 sólo para las relaciones de los Estados miembros con países terceros. El asunto *Comisión* v. *Italia* (recurso por incumplimiento), el TJCE entendió que sólo se podía aplicar el artículo 234 del TCEE (actual artículo 351 del TFUE) a los acuerdos internacionales concluidos entres los Estados miembros y países terceros[500]. Sin embargo, el TJCE determinó que «(…), el Tratado CEE prevalece, en las materias que regula, sobre los Convenios celebrados antes de su entrada en vigor entre los Estados miembros, incluidos los Convenios celebrados en el marco del GATT»[501].

En este asunto concreto en relación con la implementación del arancel aduanero común, el TJCE concluyó afirmando que

> «(…) la forma en que los Estados miembros llevan a cabo entre sí la disminución de los Derechos de aduana no puede ser discutida por los terceros Estados, dado que ese desarme aduanero se realiza de conformidad con las disposiciones del Tratado y no lesiona los Derechos que los terceros Estados ostentan por los Convenios en vigor»[502].

122. Asunto *International Fruit Company*. En el asunto *International Fruit Company*, el TJCE se escudó en la acentuada flexibilidad de las disposiciones del GATT de 1947 y en el hecho de que éste estaba conformado por compromisos

---

[499] Sobre el efecto directo del GATT de 1947 en el sistema jurídico europeo *vide*, entre otros, BERKEY, J., «The European Court of Justice and Direct Effect of GATT: A Question worth Revisiting», *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, pp. 626-657.; CASTILLO DE LA TORRE, F., «The Status of GATT in EC Law Revisited - The Consequences of the Judgment on the Banana Import Regime for the Enforcement of the Uruguay Round Agreements», *Journal of World Trade*, Vol. 29, Núm. 1, 1995, pp. 53-68; HILF, M.; JACOBS, F. G.; PETERSMANN, E. U. (ed.), *The European Community and GATT*, Kluwer, Deventer/The Netherands, 1986; LEE, P; KENNEDY, B. «The Potential Direct Effect of GATT in European Community Law», *Journal of World Trade*, Vol. 30, Núm. 1, 1996, pp. 67-89.; MONTAÑA I MORA, M., «*Equilibrium*. A Rediscovered Basis for the Court of Justice of the EC to Refuse Direct Effect to the Uruguay Round Agreement?», *Journal of World Trade*, Vol. 30, Núm. 5, 1996, pp. 43-59; OSTERHOUDT BERKEY, J. «The European Court of Justice and Direct Effect of GATT: A Question worth Revisiting», *European Journal of International Law*, 1998, vol. 9, pp. 626-657; PETERSMANN, E. U., «Application of GATT by the Court of Justice of the European Communities», *Common Market Law Review*, Vol. 20, Núm. 3, 1983, pp. 397-437; VON BOGDANDY, A., «Legal Effects of World Trade Organization Decisions within the European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC», *Journal of World Trade*, Vol. 39, Núm. 1, 2005, pp. 45-66.

[500] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, pp. 86-87.

[501] Asunto C-10/61, *Comisión de la Comunidad Económica Europea* v. *Gobierno de la República Italiana*, STJCE 27 febrero 1962 [ECLI:EU:C:1962:2], Sección II. B).

[502] *Ibídem*.

recíprocos y mutuamente ventajosos para negarle el efecto directo[503]. En la decisión prejudicial planteada por un Tribunal holandés al TJCE destacan dos cuestiones[504]. En la primera parte se preguntaba si la validez de las medidas adoptadas por las Instituciones de la Unión se debía contrastar no sólo con arreglo al Derecho (interno) europeo, sino también con arreglo al Derecho internacional. En caso de respuesta afirmativa a la primera, en la segunda se cuestionaba si determinados Reglamentos (Reglamentos 459/70, 565/70 y 686/70) eran contrarios al artículo XI del GATT[505].

En primer lugar, el TJCE en relación con el GATT de 1947 se tenían que analizar dos requisitos. Primero, para que la incompatibilidad de un acto de la Unión con una disposición de Derecho internacional pueda afectar la validez de dicho acto, es preciso, en primer lugar, que dicha disposición sea vinculante para la CE[506]. Segundo, en el supuesto de que la invalidez sea invocada ante un órgano jurisdiccional nacional, es necesario además, que dicha disposición pueda otorgar a favor de los justiciables de la UE el derecho a alegarla ante los órganos jurisdiccionales[507].

El TJCE determinó que el GATT de 1947 vinculaba a la UE en base al TCEE[508]. Por lo que quedaba aclarar si las disposiciones del GATT de 1947 otorgaban a los justiciables de la Unión el Derecho de alegarlas ante los órganos jurisdiccionales, al objeto de impugnar la validez de un acto comunitario[509]. Para contestar a esta cuestión

---

[503] Asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company* (C-21/72), *Kooy Rotterdam NV* (C-22/72), *Velleman en Tas NV* (C-23/72), *Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV* (C-24/72) y *Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJCE 12 diciembre 1972 [ECLI:EU:C:1972:115].

[504] *Ibídem*, paras. 2, 3.

[505] CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, Ley, Madrid, 2002, p. 408. Para más bibliografía sobre el asunto *International Fruit Company*, *vide*, entre otros, BEBR, G., «Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: from International Fruit Company to Kupferberg», *Common Market Law Review*, Vol. 20, 1993, pp. 35-75; CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 408-409; HUESH, Ching-Wen, *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, pp. 87-88; WAELBROECK, M. «Effect of GATT within the legal order of the EEC», *Journal of World Trade Law*, Vol. 8, Núm. 6, 1974, pp. 614-623. La cita official de los reglamentos citados en el presente párrafo: Reglamento (CEE) n° 459/70 de la Comisión, de 11 de marzo de 1970 (DO, serie L, nº 57, p. 20); Reglamento (CEE) n° 565/70 de la Comisión, de 25 de marzo de 1970 (DO, serie L, nº 69, p. 33); Reglamento (CEE) n° 686/70 de la Comisión, de 15 de abril de 1970 (DO, serie L, nº 84, p. 21).

[506] Asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company* (C-21/72), *Kooy Rotterdam NV* (C-22/72), *Velleman en Tas NV* (C-23/72), *Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV* (C-24/72) y *Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJCE 12 diciembre 1972 [ECLI:EU:C:1972:115], para. 7.

[507] *Ibídem*.

[508] *Ibídem*, paras. 10-18. Esta cuestión se ha tratado en un apartado previo de la presente investigación.

[509] *Ibídem*, para. 19.

había que examinar simultáneamente el espíritu, el sistema y los términos del GATT de 1947[510].

El TJCE entendió que el GATT de 1947 se caracteriza por una gran flexibilidad, especialmente de las que se refieren a las posibilidades de establecer excepciones, a las medidas que pueden adoptarse en caso de dificultades excepcionales y a la resolución de las discrepancias entre las Partes contratantes[511]. Como consecuencia el Tribunal concluyó

> «Considerando que los referidos factores bastan para demostrar que, incardinado en un contexto como el aludido, el artículo XI del Acuerdo General, en sí mismo, no otorga a favor de los justiciables de la Comunidad, el derecho a acogerse a él, ante los órganos jurisdiccionales [y] que, por consiguiente, la validez de los Reglamentos de la Comisión nos 459/70, 565/70 y 686/70 no puede quedar afectada por el artículo XI del Acuerdo General»[512].

El Abogado General Sr. Herni MAYRAS señalaba que para resolver la cuestión de si un acto internacional tiene efecto directo, no basta con considerar a dicho acto globalmente, es preciso que la investigación se sitúe en el plano de las disposiciones individuales cuya infracción se alega, tanto es así que, de forma muy especial, los tratados internacionales pueden contener simultáneamente disposiciones directamente aplicables y otras que no lo sean[513]. El AG propuso un análisis del GATT de 1947 más extenso del que adoptó el TJCE ya que señaló que debía atenderse a los siguientes métodos de técnica jurídica: análisis del texto, examen del contexto y del sistema general del Tratado, objetivo de la disposición de que se trate, teniendo en cuenta la finalidad del acto en su integridad; por último, condiciones en las cuales las Partes contratantes hayan decidido la aplicación del Tratado[514].

En relación con el efecto directo del GATT de 1947, el AG señaló que

---

[510] *Ibídem*, para. 20.
[511] *Ibídem*, para. 21. El TJCE analizó en los paras. 22-26 las disposiciones sobre solución de controversias y las posiblidades de derogación.
[512] *Ibídem*, paras. 27-28.
[513] Asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company* (C-21/72), *Kooy Rotterdam NV* (C-22/72), *Velleman en Tas NV* (C-23/72), *Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV* (C-24/72) y *Produktschap voor Groenten en Fruit*, Conclusiones de Abogado General Sr. Henri Mayras 25 octubre 1972 [ECLI:EU:C:1972:89], Sección II.
[514] *Ibídem*.

> «(…) el terreno es virgen, al menos en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Mediante la sentencia dictada el 27 de febrero de 1962, Comisión/Italia (10/61," Rec. pp. 1 y ss.), este Tribunal decidió que en las materias que el mismo Económica Europea prevalece sobre los Convenios celebrados anteriormente en lo tocante a las relaciones *entre los Estados miembros,* con inclusión de los Convenios celebrados en el marco del GATT. Sin embargo, dicha resolución sobre un recurso por incumplimiento dirigido contra la República Italiana carece de utilidad para contestar a la cuestión que hoy se plantea al Tribunal de Justicia, dado que se refiere no a las *obligaciones* derivadas de los preceptos del GATT para las organizaciones comunitarias, sino a los *Derechos* que Italia pretendía ostentar según dicho Acuerdo en las relaciones entre Estados miembros de la Comunidad»[515].

El Abogado General Sr. Herni MAYRAS tras un análisis similar al que llevó a cabo la sentencia del TJCE en el asunto de autos, concluyó insistiendo en que las disposiciones del GATT de 1947, cuyos mecanismos se apoyan en el consenso de las partes contratantes, no tienen ninguna relación con los particulares como tales[516].

> «Muy especialmente, el artículo XI [del GATT de 1947] está sujeto a excepciones y exenciones que, en la práctica, han revelado que dejaban a los Estados y, *mutatis mutandis* a la Comunidad en una libertad de apreciación tal que descarta la posibilidad de que los particulares puedan pretender basarse en el principio que establece este artículo de los Derechos subjetivos en los que pueden ampararse oportunamente ante un órgano jurisdiccional»[517].

La sentencia del asunto *International Fruit Company* es la piedra angular de la jurisprudencia subsiguiente[518]. En la sentencia de 24 de octubre de 1973, en el asunto *Schlüter*, el TJCE volvió a negar el efecto directo del GATT de 1947[519]. En el caso de autos se mantiene la enumeración del asunto *International Fruit Company* salvo que se cambió la referencia a los términos del GATT de 1947 y se señaló la letra del citado acuerdo. No obstante esta variación terminológica, el TJCE llegó a la misma conclusión que en el asunto *International Fruit Company*[520]. Así, sobre la base de la flexibilidad del GATT de 1947, el TJCE negó su efecto directo[521]. La inaplicabilidad directa del GATT de 1947 también imposibilitó que los justiciables impugnasen un acto estatal

---

[515] *Ibídem*.
[516] *Ibídem*, Sección III. C.
[517] *Ibídem*, Sección III. C.
[518] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, 2012, p. 88.
[519] Asunto C-9/73, *Carl Schlüter y Hauptzollamt Lörrach*, STJCE 24 octubre 1973 [ECLI:EU:C:1973:110].
[520] CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea, op. cit.*, p. 411.
[521] Asunto C-9/73, *Carl Schlüter y Hauptzollamt Lörrach*, STJCE 24 octubre 1973 [ECLI:EU:C:1973:110], paras. 29-34.

ante los órganos jurisdiccionales nacionales por violación del GATT de 1947 en el asunto *SIOT*[522]. Como regla general en la jurisprudencia europea se continuó negando la capacidad del GATT de 1947 de otorgar Derechos a los ciudadanos de la UE que pudieran ser invocados ante un tribunal. Las provisiones del GATT de 1947 no eran suficientemente precisas e incondicionales ya que las obligaciones contenidas en el tratado podrían ser modificadas con un alto grado de flexibilidad[523]. El TJCE no deseaba reconocer el efecto directo a los tratados internacionales de esta naturaleza también por el hecho de que normalmente eran invocados para cuestionar la legalidad de la legislación europea[524]. Del conjunto de los asuntos analizados también se infiere que el TJCE, basándose en que el GATT de 1947 no es susceptible de ser aplicado directamente, no admite que los justiciables aleguen ante los Tribunales nacionales la violación de una disposición del GATT para cuestionar la validez de un acto de la Unión y conseguir su inaplicación, salvo en dos excepciones que se analizarán en un momento posterior del presente apartado[525].

123. Asunto *Chiquita Italia*. En el asunto *Chiquita Italia*, el *Tribunale di Trieste* planteó al TJCE varias cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del GATT de 1947 y de los Convenios ACP-CEE firmados en Lomé entre, por un lado, los Estados de África, del Caribe y del Pacífico y, por otro, la CEE[526]. El litigio en Italia entre la *Amministrazione delle Finanze dello Stato* y empresa *Chiquita Italia* se inició porque ésta se negó a pagar el impuesto sobre el consumo por los plántanos importados de Colombia y Santa Lucía alegando que, en estos casos, el impuesto es contrario al artículo III del GATT de 1947 y a determinadas disposiciones contenidas en los Convenios ACP-CEE[527].

---

[522] Asunto C-266/81, *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT)* v. *Ministero italiano delle Finanze, Ministero della Marina Mercantile, Circoscrizione doganale de Trieste y Ente autonomo del Porto di Trieste*, STJCE 16 marzo 1983 [ECLI:EU:C:1983:77]. En la misma línea jurisprudencial se encuetra también el asunto *SPI* y *SAMI*, Asuntos acumulados C-267/81, C-268/81 y C-269/81, *Amministrazione delle Finanze dello Stato* y *Società petrolifera italiana SpA (SPI)* (C-267/81), y *SpA Michelin italiana (SAMI)* (C-268/81 y C-269/81), STJCE 16 marzo 1983 [ECLI:EU:C:1983:78].

[523] GRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials*, *op. cit.*, p. 208; HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, p. 88.

[524] GRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials*, *op. cit.*, p. 208.

[525] CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 412-413.

[526] Asunto C-469/93, *Amministrazione delle Finanze dello Stato* y *Chiquita Italia SpA*, STJCE 12 diciembre 1995 [ECLI:EU:C:1995:435], para 1.

[527] *Ibídem*, para 18.

Las disposiciones invocadas por las distintas partes que intervienen en el litigio están contenidas bien en la Tercera Parte, Título I del Cuarto Convenio ACP-CEE, firmado en Lomé el 15 de diciembre de 1989 (DO 1991, L 229, p. 1), bien en el Protocolo n° 5 relativo a los plátanos (DO 1991, L 229, p. 213), que entraron en vigor el 1 de marzo de 1990 (artículo 2 de la Decisión n° 2/90 del Consejo de Ministros ACP-CEE, de 27 de febrero de 1990, relativa a las medidas transitorias válidas a partir de 1 de marzo de 1990)[528]. En estas circunstancias en el caso de autos, procede referirse únicamente al Cuarto Convenio ACP-CEE[529].

Mediante la primera cuestión prejudicial, el Tribunal italiano pedían que se dilucidase si el GATT de 1947 y el Cuarto Convenio ACP-CEE podían contener disposiciones que atribuyesen a los particulares determinados Derechos que éstos pudiesen invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de disposiciones nacionales que los contradigan[530].

> «Por lo que se refiere al GATT, es preciso observar que el Tribunal de Justicia ha considerado en repetidas ocasiones, y recientemente en su sentencia de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo (C-280/93, Rec. p. 1-4973), apartado 106, que el GATT, basado conforme a su preámbulo en el principio de negociaciones emprendidas «a base de reciprocidad y de mutuas ventajas», se caracteriza por la gran flexibilidad de sus disposiciones, en particular de aquellas que se refieren a las posibilidades de establecer excepciones, a las medidas que pueden adoptarse en caso de dificultades extraordinarias y a la solución de discrepancias entre las Partes contratantes»[531].

> «Por consiguiente, estas particularidades impiden que un justiciable pueda invocar las disposiciones del GATT ante los órganos jurisdiccionales nacionales de un Estado miembro para oponerse a la aplicación de disposiciones nacionales»[532].

En lo que respecta al Cuarto Convenio ACP-CEE, el TJCE señaló que dicho convenio no tenía la misma naturaleza que el GATT de 1947[533]. Por lo tanto, el TJCE debe considerar si el Cuarto Convenio ACP-CEE puede contener disposiciones que

[528] *Ibídem*, para 22.
[529] *Ibídem*, para 23.
[530] *Ibídem*, para 24.
[531] *Ibídem*, para 26.
[532] *Ibídem*, para 29.
[533] *Ibídem*, para 31.

atribuyan a los particulares determinados Derechos que éstos puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales[534].

Esta consideración llevó a la segunda cuestión prejudicial, si determinadas disposiciones del GATT o del Cuarto Convenio ACP-CEE podían interpretarse en el sentido de que se oponen a un tributo interno que se aplica a productos importados de Estados terceros firmantes de dichos Convenios[535]. El TJCE señaló que habida cuenta de la respuesta dada en relación con las disposiciones del GATT de 1947, sólo procedía responder a esta segunda cuestión en lo que respecta a las disposiciones del Cuarto Convenio ACP-CEE[536].

Con carácter preliminar, el TJCE señaló que las disposiciones del Cuarto Convenio ACP-CEE son, desde su entrada en vigor, parte integrante del ordenamiento jurídico europeo[537]. El TJCE determinó que la falta de disposiciones específicas relativas a los tributos internos, debía considerarse que las Partes de este Convenio no pretendieron regularlos en el marco del régimen general de intercambios establecido[538].

> «En la vista, Chiquita Italia también invocó el artículo 1 del Protocolo n° 5 relativo a los plátanos, que establece que, "respecto de sus exportaciones de plátanos a los mercados de la Comunidad, ningún Estado ACP será puesto, en lo que se refiere al acceso a sus mercados tradicionales y a sus ventajas en dichos mercados, en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba anteriormente o en la que se encuentre actualmente"»[539].

El TJCE debía comprobar si esta disposición podía invocarse frente a aumentos de un tributo interno como el impuesto italiano sobre el consumo de plátanos[540].

> «A este respecto, hay que señalar que el artículo 1 del Protocolo n° 5 relativo a los plátanos constituye una cláusula de mantenimiento del *statu quo*. En otras palabras, el objeto de esta disposición es garantizar el acceso de los plátanos procedentes de los Estados ACP a sus mercados tradicionales en unas condiciones y según unas modalidades que no sean menos favorables que las existentes en el momento de su entrada en vigor. Sin embargo, esta garantía

[534] *Ibídem*, para 35.
[535] *Ibídem*, para 38.
[536] *Ibídem*, para 39.
[537] *Ibídem*, para 40.
[538] *Ibídem*, para 53.
[539] *Ibídem*, para 54.
[540] *Ibídem*, para 58.

de acceso sólo beneficia a los plátanos procedentes de los Estados ACP hasta las cantidades importadas en el momento de la entrada en vigor de dicha disposición»[541].

«Ahora bien, no puede negarse que esta cláusula de mantenimiento del *statu quo* impide los aumentos de un tributo como el que es objeto de controversia. Tales aumentos implican, en efecto, incrementos de precio de los plátanos de que se trate y, por consiguiente, dificultan su venta en el mercado de referencia»[542].

«Habida cuenta de que el Primer Convenio ACP-CEE entró en vigor el 1 de abril de 1976, procede, por consiguiente, declarar que los Convenios ACP-CEE se oponen a los aumentos de un tributo interno sobre los plátanos originarios de los Estados ACP como el impuesto italiano sobre el consumo, toda vez que tales aumentos son posteriores al 1 de abril de 1976 y hacen que las exportaciones de plátanos estén en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraban anteriormente en lo que se refiere al acceso a sus mercados tradicionales y a sus ventajas en dichos mercados»[543].

124. Asunto *Alemania* v. *Consejo*. El asunto *Alemania* v. *Consejo* se planteó la posibilidad de aplicar el principio de prevalencia del Derecho internacional (GATT de 1947) sobre el Derecho (interno) derivado, concretamente, varias disposiciones del Reglamento (CEE) n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DO L 47, P. 1)[544].

En lo que respecta a la supuesta violación del GATT de 1947 alegada por Alemania en el caso de autos, el TJCE comienza su argumentación reiterando la flexibilidad de las disposiciones del GATT de 1947[545].

El TJCE concluyó señalando que «[e]stas particularidades del Acuerdo General, puestas de manifiesto por este Tribunal de Justicia para señalar que un justiciable de la Comunidad no puede invocarlo ante los Tribunales con el fin de cuestionar la legalidad de un acto comunitario, se oponen igualmente a que este Tribunal de Justicia tenga en cuenta las disposiciones del Acuerdo General para apreciar la legalidad de un

[541] *Ibídem*, para 59.
[542] *Ibídem*, para 60.
[543] *Ibídem*, para 63.
[544] Asunto C-280/93, *República Federal de Alemania* v. *Consejo de la Unión Europea*, STJCE 5 octubre 1994 [ECLI:EU:C:1994:367].
[545] *Ibídem*, para. 106. En los paras. 106-108 el TJCE repasó las disposiciones del GATT de 1947 que venía analizando desde el asunto *International Fruit Company* para determinar la flexibilidad del citado Acuerdo.

Reglamento en el marco de un recurso interpuesto por un Estado miembro con arreglo al párrafo primero del artículo 173 del Tratado [actual artículo 263 del TFUE]»[546].

Por tanto el Tribunal entendió que «(…) las distintas particularidades anteriormente señaladas ponen de manifiesto que las normas del Acuerdo General no son de carácter incondicional y que la obligación de reconocerles valor de normas de Derecho internacional inmediatamente aplicables en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes Contratantes no puede basarse en el espíritu, el sistema o en la letra del Acuerdo»[547].

Por todo lo antedicho, únicamente en el caso de que la Unión haya pretendido cumplir una obligación concreta asumida en el marco del GATT de 1947 o cuando el acto europeo se remita expresamente a disposiciones precisas del citado Acuerdo, corresponderá al Tribunal de Justicia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas del GATT de 1947[548].

125. Asunto *Comisión* v. *Alemania*. En el asunto *Comisión* v. *Alemania*, la Comisión planteó un recurso de incumplimiento del GATT de 1947 en base al artículo 226 del TCE (actual artículo 258 del TFUE) (acción de incumplimiento) alegando que Alemania había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del TCE y de las obligaciones derivadas del Acuerdo internacional sobre los productos lácteos adoptado en Ginebra el 12 de abril de 1979 que se había celebrado en el marco del GATT de 1947[549].

El TJCE mantuvo su jurisprudencia reiterada sobre la interpretación conforme,

> «(…) cuando un texto de Derecho comunitario derivado exige una interpretación, debe interpretarse, en la medida de lo posible, en un sentido conforme con las disposiciones del Tratado. Un Reglamento de ejecución debe asimismo ser objeto, si es posible, de una interpretación conforme con las disposiciones del Reglamento de base (véase la sentencia de 24 de junio de 1993, Dr. Tretter, C-90/92, Rec. p. I-3569, apartado 11). Del mismo modo, la

[546] *Ibídem*, para. 109.
[547] *Ibídem*, para. 110.
[548] *Ibídem*, para. 111. En este párrafo el TJCE remite a los asuntos *Fediol* y *Nakajima* que serán analizado en el siguiente punto de la presente investigación.
[549] El Acuerdo sobre productos lácteos aprobado por la Comunidad mediante la Decisión 80/271/CEE del Consejo, de 10 de diciembre de 1979, referente a la celebración de los Acuerdos multilaterales resultantes de las negociaciones comerciales de 1973-1979 (DO 1980, L 71, p. 1; EE 11/12, p. 38).

> primacía de los Acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos Acuerdos»[550].

En esta línea el TJCE sentenció que el GATT de 1947 se aplicaba a las importaciones de mercancías incluidas en el régimen de perfeccionamiento activo en la UE. Por lo tanto, una interpretación del artículo 16 del Reglamento n° 2228/91 que eximiera de la aplicación del Acuerdo las mercancías indicadas sería contraria a éste[551].

La relevancia de este asunto radicaba en que el TJCE admitió la posibilidad de que las disposiciones de un acuerdo internacional fuesen utilizadas como parámetro de legalidad del comportamiento estatal, sin establecer como requisito que tales disposiciones gocen de efecto directo. En consecuencia, la aplicabilidad directa de una disposición convencional no es un elemento que se refiera a la posibilidad de que la Comisión invocase ante el Tribunal europeo para impugnar la validez de una medida estatal[552].

En el asunto de autos se debatía la discrecionalidad que tenía la Comisión para iniciar las acciones de incumplimiento y el hecho de que las personas privadas no pudiesen iniciar dicho procedimiento. El TJCE reconocía que

> «Conforme al artículo 155 del Tratado CE incumbe a la Comisión velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado y, por lo tanto, por el cumplimiento de un Acuerdo internacional celebrado por la Comunidad que, en virtud del artículo 228 de dicho Tratado, es vinculante para las Instituciones de ésta y para los Estados miembros. El correcto cumplimiento de dicha misión por parte de la Comisión supone que no se obstaculice la facultad que le reconoce el artículo 169 del Tratado, que le permite acudir al Tribunal de Justicia en caso de incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo. Por lo tanto, la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia por parte de la Comisión no puede depender del resultado de las deliberaciones en el seno del Comité del artículo 113 y, a fortiori, de si el Comité ha comprobado previamente la existencia de un consenso entre los Estados

[550] Asunto C-61/94, *Comisión de las Comunidades Europeas* v. *República Federal de Alemania*, STJCE 10 septiembre 1996 [ECLI:EU:C:1996:313], para. 52.
[551] *Ibídem*, para. 53.
[552] CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea, op. cit.*, p. 418.

miembros sobre la interpretación de los compromisos suscritos por la Comunidad en el marco del Acuerdo internacional de que se trate»[553].

126. Excepciones a la negación del efecto directo del GATT de 1947. Como excepción a esta jurisprudencia mantenida, el Tribunal europeo reconoció que tendrían efecto directo las disposiciones del GATT de 1947 cuando la Unión implementase una obligación particular asumida en el contexto de la OMC, o cuando una medida de la Unión se refiriese expresamente a una disposición del GATT de 1947[554].

127. Asunto *Fediol.* El asunto *Fediol* se enmarca dentro de la figura del recurso de anulación contra un acto de las instituciones de la Unión en base al artículo 173 del TCE (actual artículo 263 del TFUE). En el asunto de autos se reclamó la anulación de la Decisión n° 2506 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1986 (no publicada), notificada a la demandante el 7 de enero de 1987. Con esta Decisión la Comisión desestimó una queja, formulada al amparo del apartado 5 del artículo 3 del Reglamento n° 2641/84 del Consejo, de 17 de septiembre de 1984, relativo al fortalecimiento de la política comercial común, en particular en materia de defensa contra las prácticas comerciales ilícitas (DO L 252, p. 1; EE 11/21, p. 78), dirigida a la apertura de un procedimiento de investigación sobre determinadas prácticas comerciales por parte de Argentina en materia de exportación de tortas de soja a la Comunidad[555].

A tenor del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento controvertido en el presente asunto, «se considerarán prácticas comerciales ilícitas (...) todas las prácticas imputables a un tercer país que sean incompatibles, en materia de comercio internacional, con el Derecho internacional o con las normas generalmente admitidas»[556].

---

[553] Asunto C-61/94, *Comisión de las Comunidades Europeas* v. *República Federal de Alemania*, STJCE 10 septiembre 1996 [ECLI:EU:C:1996:313], para. 15.
[554] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 69.
[555] Asunto C-70/87, *Fédération de l'industre de l'huilerie de la CEE (Fediol)* vs. *Comisión de las Comunidades Europeas*, STJCE 22 junio 1989 [ECLI:EU:C:1989:254], para. 1. En relación con Fediol *vide*, entre otros, BRONCKERS, M., «From "Direct Effect" to "Muted Dialogue"», *Journal of International Economic Law*, Vol. 11, Núm. 4, 2008, pp. 891-894; DANI, M., «Remedying European Legal Pluralism: The FIAMM and Fediol Litigation and the Judicial Protection of International Trade Bystanders», *The European Journal of International Law*, Vol. 21, Núm. 2, 2010, pp. 303-340; EECKHOUT, P. *EU External Relations Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 365-374; GUTMAN, K., «The evolution of the Action for Damages against the European Union and its place in the System of Judicial Protection», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 695-750.
[556] *Ibídem*, para. 2.

La empresa Fediol alegaba que las prácticas de Argentina eran contrarias a los artículos III, XI, XX, XXIII y XXXVI del GATT de 1947 considerados cada uno por sí solo o en conjunto[557]. Sin embargo, la Comisión alegó que las normas del GATT de 1947 no eran lo suficientemente precisas como para crear Derechos a favor de los particulares[558]. En el caso de autos, el Tribunal recordó que había declarado en reiteradas ocasiones (analizadas previamente en el presente apartado) que diversas disposiciones del GATT de 1947 no creaban el Derecho de invocar ante los Tribunales dichas disposiciones, en favor de los justiciables de la Comunidad[559].

> «Sin embargo, de esta jurisprudencia no se puede deducir que los justiciables no puedan invocar ante el Tribunal de Justicia las disposiciones del Acuerdo General para que se verifique si un comportamiento, denunciado en una queja formulada en virtud del artículo 3 del Reglamento n° 2641/84, constituye una práctica comercial ilícita en el sentido de este Reglamento. En efecto, las disposiciones del Acuerdo General forman parte de las normas de Derecho internacional a las que se remite el apartado 1 del artículo 2 de este mismo Reglamento, interpretación que se ve confirmada por el segundo considerando de dicho Reglamento en relación con el cuarto considerando»[560].

El TJCE también había declarado la gran flexibilidad de las disposiciones del GATT de 1947, las medidas que pueden adoptarse en caso de dificultades excepcionales y por el procedimiento de arbitraje entre las partes contratantes.

> «Sin embargo, esta apreciación no impide al Tribunal de Justicia interpretar y aplicar las normas del Acuerdo General a un caso dado para examinar si determinadas prácticas comerciales deben considerarse incompatibles con dichas normas. Las disposiciones del Acuerdo General tienen un contenido propio que conviene precisar en cada caso, por vía de interpretación, con miras a su aplicación»[561].

Por todo lo antedicho, el TJCE sentenció que «(…) dado que el Reglamento n° 2641/84 confiere a los operadores interesados el Derecho de alegar las disposiciones del GATT en la queja que formulan a la Comisión, para determinar el carácter ilícito de las prácticas comerciales por las que se consideran perjudicados, estos mismos operadores tienen el Derecho, de recurrir ante el Tribunal de Justicia para someter al control de éste

[557] *Ibídem*, para. 8.
[558] *Ibídem*, para. 18.
[559] *Ibídem*, para. 19.
[560] *Ibídem*, para. 19.
[561] *Ibídem*, para. 20.

la legalidad de la Decisión de la Comisión por la que se aplican dichas disposiciones»[562].

En este caso, por tanto, no se requirió el efecto directo del GATT de 1947 para ser considerado como parámetro de validez de un acto de la Unión sino que se admitió que el Derecho internacional quedaba incorporado al ordenamiento europeo por remisión del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de autos. Sin embargo, una vez admitido el recurso de anulación, el análisis de fondo llevó al TJCE a desestimar los motivos de la empresa Fediol basados respecto de la infracción de los artículos III, XI, XX, XXIII del GATT de 1947[563]. En consecuencia, el TJCE desestimó el recurso.

128. Asunto *Nakajima*. El asunto *Nakajima* es diferente al caso anterior porque éste se produce en el marco de la excepción de ilegalidad prevista en el artículo 184 del TCE (actual artículo 277 del TFUE) aunque comparte con el asunto *Fediol* el hecho constituir un caso excepcional donde no se exigió el efecto directo de la disposición de un acuerdo internacional para que ésta pudiese erigirse como criterio de validez de una actuación comunitaria o estatal[564].

La empresa Nakajima interpuso un recurso que tenía por objeto, en primer lugar, la no aplicación del Reglamento (CEE) n° 2423/88 del Consejo, de 11 de julio de 1988, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica europea (DO L 209, p. 1) en base al artículo 184 TCEE (actual artículo 277 del TFUE) y, en segundo lugar, la anulación, con arreglo al artículo 173 del TCE (actual artículo 263 del TFUE), del Reglamento (CEE) n° 3651/88 del Consejo, de 23 de noviembre de 1988, por el que se establece un Derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de impresoras de percusión de matriz de puntos en serie originarias de Japón (DO L 317, p. 33), en la medida en que este Reglamento afecta a la demandante[565].

---

[562] *Ibídem*, para. 22.
[563] *Ibídem*, paras. 24- 43.
[564] CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 424, 427. Para profundizar en un análisis de los asuntos Fediol y Nakajima desde la perspectiva de sus implicaciones en el Derecho europeo *vide*, entre otros, GONZÁLEZ ALONSO, L.N., «Nuevos desarrollos en la aplicación del GATT. (Comentario a la sentencia del TJCE de 7 de mayo de 1991 *Nakajima*)», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 19, 1992, pp. 195-210.
[565] Asunto C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ld.* v. *Consejo de las Comunidades Europeas*, STJCE 7 mayo 1991 [ECLI:EU:C:1991:186], para. 1.

En la presente investigación se propone centrar el análisis del asunto Nakajima en las pretensiones de inaplicabilidad del Reglamento nº 2423/88, ya que la empresa Nakajima alega la infracción del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, «Código antidumping»), aprobado en nombre de la Comunidad por la Decisión 80/271/CEE del Consejo, de 10 de diciembre de 1979, referente a la celebración de los Acuerdos multilaterales resultantes de las negociaciones comerciales de 1973-1979 (DO L 71, p. 1; EE 11/12, p. 38)[566].

Nakajima afirmaba a este respecto que el inciso ii) de la letra b) del apartado 3 del artículo 2 del nuevo Reglamento nº 2423/88 no podía aplicarse al caso de autos, por ser contrario a determinadas disposiciones del Código antidumping[567]. Sin embargo, el Consejo entendía que, al igual que el GATT de 1947, el Código antidumping no concedía a los particulares ningún Derecho que éstos pudiesen invocar ante el Tribunal de Justicia y que las disposiciones de dicho Código no eran aplicables directamente en la Comunidad y Nakajima no podía cuestionar la conformidad a Derecho del nuevo Reglamento nº 2423/88 por una pretendida infracción de las disposiciones del Código antidumping[568]. El TJCE puntualizó que en este caso no se invocaba el efecto directo de las disposiciones del Código antidumping sino un control de legalidad que se mencionaban en el artículo 173 del TCEE (actual artículo 273 del TFUE)[569].

En el caso de autos el TJCE entendió que el nuevo Reglamento 2423/88 fue adoptado para cumplir las obligaciones internacionales de la Comunidad a quien incumbe, según reiterada jurisprudencia, garantizar la observancia de las disposiciones del GATT de 1947 y de sus medidas de ejecución[570]. Tras su análisis, finalmente el TJCE desestimó el motivo basado en que el nuevo Reglamento nº 2423/88 era contrario a Derecho por haber infringido el Código antidumping[571].

En este asunto el Tribunal distinguió entre el efecto directo de las provisiones de los acuerdos comerciales internacionales, por un lado, y la posibilidad de invocar dichas

[566] *Ibídem*, para. 11. Esta cuestión se analiza en la sentencia *Nakajima* por el TJCE en los paras. 26-42.
[567] *Ibídem*, para. 26.
[568] *Ibídem*, para. 27.
[569] *Ibídem*, para. 28.
[570] *Ibídem*, para. 31.
[571] *Ibídem*, para. 42.

provisiones ante el TJCE para reclamar que el Derecho europeo era incompatible con dicho acuerdo, por otro[572]. Sin embargo, en el asunto C-280/93 *República Federal de Alemania* v. *Consejo de la Unión Europea*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1994, analizado en el presente apartado, el Tribunal aclaró que una disposición del GATT de 1947 se podía invocar alegando su incompatibilidad con una medida comunitaria sólo en dos circunstancias: 1) cuando la Comunidad pretendiese implementar dicha particular obligación; o 2) cuando la medida comunitaria se refiriese expresamente a la implementación de la obligación prevista en el GATT[573].

2. La efectividad del Acuerdo sobre la OMC en el Derecho europeo

129. La cuestión de su aplicabilidad regulada en el propio Acuerdo sobre la OMC. El Acuerdo sobre la OMC no trata la cuestión de su efecto directo o de su invocabilidad sobre los órdenes jurídicos nacionales de los Miembros de la OMC[574]. En el marco de la Ronda de Uruguay, Suiza trató de alcanzar Memorándum en el ámbito concreto del SSD, pero finalmente no encontró apoyo entre el resto de los Miembros de la Organización[575]. Suiza trató de promover la aplicación y la implementación de las normas del sistema multilateral del comercio así como de las decisiones gubernamentales adoptadas en su seno[576].

Suiza destacaba que en un panorama de creciente globalización económica era pertinente abrir una discusión sobre los modelos que permitiesen reforzar la protección Derechos comerciales de los agentes privados[577]. En esta propuesta se presentaron tres posibles escenarios. El modelo más «radical» sería la aplicación directa de las normas adoptadas por todas las partes contratantes en sus respectivos ordenamientos jurídicos [578] . Un modelo menos exigente que el anterior podría promover la

[572] GRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials, op. cit.*, p. 208.
[573] *Ibídem*.
[574] RUIZ FABRI, H., «Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations», *The European Journal of International Law*, Vol. 25, Núm. 1, 2014, pp. 154-155.
[575] MTN. GNG/NG13/W/36, de 18 de enero de 1990. Para profundizar en esta propuesta suiza *vide*, NUESCH, S., *Voluntary export restraints in WTO and EU law: consumers, trade regulation and competition policy, op. cit.*, 2010, pp. 118-119.
[576] MTN. GNG/NG13/W/36, de 18 de enero de 1990, p. 1.
[577] *Ibídem*, p. 2.
[578] *Ibídem*. En este modelo se emplea el adjetivo de «radical» porque se trata de la propuesta más intromisiva desde el punto de vista del Derecho constitucional de todas las partes contratantes. Además, este modelo se considera extremo porque se trata del modelo más opuesto a lo que ha existido y existe en la práctica del Derecho internacional.

determinación del carácter directamente aplicable sólo de determinadas disposiciones del sistema multilateral del comercio. En este segundo supuesto sólo las disposiciones que las partes contratantes calificasen como directamente aplicables podrían ser invocadas por los sujetos privados ante sus respectivos tribunales nacionales[579]. El tercer modelo propuesto por la delegación suiza y que finalmente se llevó a la práctica bajo el Acuerdo sobre la OMC refuerza las obligaciones de las partes contratantes para promover la revisión y solución de las decisiones gubernamentales adoptadas para la regulación del comercio internacional[580]. Con la adopción de este tercer modelo en la OMC se reforzó la efectividad del sistema desde el ámbito del Derecho internacional sin influir de manera directa en los ordenamientos jurídicos de los Miembros de la Organización. Por tanto, la cuestión del efecto directo queda a la elección de cada respectivo Derecho (constitucional) interno.

130. El Derecho de la Unión ante la efectividad del Acuerdo sobre la OMC. El artículo 216 del TFUE no proporciona una respuesta clara a la posición de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión dentro del propio Derecho europeo. Sin embargo, la UE tiene una postura más abierta en relación con el efecto directo de los Acuerdos adoptados en el marco de la OMC si lo comparamos con otros Miembros de la Organización como por ejemplo los EEUU[581]. Los tratados internacionales concluidos por la Unión forman parte de su ordenamiento jurídico y pueden tener efecto directo bajo ciertas condiciones según el texto y la estructura de cada acuerdo en concreto. Sin embargo, las sentencias del Tribunal de Justicia europeo no asignan como regla general efecto directo a los Acuerdos adoptados en el marco de la OMC sino que respetan el margen de actuación de los órganos políticos. En el marco del sistema multilateral de comercio, los Miembros de la OMC no reconocen el efecto directo del Derecho de la Organización y, por tanto, el Tribunal de Justicia europeo no quiere limitar la libertad de actuación de las instituciones europeas[582].

En el acto de celebración del Acuerdo sobre la OMC, el Consejo declaró, en el último considerando de la Decisión 94/800, que «el Acuerdo por el que se crea la

[579] *Ibídem*.
[580] *Ibídem*, pp. 2-3.
[581] RUIZ FABRI, H., «Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations», *op. cit.*, pp. 151-173.
[582] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, p. 110.

Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros». De este modo, el Consejo parece haber pretendido limitar los efectos del Acuerdo sobre la OMC y alinearse con el comportamiento de Miembros de la Organización que manifestaron su voluntad expresa de limitar la posibilidad de invocar las disposiciones de dicho Acuerdo ante los órganos jurisdiccionales nacionales[583]. Sin embargo, esta declaración tiene un carácter político que no puede incidir la competencia de los tribunales europeos para interpretar y aplicar el Acuerdo sobre la OMC[584].

131. Introducción a la jurisprudencia europea. En la línea avanzada, la jurisprudencia europea ha negado el efecto directo del Acuerdo sobre la OMC como consecuencia de su flexibilidad, de su defensa al principio de reciprocidad y para asegurar la discrecionalidad política de las instituciones de la Unión en el cumplimiento de las disposiciones de la OMC[585]. Como excepción a esta regla general, el TJCE reconoce el efecto directo de las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC cuando la Unión implemente una obligación particular asumida en el contexto de la OMC o cuando una medida de la Unión se refiera expresamente a una disposición del Acuerdo sobre la OMC tal y como se dispuso en la jurisprudencia sentada de los asuntos *Fediol* y *Nakajima*[586].

La jurisprudencia europea se ha pronunciado ampliamente sobre la aplicabilidad del Acuerdo sobre la OMC en el ordenamiento jurídico de la Unión[587]. En el presente

[583] Asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio 25 febrero 1999 [ECLI:EU:C:1999:92], para. 20.
[584] *Ibídem*.
[585] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, pp. 98-108.
[586] CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 443-444; VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, 2008, p. 69.
[587] Existe una amplia bibliografía sobre el efecto directo del Acuerdo sobre la OMC en el sistema jurídico europeo, sirva como botón de muestra la siguiente, CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 436-490; DI GIANNI, F.; ANTONINI, R., «DSB Decision's and Direct effect of WTO Law: Should the EC Court Be more Flexible when the WTO Flexibility Comes to an End», *Journal of World Trade*, Vol. 40, Núm. 4, 2006, pp. 777-793; EMILIOU, N.; O'KEEFFE, D. (ed.), *The European Union and World Trade Law. After the GATT Uruguay Round*, *op. cit.*, «Part 5: The EC's External Trade Policy before the Court of Justice», pp. 313-360; GAGLIARDI, A. F., «The Right of Individuals to Invoke the Provision of Mixed Agreements Before the National Courts: A New Message from Luxemburg?», *European Law Review*, 1999, pp. 276-292; LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, *op. cit.*, pp. 870-871; VON BOGDANDY, A., «Legal Effects of World Trade Organization Decisions Within the European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC», *op. cit.*, p. 45; VAN

apartado se pretende revisar la jurisprudencia paradigmática europea en torno a la cuestión del efecto directo del Acuerdo sobre la OMC para poder extraer los puntos fundamentales de la misma y poder valorarla al final del mismo.

132. Asunto *Metronome*. En el asunto C-200/96 un Tribunal alemán planteó una decisión prejudicial sobre la validez del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre Derechos de alquiler y préstamo y otros Derechos afines a los Derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 346, p. 61)[588].

Como señalaron la mayoría de los interesados en el caso de autos, la obligación de establecer un Derecho exclusivo a autorizar o prohibir el alquiler comercial de dichos productos en favor de los productores de fonogramas y de cualquier otro titular de Derechos sobre los fonogramas se ajusta a lo establecido por el artículo 11 en relación con el artículo 14 del ADPIC[589]. Ante lo que el TJCE entendió que «(…), el principio general de libre ejercicio de una actividad profesional no puede interpretarse independientemente de los principios generales relativos a la protección de los Derechos de propiedad intelectual ni de las obligaciones internacionales contraídas en este ámbito por la Comunidad y por los Estados miembros»[590]. Finalmente, el TJCE dictaminó que la Directiva estaba en perfecta conformidad con las disposiciones invocadas del ADPIC[591].

133. Asunto *Alemania* v. *Consejo* (C-122/95). En el ámbito concreto de la OMC, en el asunto C-122/95 se anuló la Decisión del Consejo relativa a la celebración de los Acuerdos de la OMC en la medida en que aprobaba el Acuerdo marco sobre

---

DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, pp. 63-71.

[588] Asunto C-200/96, *Metronome Musik GmbH* y *Music Point Hokamp GmbH*, STJCE 28 abril 1998 [ECLI:EU:C:1998:172], para. 1.

[589] *Ibídem*, para. 25.

[590] *Ibídem*, para. 26.

[591] *Ibídem*, para. 29.

plátanos[592]. La justicia europea consideró que las condiciones de aquel Acuerdo marco violaban un principio general del Derecho europeo: el principio de no discriminación[593].

134. Asunto *Portugal* v. *Consejo*. En el asunto *Portugal* v. *Consejo* se suscitaba si las disposiciones de un acuerdo internacional, con independencia de su efecto directo, podían ser utilizadas para cuestionar la validez de un acto de la Unión, en este caso una Decisión[594]. Este asunto tiene ciertas similitudes con el asunto C-280/93 donde se planteó la posibilidad de aplicar el principio de prevalencia del Derecho internacional (GATT de 1947) sobre el Derecho (interno) derivado, concretamente, varias disposiciones de un Reglamento[595].

En el caso de autos se solicitó la anulación de la Decisión 96/386/CE del Consejo, de 26 de febrero de 1996, sobre la celebración de Memorandos de entendimiento entre la Comunidad Europea y la República Islámica del Pakistán y la República de la India sobre acuerdos en el sector del acceso a los mercados para los productos textiles (DO L 153, p. 47)[596]. Como cuestión de fondo, en este asunto se planteaba la disyuntiva de si el Acuerdo sobre la OMC difiere significativamente del GATT de 1947 y por tanto podía producirse un cambio en la jurisprudencia europea que se ha recogido en la presente investigación hasta este momento.

Para fundamentar el citado recurso, la República Portuguesa invocó, por un lado, la violación de determinadas normas y de ciertos principios fundamentales de la OMC

---

[592] Asunto C-200/96, *Metronome Musik GmbH* y *Music Point Hokamp GmbH*, STJCE 28 abril 1998 [ECLI:EU:C:1998:172] citado en Asunto C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi* v. *Consejo y Comisión*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 16 enero 2008 [ECLI:EU:C:2008:11].

[593] Asunto C-122/95, *República Federal de Alemania v. Consejo*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 1998 [ECLI:EU:C:1998:94] citado en Asunto C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi* v. *Consejo y Comisión*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 16 enero 2008 [ECLI:EU:C:2008:11], para. 23.

[594] CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 439. La bibliografía sobre el asunto C-149/96, *Portugal v. Consejo* es abundante *vide*, entre otros, CEBADA ROMERO, A., «El efecto directo de los Acuerdos OMC: la sentencia de 23 de noviembre de 1999 o la obstinación del TJCE», *Revista de Derecho comunitario europeo*, Núm. 7, Enero/Junio 2010, pp. 171-193; DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; EXPÓSITO, C., «La falta de eficacia directa de los Acuerdos OMC (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 en el Asunto C-149/96, Portugal c. Consejo)», *Gaceta Jurídica de la UE*, Núm. 206, Marzo/Abril 2000, pp. 10-23; GRILLER, S., «Judicial enforceability of WTO Law in the European Union. Annotation to Case C-149/69, Portugal v. Council», *Journal of Interational Economic Law*, Vol. 3, Núm. 3, 2000, pp. 441-472.

[595] El citado asunto C-280/93, *República Federal de Alemania* v. *Consejo de la Unión Europea*, STJCE 5 octubre 1994 [ECLI:EU:C:1994:367]; se ha revisado en el apartado anterior de la presente investigación relativo a «a'. La cuestión del efecto directo del GATT de 1947».

[596] Asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 23 noviembre 1999 [ECLI:EU:C:1999:574], para. 1.

y, por otro lado, la violación de determinadas normas y de ciertos principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la Unión[597].

El TJCE aunque reconoció notables diferencias entre las disposiciones del GATT de 1947 y el Acuerdo sobre la OMC, principalmente debido al refuerzo del SSD y al régimen de salvaguardia, en el sistema resultante del Acuerdo sobre la OMC se sigue reservando un importante papel de negociación entre sus Miembros[598]. Una vez revisados el párrafo 7 del artículo 3 y el artículo 22 del ESD[599], el TJCE concluyó entendiendo que, en tales circunstancias, imponer a los órganos jurisdiccionales la obligación de abstenerse de aplicar las normas jurídicas internas que sean incompatibles con el Acuerdo sobre la OMC tendría como consecuencia privar a los órganos legislativos o ejecutivos de las Miembros de la Organización de la posibilidad de alcanzar, siquiera fuera con carácter temporal, soluciones negociadas, posibilidad que les confiere el artículo 22 del ESD[600]. Además el TJCE consideró que

> «(…) el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC sigue estando basado, como lo estuvo el GATT de 1947, en el principio de negociaciones llevadas a cabo "sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas", y se distingue así, en lo que atañe a la Comunidad, de aquellos acuerdos celebrados por ésta con países terceros que establecen cierta asimetría de las obligaciones o crean relaciones especiales de integración con la Comunidad, tales como el Acuerdo cuya interpretación fue objeto de la sentencia Kupferberg, antes citada»[601].

En esta disyuntiva, el TJCE sentenció que no se podía revisar la legalidad de una Decisión del Consejo a la luz del Acuerdo sobre la OMC en base a dos argumentos. Primero, el argumento de no conformidad temporal. El TJUE consideró que no incumbía a la justicia de la Unión la tarea de garantizar la conformidad del Derecho europeo con el Acuerdo sobre la OMC ya que esto equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la UE del margen de maniobra del que disfrutan los órganos similares de los terceros Miembros de la OMC[602]. Por último, el Tribunal concluye

[597] *Ibídem*, para. 24.
[598] *Ibídem*, para. 36.
[599] *Ibídem*, paras. 37-39.
[600] *Ibídem*, para. 40.
[601] *Ibídem*, para. 42.
[602] *Ibídem*, para. 46. Estos argumentos fueron reiterados por el Tribunal, *vide*, entre otros, en el Asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, STJCE 1 marzo 2005 [ECLI:EU:C:2005:121] citado en VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 68.

afirmando que, respecto a la naturaleza y la estructura, el Acuerdo sobre la OMC no es en principio parte de las normas que el Tribunal necesita para declarar la ilegalidad de las medidas adoptadas por las instituciones de la Unión[603].

CRAIG y DE BÚRCA señalan que en el asunto *Portugal* v. *Consejo*, el TJCE sentenció que no se puede revisar la legalidad de una decisión del Consejo a la luz del Acuerdo sobre la OMC porque no quería, por un lado, privar a la Comunidad Europea de la posibilidad de una no conformidad temporal con el Acuerdo sobre la OMC prevista en el artículo 22 del ESD (el argumento de no conformidad temporal) y, por otro, privar a los órganos legislativos y ejecutivos de la Comunidad del ámbito de maniobra por lo que respecta a la obediencia disfrutada por las partes entre los socios comerciales comunitarios (el argumento de no reciprocidad)[604].

Por último, el TJCE revisó si la Decisión impugnada cuadraba en algunas de las excepciones de la jurisprudencia del GATT de 1947 (asuntos *Fediol* y *Nakajima*) a lo que también respondió de manera negativa. Por lo que la República Portuguesa no podía sostener fundadamente que la Decisión impugnada se adoptó infringiendo determinas normas y ciertos principios fundamentales de la OMC[605]. La interpretación defendida por el TJCE en el caso de autos corresponde al enunciado del último considerando de la exposición de motivos de la Decisión 94/800, a cuyo tenor «por su propia naturaleza el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros»[606].

El Abogado General Sr. Antonio SAGGIO planteó sus críticas a la jurisprudencia europea mantenida respecto de la aplicabilidad directa del GATT de 1947 que finalmente también se mantuvo en el caso de autos en relación con el Acuerdo sobre la

[603] *Ibídem*, para. 47.
[604] GRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials*, *op. cit.*, pp. 347-349.
[605] Asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 23 noviembre 1999 [ECLI:EU:C:1999:574], para. 52.
[606] A raíz de la firma del Acuerdo sobre la OMC el Consejo adoptó la Decisión 94/800/CE, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1).

OMC [607]. En el apartado «Sobre la admisibilidad de los motivos relativos a la vulneración de las disposiciones de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio», el AG planteaba el análisis de la eficacia de los acuerdos internacionales en el ordenamiento jurídico de la UE. En el ámbito concreto del GATT de 1947, el AG señaló que la jurisprudencia europea mantenida «causa perplejidad» porque para que el GATT, así como los acuerdos celebrados con base en él, pudiesen considerarse fuente de Derecho y, por ende, pauta de legalidad de los actos comunitarios en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión, se había considerado necesario que sus disposiciones puedan ser invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales[608].

El AG defendía que una norma convencional puede, en principio, en razón de su contenido claro, preciso e incondicional, constituir una pauta de legalidad de los actos comunitarios sin que además dicha norma confiera necesariamente a los particulares Derechos subjetivos exigibles ante los órganos jurisdiccionales[609].

Las conclusiones del propio AG esclarecen las líneas precedentes al señalar que

> «Para que se produzca este último efecto en el ordenamiento jurídico comunitario y, por tanto, para que los particulares puedan invocar las disposiciones convencionales ante los órganos jurisdiccionales, es necesario que del contexto del acuerdo en su conjunto se desprenda que las normas convencionales pueden ser invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales. Con base en dichas consideraciones, estimo que la eventual exclusión de la eficacia directa de una norma convencional no justifica el no reconocimiento de su efecto vinculante para las Instituciones comunitarias y, por ende, tampoco la exclusión de su función de pauta (comunitaria) de legalidad»[610].

En el ámbito concreto del Derecho de la OMC,

> «(…) limitar la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar y aplicar las normas de la OMC únicamente al caso de que se trate de actos de ejecución de las mismas o de actos que contengan una remisión expresa a ellas equivaldría a supeditar la eficacia de la norma convencional a la adaptación del ordenamiento jurídico comunitario a las normas jurídicas

[607] Asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio 25 febrero 1999 [ECLI:EU:C:1999:92].
[608] *Ibídem*, para. 18.
[609] *Ibídem*, para. 18.
[610] *Ibídem*, para. 18.

internacionales mediante un acto de ejecución o de aplicación, lo que a su vez significaría reducir el alcance de la disposición del apartado 7 del artículo 228 del Tratado, el cual establece, según la interpretación del propio Tribunal de Justicia, que los acuerdos internacionales producen efectos en el ordenamiento jurídico comunitario a partir del momento de su celebración»[611].

135. Asunto *Dior* y *Assco*. En la sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 2000 del caso *Dior* v. *TUK*, el TJCE confirmó la argumentación dada en el caso *Portugal* v. *Consejo* y concluyó diciendo que las personas privadas no pueden invocar el Acuerdo sobre la OMC ante los tribunales en virtud del Derecho europeo[612].

El presente análisis de los asuntos acumulados *Dior* (C-300/98) y *Assco* (C-392/98) se va a centrar en el posible efecto directo del Acuerdo sobre la OMC. Para ello es importante distinguir por un lado el problema del efecto directo del artículo 50 del ADPIC dentro del ordenamiento jurídico de la UE y por otro lado las normas (internacionales o europeas) con respecto a las cuales se pueden controlar los actos de las Instituciones europeas dentro del ordenamiento jurídico de la UE[613].

El efecto directo del artículo 50 del ADPIC dentro del ordenamiento jurídico de la UE se enmarcaba dentro de materia de competencia estatal y por tanto cada ordenamiento nacional de los Estados miembros de la UE podía elegir cómo acomodarse a las obligaciones contenidas en el citado Acuerdo[614].

Para caracterizar los efectos de las normas internacionales en el ordenamiento europeo, el TJCE inició una jurisprudencia difusa en algunos casos trazando una distinción entre el efecto directo, entendido como la posibilidad para los particulares de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales normas que les confieren Derechos, y el problema de las disposiciones de acuerdos internacionales como normas de control en el contencioso de la legalidad de actos de las Instituciones europeas dentro del

[611] *Ibídem*, para. 18.
[612] Asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, Parfums Christian Dior SA y Tuk Consultancy BV (C-300/98); y Assco Gerüste GmbH, Rob van Dijk, que actúa con el nombre comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» y Wilhelm Layher GmbH & Co. KG, Layher BV (C-392/98), STJCE 14 diciembre 2000 [ECLI:EU:C:2000:688], paras. 42-44.
[613] CASTILLO DE LA TORRE, F., «OMC, Competencia prejudicial y Efecto Directo – La Sentencia *Dior/Assco*», *op. cit.*, p. 288.
[614] *Ibídem*, p. 291.

ordenamiento jurídico de la UE [615]. Los asuntos *Dior* y *Assco* se encuentran en este segundo supuesto aunque el lenguaje fluctuante del TJCE dificulta el análisis de esta materia[616].

En el caso de autos, el TJCE señala que la tarea de garantizar la conformidad el Derecho de la Unión con el ADPIC debe respetar un margen de maniobra a las instituciones europeas similar al de los terceros que han celebrado el Acuerdo sobre la OMC. Sin embargo, en este caso podría parecer discutible el dotar de dicha libertad a los Estados miembros de la Unión porque se podrían producir diferencias en el seno de la política comercial de la UE[617]. Esta percepción del Acuerdo sobre la OMC puede derivar en que tales Acuerdos no sean susceptibles de ser utilizados para impugnar ninguna acción u omisión de la UE y que ni los Estados ni los particulares puedan actuar contra los incumplimientos del Acuerdo sobre la OMC de sus propias instituciones[618].

La falta de reciprocidad que supondría para la UE reconocer el efecto directo de del Acuerdo sobre la OMC frente al resto de Miembros de la Organización y el perjuicio para aquélla en el sistema multilateral del comercio han sido reiterados por el TJUE en sucesivas sentencias[619]. No obstante, la falta de efecto directo del Acuerdo sobre la OMC tiene como consecuencia la imposibilidad de que las personas privadas puedan invocar Derechos reconocidos en el Derecho de la OMC ante los tribunales de la Unión o de los Estados miembros. En el caso de autos, reiterando jurisprudencia anterior, el TJCE se basó en el argumento de que las disposiciones de los Acuerdos de la OMC y concretamente en el caso de autos las disposiciones del ADPIC invocadas no eran claras, precisas e incondicionales y, por tanto, carecían de efecto directo.

136. Excepciones a la regla general de la negación del efecto directo. El TJCE reconoce dos supuestos que constituyen la excepción a la regla general de no

[615] *Ibídem*, pp. 293, 296.
[616] *Ibídem*, p. 297.
[617] *Ibídem*, pp. 299-300.
[618] *Ibídem*, p. 300.
[619] En esta dirección pueden verse por ejemplo las sentencias del Asunto C-27/00, *The Queen y Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte: Omega Air Ltd (asunto C-27/00)*, STJCE 12 de marzo de 2002 [ECLI:EU:C:2002:161]; Asunto C-93/02 P, *Biret v. Consejo*, STJCE 30 septiembre 2003 [ECLI:EU:C:2003:517]; Asunto C-94/02 P, *Biret et Cie v. Consejo*, STJCE 30 septiembre 2003 [ECLI:EU:C:2003:518].

reconocimiento del efecto directo de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC: 1) cuando la Unión implemente una obligación particular asumida en el contexto de la OMC (primera excepción); 2) cuando una medida de la Unión se refiera expresamente a una disposición de los Acuerdos de la OMC (segunda excepción). Estos argumentos se mantienen en la misma línea que la jurisprudencia *Nakajima* (primera excepción) y *Fediol* (segunda excepción) analizada respecto del efecto directo del GATT de 1947.

137. Asunto *Petrotub*. Las empresas Petrotub SA y Republica SA interpusieron un recurso de casación contra la sentencia del TPI de 15 de diciembre de 1999, Petrotub y República/Consejo (asuntos acumulados T-33/98 y T-34/98, Rec. p. II-3837), en la que se solicitaba la anulación del Reglamento (CE) n° 2320/97 del Consejo, de 17 de noviembre de 1997, por el que se establecen Derechos antidumping definitivos con respecto a las importaciones de determinados tubos sin soldadura, de hierro o acero sin alear, originarios de Hungría, Polonia, Rusia, la República Checa, Rumania y la República Eslovaca, por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 1189/93 y por el que se da por concluido el procedimiento relativo a dichas importaciones originarias de la República de Croacia (DO L 322, p. 1).

En relación con la cuestión del efecto directo del Acuerdo sobre la OMC y el caso de autos conviene centrar el análisis en las alegaciones de la empresa Petrotub SA que reclamaban la aplicación del Código antidumping de 1994 para la interpretación del Reglamento (CE) n° 2320/97[620]. A este respecto la empresa Petrotub SA presentó un extracto de una comunicación de 15 de febrero de 1996 dirigida por la Comisión a la Secretaría del Comité de Prácticas Antidumping de la OMC, que contiene en particular una respuesta a cuestiones planteadas por diversos Estados miembros de la OMC en relación con la interpretación del artículo 2.4.2 del Código antidumping de 1994[621].

> «Según Petrotub, esta comunicación significa que la Comunidad considera que la explicación contemplada en el artículo 2.4.2 del Código antidumping de 1994 debe figurar en la motivación

[620] Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (DO 1994, L 336, p. 103; en lo sucesivo, «Código antidumping de 1994») figura como anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, aprobado mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1).

[621] Asunto C-76/00 P, *Petrotub SA y Republica SA* v. *Consejo de la Unión Europea*, S TJCE 9 enero 2003 [ECLI:EU:C:2003:4], paras. 22-23.

exigida por el artículo 190 del Tratado, es decir, que la suficiencia de la motivación que justifica el empleo del método asimétrico debe evaluarse a la luz de dicho artículo 2.4.2. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia incurrió, en el apartado 105 de la sentencia recurrida, en un error de Derecho al no tomar en consideración esta disposición del Código antidumping para determinar si el Reglamento impugnado contenía una motivación suficiente respecto a dicho artículo 190»[622].

Ante esta alegación, el Consejo y la Comisión consideraron que la obligación el artículo 2.4.2 del Código antidumping de 1994 no constituía, como tal, una norma aplicable[623].

El TJCE en reiterada jurisprudencia reconoce su capacidad de controlar la legalidad de un acto comunitario en relación con las normas de la OMC cuando dicho acto tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de la OMC[624]. Este asunto constituye un ejemplo de la primera excepción a la regla general del no reconocimiento del efecto directo porque el TJCE consideró que quedaba de manifiesto que la Unión adoptó el Reglamento (CEE) n° 2331/96 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO L 317, p. 1) que modificó el Reglamento (CE) n° 384/96 del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea (DO 1996, L 56, p. 1),

«(…) para cumplir sus obligaciones internacionales derivadas del Código antidumping de 1994 y que, mediante el artículo 2, apartado 11, de este Reglamento, se propuso satisfacer las obligaciones específicas que se desprenden del artículo 2.4.2 de dicho Código. En esta medida, como resulta de la jurisprudencia a que se ha hecho referencia en el apartado 54 de la presente sentencia, corresponde al Tribunal de Justicia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trata en relación con esta última disposición»[625].

«En estas circunstancias, procede estimar que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al considerar, en el apartado 105 de la sentencia recurrida, que no procedía tomar en consideración el artículo 2.4.2 del Código antidumping de 1994 para determinar si el Consejo había cumplido la obligación de motivación del Reglamento impugnado y al declarar,

[622] *Ibídem*, para. 24.
[623] *Ibídem*, para. 48.
[624] *Ibídem*, para. 54.
[625] *Ibídem*, para. 56.

en consecuencia, en el apartado 114 de dicha sentencia, que el referido Reglamento estaba suficientemente motivado respecto al artículo 190 del Tratado»[626].

138. Posible efecto directo del Anexo 4(b) Acuerdo sobre Contratación Pública. El Anexo 4(b) del Acuerdo sobre la OMC lo constituye el Acuerdo sobre Contratación Pública. El párrafo 2 del artículo XX del Acuerdo sobre Contratación Pública dispone que

> «Cada Parte establecerá procedimientos no discriminatorios, oportunos, transparentes y eficaces, que permitan a los proveedores impugnar las presuntas infracciones del presente Acuerdo que se produzcan en el contexto de una contratación en la que tengan o hayan tenido interés».

Este artículo supone una obligación de asegurar el cumplimiento del Acuerdo sobre Contratación Pública para los tribunales nacionales[627]. Si bien el artículo XX del Acuerdo sobre Contratación Pública no obliga a las Partes contratantes a reconocer Derechos a los individuos sobre la base de este Acuerdo, esta disposición puede entenderse como una obligación procesal que requiere procedimientos efectivos y oportunos para los individuos en los ordenamientos jurídicos nacionales[628]. Esta obligación puede completarse con el establecimiento de un sistema de revisión compatible con el citado artículo XX que obligue a los tribunales nacionales basándose en las normas nacionales que implementen el Acuerdo sobre Contratación Pública[629].

En 2006, el Secretario del Comité de Contratación Pública presentó una revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública. Este nuevo texto modifica el artículo XX del anterior Acuerdo y propone en su artículo XVIII, «Procedimientos internos de revisión para las impugnaciones de los proveedores»[630]. El párrafo 1 del artículo XVIII del nuevo Acuerdo sobre Contratación Pública dispone que

---

[626] *Ibídem*, para. 62.
[627] COTTIER, T., *The Challenge of the WTO Law: Collected Essays*, Cameron May, London, 2006, p. 315; HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, p. 27.
[628] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, 2012, p. 28.
[629] DENDAUW, I., «New WTO Agreement on Goverment Procurement: Analysis of the Framework for Bid Challenge Procedures and the Question of Direct Effect», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 18, Núm. 3, 2000, pp. 254, 265-266; MAVROIDIS, P. C.; ZDOUC, W., «Legal Means to Protect Private Parties' Interest in the WTO», *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, Núm. 3, 1998, pp. 407, 413.
[630] Revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública al 8 de diciembre de 2006, GPA/W/297 de 11 de diciembre de 2006.

> «Cada Parte establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, mediante el cual el proveedor pueda presentar una impugnación alegando: a) una infracción del presente Acuerdo; o, b) cuando el proveedor no tiene derecho a alegar directamente una infracción del Acuerdo con arreglo a la legislación nacional de una Parte, la falta de cumplimiento de las medidas de aplicación del presente Acuerdo adoptadas por una Parte, que surja en el contexto de una contratación abarcada en la que tenga o haya tenido interés. Las normas de procedimiento para las impugnaciones constarán por escrito y estarán a disposición del público».

En esta nueva redacción distingue entre las denuncias basadas en el propio Acuerdo sobre Contratación Pública y aquellas que se basan en las medidas que implementan dicho Acuerdo. El primer supuesto implica el efecto directo del Acuerdo y la conjunción disyuntiva «o» sugiere que las Partes contratantes pueden elegir entre reconocer la aplicación directa de dicho Acuerdo o no en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Los procedimientos internos de impugnación deberán ser regulados en cualquiera de los dos casos sin que se requiera el efecto directo del ACP para su impugnación[631].

Tomando como referencia el texto revisado del Acuerdo sobre Contratación Pública, el efecto directo es una de las opciones para que las partes contratantes puedan cumplir con la obligación general de regulación de los procedimientos internos de impugnación. La importancia de este procedimiento reside en que por primera vez dentro del marco del Derecho de la OMC se regula que los tribunales nacionales tengan que intervenir en la implementación del acuerdo internacional en cuestión. El ESD no puede hacer cumplir de manera adecuada el procedimiento interno de revisión para las impugnaciones de los proveedores regulado en el artículo XVIII el nuevo Acuerdo sobre Contratación Pública[632].

En cualquier procedimiento de contratación pública, la medida objeto de controversia se refiere a un único hecho, la oferta pública. Sin embargo, las contramedidas previstas en el ESD sólo pueden afectar al incumplimiento en curso y minimizar los posibles daños futuros después de la expiración del periodo de tiempo

[631] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, p. 30.
[632] DENDAUW, I., «New WTO Agreement on Goverment Procurement: Analysis of the Framework for Bid Challenge Procedures and the Question of Direct Effect», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 18, Núm. 3, 2000, pp. 254, 265-266; HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, 2012, p. 30.

razonable otorgado a la parte demandada y condenada para el cumplimiento del informe adoptado por el OSD. En un caso de contratación pública, cuando el OSD adopta el informe, no existe jurídicamente ninguna medida para poner en conformidad con el Derecho de la OMC. Los informes adoptados por el OSD no constituyen por tanto un remedio suficiente ni puede proporcionar una disuasión suficiente para el conjunto de Miembros de la Organización. Sin embargo, los tribunales nacionales pueden ser capaces de solucionar este problema de obtener una reparación efectiva respecto de las demandas sobre procedimientos de contratación pública específicos[633].

3. La efectividad y el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro de la Unión

139. La aplicabilidad de las decisiones adoptadas en el marco del SSD en el ordenamiento jurídico de la UE. En relación con las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales internacionales, el Tribunal de Justicia europeo entiende que son obligaciones internacionales a las que se ha de dar cumplimiento, sin embargo, no admite su efecto directo[634]. Por tanto, el Tribunal reconoce que la UE puede estar vinculada por decisiones adoptadas en un sistema de solución de diferencias internacional creado por un tratado del que la Unión sea parte. No obstante, habrá que atender a la naturaleza y a las características de cada mecanismo de solución de controversias internacional para determinar su efecto dentro del ordenamiento jurídico de la UE.

La cuestión que se plantea en este momento es si, desde la perspectiva de la UE, los informes adoptados por el OSD o las soluciones mutuamente convenidas que ponen fin a una diferencia, crean una obligación de cumplimiento en el sentido tradicional del Derecho internacional para la parte de la diferencia demandada y condenada y si los tribunales europeos y/o nacionales están obligados por dichos informes[635]. En definitiva

[633] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, p. 30.
[634] LÓPEZ BARRERO, Esther. *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 439. *Vide* en esta dirección, Dictamen del TJCE 1/76, de 26 de abril de 1977, *Rec* 1977, p. 741; y dictamen del TJCE 1/91, de 14 de diciembre de 1994, *Rec* 1991, p. I-6079.
[635] ANTONIADIS, A., «The European Union and WTO law: a nexus of reactive, coactive, and proactive approaches», *World Trade Review*, Vol. 6, Núm. 1, 2007, pp. 55-70; RUIZ FABRI, H., «Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations», *op. cit.*, pp. 151-173.

se trata de determinar el posible efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD en el ordenamiento jurídico de la UE.

En aras de responder a la cuestión planteada, el TJUE toma en consideración la naturaleza y las características expuestas en la presente investigación del SSD de la OMC para determinar el posible efecto directo en el ordenamiento jurídico europeo de las decisiones adoptadas cuando la UE ha sido parte demandada y condenada en una diferencia[636]. Al igual que ocurre en la esfera del Acuerdo sobre la OMC, la justicia europea no reconoce la posibilidad de aplicar directamente los informes adoptados en el marco del SSD de la OMC, reafirmando la línea jurisprudencial defendida durante la época del GATT de 1947. Aunque no se comparta dicha jurisprudencia, hay que reconocerle su coherencia con la línea defendida en la aplicación del Derecho de la OMC, y en general con la recepción del Derecho del GATT/OMC en la esfera europea[637]. El Tribunal trata de respetar la libertad de las partes contratantes en la adopción de cada tratado internacional en concreto. Esta libertad para reconocer el efecto directo puede resultar problemática por las distintas circunstancias que pueden dar tal y como se apunta a continuación. Si el efecto directo de la norma internacional tiene que ser recogido por el propio tratado, de acuerdo a la naturaleza y a las características del mismo en el ámbito internacional, la discrecionalidad del Tribunal de Justicia no queda clara para determinar el efecto concreto (directo o no) de dicho tratado en el ordenamiento jurídico europeo. Si el efecto directo de la norma internacional se tiene que determinar en base a la naturaleza internacional del tratado, se podría esperar que las partes contratantes interpretasen el acuerdo de la misma manera para alcanzar una misma posición en relación con su efecto directo. Estas cuestiones, en el ámbito concreto de la UE, tienen una complejidad mayor ya que el Acuerdo sobre la OMC se adoptó como un acuerdo mixto y su aplicación depende no sólo del Tribunal de Justicia de la Unión sino también de los tribunales nacionales[638].

[636] BONAFÉ, B.I., «Direct Effect of International Agreements in the EU legal order: Does it depend on the Existence of an International Dispute Settlement Mechanism?» en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, pp. 244-245.
[637] LÓPEZ BARRERO, Esther. *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, pp. 439-440.
[638] BONAFÉ, B.I., «Direct Effect of International Agreements in the EU legal order: Does it depend on the Existence of an International Dispute Settlement Mechanism?» en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, pp. 245-247.

La jurisprudencia europea sobre el efecto directo de los tratados internaciones reposa en las características del tratado a interpretar en cada caso concreto. Una variedad de factores son tenidos en cuenta por el Tribunal como son la naturaleza y el propósito del acuerdo internacional tal y como se ha apuntado *supra* en la presente investigación. Además, la naturaleza del mecanismo de solución de controversias creado por cada respectivo tratado juega un papel fundamental para ayudar a conocer el modo en que dicho tratado asegura el cumplimiento de sus obligaciones. Este enfoque parece permitir comprender la forma en la que las obligaciones internacionales han sido concebidas en su propio ámbito jurídico y también cómo pretenden que se garantice su cumplimiento internamente por las partes contratantes[639]. A continuación se propone analizar la jurisprudencia europea paradigmática respecto del efecto directo (o no) de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro del ordenamiento jurídico de la UE y, por ejemplo, si estos documentos crean Derechos para los particulares europeos amparados por la justicia europea.

140. Asunto *Atlanta*. En el asunto *Atlanta*, la empresa Atlanta interpuso un recurso de casación, con arreglo al artículo 49 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de diciembre de 1996, Atlanta y otras/Comunidad Europea (T-521/93, [ECLI:EU:T:1996:184]), mediante la cual el TPI desestimó su recurso destinado a que se condenara a la Unión, representada por el Consejo y la Comisión, al pago de una indemnización por daños y perjuicios para reparar el daño irrogado por la adopción del Reglamento (CEE) n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DO L 47, p. 1)[640].

Este asunto se enmarca dentro la diferencia de bananos que se inició ante el GATT de 1947 y que se trasladó a la OMC bajo la nomenclatura DS27[641]. El recurso de

[639] *Ibídem*, p. 248.
[640] Asunto C-104/97 P, *Atlanta v. Comunidad Europea*, STJCE 14 octubre 1999 [ECLI:EU:C:1999:498], para. 1.
[641] El régimen sobre la importación de bananos ha generado varias diferencias en el marco del sistema multilateral de comercio que se iniciaron al amparo del GATT de 1947 y que concluyeron finalmente en el marco de la OMC con la adopción el 8 de noviembre de 2012 del Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de bananos (WT/L/84). La diferencia de bananos ha sido una de las más dilatadas en el tiempo en su solución. Para una visión general sobre la misma entre el GATT de 1947 y el ESD de la OMC, *vide* <http://www.wto.org/spanish/news_s/pres09_s/pr591_s.htm> (última revisión, 24 de junio de 2014). En la presente investigación, las cuestiones que se suscitaron durante la vigencia del GATT de 1947 se han

casación de Atlanta se basó en el informe del OA adoptado por el OSD el 25 de septiembre de 1997. Sin embargo, el TJCE se basó en el propio Derecho europeo para inadmitir este motivo. El TJCE no desarrolló su posición respecto de la negación de la eficacia directa de los informes del SSD sobre la propia naturaleza del ESD[642].

La posición del Abogado General Sr. Jean MISCHO en cuanto al motivo alegado por la empresa Atlanta sobre la aplicabilidad de las recomendaciones y resoluciones del OSD adoptadas el 25 de septiembre de 1997 se mantuvo en la línea y la argumentación defendida por el TJCE y concluyó que

> «(…) en el caso de autos la recurrente no puede basarse en las disposiciones del Acuerdo sobre la solución de diferencias, ni tampoco en una resolución del Órgano de Apelación, para aducir una obligación de indemnización de la Comunidad por la aplicación de la normativa controvertida»[643].

141. Asunto *Chemnitz*. El asunto *Chemnitz* está también conectado con la diferencia de bananos (DS27) suscitada en el marco del ESD de la OMC[644]. El caso de autos tiene por objeto una demanda de anulación de la Decisión de la Comisión (VI/6251/97/DE), de 9 de julio de 1997, por la que se deniega la solicitud de la demandante destinada a la concesión de certificados de importación en el marco de las medidas transitorias previstas por el artículo 30 del Reglamento (CEE) n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DO L 47, p. 1).

> «En apoyo de su recurso, la demandante invoca un único motivo, basado en la infracción del artículo 30 del Reglamento n° 404/93 y en desviación de poder. En su réplica, la demandante expone que su recurso podría quedar sin objeto como consecuencia del informe del Órgano Permanente de Apelación de la OMC dictado el 9 de septiembre de 1997 y adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC el 25 de septiembre de 1997. En la vista, precisó que seguía teniendo interés en obtener la anulación de la Decisión impugnada y que esta

---

analizado en el asunto *Chiquita Italia* en el apartado relativo a la «a'. La cuestión del efecto directo del GATT de 1947».

642 Asunto C-104/97 P, *Atlanta v. Comunidad Europea*, STJCE 14 octubre 1999 [ECLI:EU:C:1999:498], paras. 16-23.

643 *Ibídem*, para. 32.

644 Asunto T-254/97, *Fruchthandelsgesellschaft Chemnitz v. Comisión*, STPI 28 septiembre 1999 [ECLI:EU:T:1999:178].

anulación puede estar fundada eventualmente en la decisión del Órgano de Solución de Diferencias»[645].

En el análisis que ocupa a la presente investigación se podría destacar como clave la afirmación de la parte demandante según la cual «(…) las decisiones imperativas del Órgano de Solución de Diferencias pueden tener efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario»[646].

Con la subsiguiente réplica de la Comisión,

«La Comisión considera que, aunque se reconociera efecto directo a la decisión del Órgano de Solución de Diferencias, ésta no afectaría a la situación de la demandante. En efecto, la citada decisión no pone en entredicho la existencia del contingente arancelario para los plátanos de países terceros y los plátanos no tradicionales ACP. En cualquier caso, aun suponiendo que no se aplique el actual régimen de certificados de importación, no se ha demostrado que la demandante, como empresa de maduración de plátanos, pueda obtener certificados de importación en el marco del contingente arancelario y, de ser así, en qué medida. Por tanto, la demandante no puede deducir un Derecho subjetivo a participar en el contingente arancelario ni de las normas del GATT, ni de la decisión del Órgano de Solución de Diferencias, ni de las normas de Derecho comunitario»[647].

Sin embargo, el TPI concluyó el posible debate sobre la aplicabilidad del citado informe del OSD en el asunto de autos en los siguientes párrafos de su sentencia,

«Procede precisar que el informe del Órgano Permanente de Apelación de 9 de septiembre de 1997, adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias el 25 de septiembre de 1997, no pone en entredicho el sistema de contingente arancelario como tal. En efecto, este informe llega a la conclusión de que existían algunos elementos discriminatorios en el régimen establecido por el Reglamento n° 404/93, sin declarar el conjunto del régimen incompatible con el GATT ni con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS). De esta forma, la Comunidad adoptó modificaciones al régimen establecido por el Reglamento n° 404/93 con objeto de atenerse a este informe y a la decisión del Órgano de Solución de Diferencias [véase el Reglamento (CE) n° 1637/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica el Reglamento n° 404/93 (DO L 210, p. 28)]»[648].

[645] *Ibídem*, para. 20.
[646] *Ibídem*, para. 22.
[647] *Ibídem*, para. 23.
[648] *Ibídem*, para. 26.

«Por consiguiente, la demandante no puede invocar el informe y la decisión de que se trata para afirmar que el sistema por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano ya no existe»[649].

«Por otra parte, la demandante no ha probado la existencia de relación jurídica entre la decisión del Órgano de Solución de Diferencias y su recurso»[650].

El TPI entendió que la alegación de la demandante basada en los efectos del informe del OA y de la decisión del OSD debía desestimarse por infundada, sin que fuera preciso examinar si las decisiones imperativas del OSD tienen efecto directo porque estas disposiciones no imponían a su destinatario una obligación incondicional y suficientemente clara y precisa a favor del interesado[651].

El asunto *Chemnitz* supone el inicio de una serie considerablemente amplia de controversias jurídicas iniciadas ante la justicia europea sobre la diferencia de bananos (DS27) donde se sucederán momentos procesales (aparentemente) concluyentes en el marco del SSD de la OMC con asuntos planteados ante la justicia europea en aras de forzar un cambio en la jurisprudencia europea sobre el efecto directo de los informes adoptados por el OSD y como consecuencia de lo anterior forzar la implementación de las decisiones adoptadas en el marco del SSD por parte de la UE[652].

142. Asunto *Biret International*. En el asunto *Biret International* se resolvía un recurso de casación de la sentencia del TPI de 11 de enero de 2003, *Biret International v. Consejo* (T-174/00, [ECLI:EU:T:2002:2]), por la que se desestimó su recurso de indemnización basado en los artículos 178 y 215, párrafo segundo, del TCE (actualmente artículos 268 del TFUE y 240 del TFUE), que tenía por objeto la reparación del perjuicio que la demandante afirmaba haber sufrido como consecuencia de la prohibición de importar a la Unión carne bovina de animales de explotación a los que se hayan administrado determinadas sustancias de efecto hormonal[653]. La parte recurrente entendió que había sufrido un perjuicio por el incumplimiento por parte de

[649] *Ibídem*, para. 27.
[650] *Ibídem*, para. 28.
[651] *Ibídem*, para. 30.
[652] En la misma línea de jurisprudencia *vide* también los asuntos acumulados T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 y T-225/99, *Comafrica y Dole Fresh Fruit Europe v. Comisión*, STPI 12 julio 2001 [ECLI:EU:T:2001:184].
[653] Asunto C-93/02 P, *Biret International v. Consejo*, STJCE 30 septiembre 2003 [ECLI:EU:C:2003:517], para. 1.

las instituciones europeas de los informes adoptados por el OSD en la diferencia de hormonas (DS26 y DS48) tras la expiración del plazo prudencial de cumplimiento (13 de mayo de 1999)[654].

En relación con el Acuerdo sobre la OMC, la parte recurrente alegó varias razones a favor del reconocimiento del efecto directo del Acuerdo sobre la OMC o de parte de ellos y de la posibilidad que debería tener el TJCE de controlar su respeto por parte de las normas europeas,

> «En primer lugar, razones ligadas al propio contenido de las disposiciones de los Acuerdos OMC [Acuerdo sobre la OMC, siguiendo la terminología de la presente investigación] y de su evolución previsible: un creciente número de dichas disposiciones -como las relativas a la contratación pública, a la propiedad intelectual o, incluso, a la seguridad alimentaria- tienen efectivamente un impacto directo no solamente en las relaciones jurídicas entre los Estados y sus nacionales, sino también entre los propios particulares. En segundo lugar, razones de equidad en los efectos del sistema de solución de diferencias de la OMC: sería contradictorio no permitir a los particulares invocar determinadas disposiciones de los Acuerdos OMC cuando, además, medidas de represalia comercial, adoptadas con arreglo a otras disposiciones de dichos Acuerdos, causan perjuicio a empresas de la Unión Europea. Por último, razones ligadas a la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico comunitario, en cuyo marco son sujetos de Derecho no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales (véase la sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, 26/62, Rec. p. 1)»[655].

Sin embargo, en relación con la cuestión del efecto directo del Acuerdo sobre la OMC el TJCE reiteró su jurisprudencia

> «(…) teniendo en cuenta su naturaleza y su espíritu, los Acuerdos OMC no forman parte en principio de las normas respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias (sentencia Portugal/Consejo, antes citada, apartado 47; auto OGT Fruchthandelsgesellschaft, antes citado, apartado 24; sentencias Omega Air y otros, antes citada, apartado 93, y de 9 de enero de 2003, Petrotub y Republica/ Consejo, C-76/00 P, Rec. p. 1-79, apartado 53)»[656].

---

[654] *Ibídem*, paras. 19-27.
[655] *Ibídem*, para. 46. Para ampliar estos argumentos *vide* también las conclusiones del AG del caso de autos donde se resumen de manera sumaria, Asunto C-93/02 P, *Biret International v. Consejo*, Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber 15 mayo 2003 [ECLI:EU:C:2003:291], paras. 19-26.
[656] *Ibídem*, para. 52.

Teniendo en cuenta que el caso de autos tampoco se encontraba ante ninguna de las excepciones previstas por la jurisprudencia europea para reconocer el efecto directo del Acuerdo sobre la OMC y por tanto el TJCE no reconoció efecto directo al Acuerdo SPS (DO 1994, L 336, p. 40)[657]. Esta posición también se defendió por el Abogado General Sr. Siegbert ALBER en el caso de autos[658].

En relación con el aspecto concreto del efecto directo de los informes adoptados por el OSD, el TJCE tuvo que responder a la misma cuestión a la que se enfrentó el TPI ya que

> «(…) el Tribunal de Primera Instancia tenía aún que responder a la alegación según la cual los efectos jurídicos de la resolución del OSD de 13 de febrero de 1998 en relación con la Comunidad Europea podían poner en tela de juicio su apreciación respecto a la falta de efecto directo de las normas de la OMC y justificar que el juez comunitario ejerciese el control de legalidad de las Directivas 81/602, 88/146 y 96/22 a la luz de dichas normas, en el marco de la acción de indemnización ejercida por la recurrente»[659].

El OSD, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 21 del ESD, concedió un plazo prudencial a la UE para el cumplimiento de sus informes que expiró el 13 de mayo de 1999[660]. El TJCE desestimó el presente motivo de casación siguiendo la línea argumental del TPI y entendió que la alegación de la violación del Acuerdo SPS no estaba fundada[661]. Esta línea argumental se condensa en los párrafos de la sentencia del TJCE que se transcriben a continuación

> «Ello significa que, en todo caso, por lo que se refiere al período anterior al 13 de mayo de 1999, el juez comunitario no puede ejercer un control de legalidad de los actos comunitarios controvertidos, en particular en el marco de un recurso de indemnización interpuesto con arreglo al artículo 235 CE, so pena de privar de efecto al acto de concesión de un plazo razonable para cumplir las recomendaciones o resoluciones del OSD, previsto en el marco del sistema de solución de diferencias establecido por los Acuerdos OMC»[662].

---

[657] *Ibídem*, para. 54.
[658] Asunto C-93/02 P, *Biret International v. Consejo*, Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber 15 mayo 2003 [ECLI:EU:C:2003:291], paras. 54-69.
[659] Asunto C-93/02 P, *Biret International v. Consejo*, STJCE 30 septiembre 2003 [ECLI:EU:C:2003:517], para. 57.
[660] *Ibídem*, para. 61.
[661] *Ibídem*, paras. 65-66.
[662] *Ibídem*, para. 62.

> «Es preciso añadir que de la sentencia recurrida se desprende que el Tribunal de Commerce de Paris inició un procedimiento de liquidación judicial contra la recurrente mediante resolución de 7 de diciembre de 1995 y fijó provisionalmente como fecha de la suspensión de pagos el 28 de febrero de 1995. Ello implica que queda excluido que los supuestos efectos perjudiciales para la recurrente por mantenerse en vigor, después del 1 de enero de 1995, las Directivas 81/602 y 88/146 así como por adoptarse, el 29 de abril de 1996, la Directiva 96/22, hayan podido producirse en el período posterior al 13 de febrero de 1998, fecha en que se adoptó la resolución del OSD relativa a las importaciones de carnes con hormonas, y *a fortiori* al 13 de mayo de 1999, fecha en que expiró el plazo de quince meses obtenido por la Comunidad para cumplir sus obligaciones con arreglo a las normas de la OMC»[663].

> «En dicho contexto y sin necesidad de preguntarse por las posibles consecuencias indemnizatorias que pudieran deducirse para los particulares de la no ejecución por la Comunidad de una resolución del OSD que declara la incompatibilidad de un acto comunitario con las normas de la OMC, es preciso señalar que, en el presente asunto, al no existir los alegados daños después del 13 de mayo de 1999, no se puede exigir en ningún caso la responsabilidad de la Comunidad»[664].

Frente a la posición el TJCE, el Abogado General Sr. Siegbert ALBER en el caso de autos entendió que se debía devolver el asunto al TPI para su resolución porque contrariamente a lo que sentenció el Tribunal, el AG sí defendió la posibilidad de reconocer una indemnización a favor de la empresa Biret International en base al informe adoptado por el OSD en las diferencias DS26 y DS48[665]. En sus conclusiones defendió que

> «(…) procede determinar el alcance jurídico de las resoluciones del OSD en el marco del Derecho comunitario y, en particular, si entrañan la aplicabilidad directa del Derecho de la OMC en el sentido de que un particular puede invocar las apreciaciones del OSD para fundamentar un recurso de indemnización»[666].

En el marco del SSD de la OMC no es posible que las partes de la diferencia acuerden incumplir los acuerdos abarcados y, por tanto, la no aplicación de las

[663] *Ibídem*, para. 63.
[664] *Ibídem*, para. 64.
[665] Asunto C-93/02 P, *Biret International v. Consejo*, Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber 15 mayo 2003 [ECLI:EU:C:2003:291], para. 129.
[666] *Ibídem*, para. 71.

recomendaciones o resoluciones del OSD puede ser una opción de política comercial pero en ningún caso se trata de una opción jurídica posible al amparo del ESD[667].

> «Al fin y al cabo, el hecho de que la no aplicación de una recomendación o resolución del OSD sea efectivamente una opción de política comercial se debe únicamente y exclusivamente a la inexistencia de cualquier posibilidad de imponer su ejecución forzosa. Dichas recomendaciones o resoluciones sólo pueden reforzarse mediante medidas de represalia clásicas (suspensión de concesiones). Esto es algo que se debe a su carácter de normas de Derecho internacional. En principio, el Derecho internacional no contempla las medidas coercitivas. Una característica que, por lo demás, también caracterizaba al Derecho comunitario hasta el Tratado de Maastricht. Sólo tras la introducción del artículo 228 CE, apartado 2, se estableció la posibilidad de sancionar el incumplimiento de sentencias por parte de los Estados miembros mediante el pago de sumas a tanto alzado y multas coercitivas. En consecuencia, la no ejecutabilidad forzosa de las recomendaciones y resoluciones del OSD no constituye un argumento para que el Tribunal de Justicia no las respete»[668].

Para determinar el derecho a la indemnización de la parte reclamante, quedaba por determinar si el informe adoptado por el OSD era una norma directamente aplicable y si además tenía por objeto proteger a los particulares. En relación con la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, el AG se centró en rebatir dos de los argumentos mantenidos por la jurisprudencia europea: el margen de maniobra de las instituciones europeas y el principio de reciprocidad[669].

En relación con el margen de maniobra es esclarecedor transcribir la posición del Abogado General Sr. Siegbert ALBER en el caso de autos,

> «El reconocimiento de efecto directo al [d]erecho de la OMC a efectos de fundamentar un eventual derecho a indemnización no limita el margen de maniobra de los órganos legislativos y ejecutivos en relación con la cuestión de cómo debe aplicarse una recomendación del OSD. El modo en que la Comunidad pone sus medidas en conformidad con las obligaciones derivadas del Acuerdo SPS no deja de ser potestad de los órganos comunitarios competentes. Esto podría significar, claramente, que la Comunidad vuelva a establecer, basándose en nuevos conocimientos científicos o en forma de medidas cautelares de protección, una prohibición de importación que sea esta vez compatible con el Acuerdo SPS. La vía por la que se optaba en la Propuesta COM (2000) 320 sigue estando abierta aun en el caso de que se reconozca el efecto directo del SPS en virtud de la recomendación del OSD de 13 de febrero de 1998. El

[667] *Ibídem*, paras. 82-86.
[668] *Ibídem*, para. 88.
[669] *Ibídem*, paras. 89-114.

> reconocimiento del efecto directo del Derecho de la OMC concretado mediante un pronunciamiento del OSD no sirve de base a ningún Derecho de los particulares a una determinada actuación de los órganos comunitarios. Biret tan sólo obtiene la posibilidad de exigir a la Comunidad una reparación económica siempre que se cumplan los demás requisitos para ello»[670].
>
> «Con arreglo a la jurisprudencia, un recurso de indemnización no puede tener por objeto la supresión de una determinada medida, sino la reparación del perjuicio causado por un órgano comunitario. Por consiguiente, mediante el reconocimiento del efecto directo del Derecho de la OMC no se otorga a Biret la posibilidad de exigir un determinado comportamiento a la Comunidad. Así, Biret no puede exigir la supresión de la prohibición de importación de la carne tratada con hormonas ni, por tanto, la renuncia a la protección de la salud y de los consumidores perseguida por el legislador comunitario. Por el contrario, se trata del fundamento de un posible Derecho de reparación económica frente a la Comunidad o frente a los órganos comunitarios competentes que no han aplicado la recomendación o resolución del OSD dentro del plazo prudencial fijado por la OMC. En consecuencia, el reconocimiento del efecto directo del Derecho de la OMC concretado mediante recomendaciones o resoluciones del OSD no implica tampoco que pueda importarse en la Comunidad carne tratada con hormonas»[671].

Por tanto, el AG defendió que el Tribunal de Justicia no limitaría el margen de maniobra de los órganos legislativos y ejecutivos de la Unión en la aplicación de los informes adoptados por el OSD tras la expiración del plazo prudencial de cumplimiento[672]. Además, el reconocimiento del efecto directo del Derecho de la OMC a efectos de fundar un eventual derecho a indemnización no debería quedar excluido por el hecho de que con ello pudiera limitarse el margen de maniobra de los órganos legislativos y ejecutivos de la UE[673].

Respecto de la garantía del principio de reciprocidad que caracteriza las relaciones en el seno de la OMC, la negación del efecto directo del Derecho de la OMC fundamentada en la afirmación de que se debilitaría considerablemente la posición negociadora de la Unión en el seno de la OMC se justifica sobre todo tratando de mantener una posición de igualdad entre las obligaciones internacionales asumidas por

[670] *Ibídem*, para. 93.
[671] *Ibídem*, para. 94.
[672] *Ibídem*, para. 95.
[673] *Ibídem*, para. 96.

la UE y la posición de los EEUU[674]. Sin embargo, el Abogado General Sr. Siegbert ALBER señaló que el argumento relativo a la reciprocidad

> « (…) se trata más bien de un argumento de política comercial revestido de un ropaje jurídico mediante la utilización de la etiqueta del «principio de reciprocidad». Resulta más que dudoso hasta qué punto la posición negociadora de la Comunidad podría verse efectivamente debilitada por el reconocimiento del efecto directo del Derecho de la OMC a efectos de fundamentar un derecho a indemnización. Cuando la Comunidad infringe las normas de la OMC, está obligada, como se ha indicado, a aplicar las recomendaciones o resoluciones del OSD. Cuando es otro Miembro el que infringe las normas de la OMC, la Comunidad puede iniciar un procedimiento de solución de diferencias y exigir la aplicación del dictamen del OSD. Tan sólo cabría hablar de la existencia de una posición negociadora que pudiera verse debilitada en el caso de que se considerara que las partes en litigio pueden llegar a un acuerdo sobre el mantenimiento de las medidas contrarias a la OMC. Ahora bien, como he señalado antes, esto no es posible»[675].

Por todo lo antedicho, el AG concluyó este punto considerando que el Derecho de la OMC debiera ser directamente aplicable cuando se haya declarado mediante resoluciones y recomendaciones del OSD la incompatibilidad de una medida europea con el Derecho de la OMC y la Unión no haya aplicado dichas recomendaciones o resoluciones dentro del plazo prudencial otorgado para ello[676].

Para solicitar una indemnización no sólo es necesario que la norma infringida sea directamente aplicable sino también que ésta debe tener por objeto proteger a los particulares. En el caso de autos, el AG defendió que el Acuerdo SPS tiene por objeto proteger a los particulares, concretamente, proteger a los operadores comerciales individuales[677].

143. Asunto *Biret et Cie*. El asunto *Biret et Cie* se trata la misma cuestión que en el asunto anterior, esto es, la posibilidad de que el no cumplimiento de un informe adoptado por el OSD cuando el plazo prudencial para su cumplimiento (13 de mayo de 1999) había expirado pudiese ser utilizado por una parte privada (empresa Biret et Cie) para reclamar una indemnización ante el TJCE.

---

[674] *Ibídem*, paras. 97-98.
[675] *Ibídem*, para. 102.
[676] *Ibídem*, para. 114.
[677] *Ibídem*, paras. 115-125. Las conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert ALBER en el caso de autos son tomadas en un momento posterior en el asunto *Van Parys* por el Abogado General Sr. Antonio TIZZANO por lo que va se continuará en el análisis de la conclusiones del citado AG en el subsiguiente asunto *Van Parys.*

Desde el 13 de 1999 y hasta el momento en que se dictó la sentencia del caso de autos, 30 de septiembre de 2003, la UE no modificó la legislación objeto de la diferencia[678].

> «En su recurso de indemnización, la recurrente alegaba que, al adoptar y mantener en vigor las Directivas 81/602, 88/146 y 96/22, el Consejo violó dos normas jurídicas que tienen por objeto conferir Derechos a los particulares, a saber, por una parte, el principio de protección de la confianza legítima y, por otra parte, el Acuerdo SPS»[679].

En este asunto tanto la parte recurrente como el TJCE reiteraron las posiciones mantenidas en el asunto *Biret International*. Por tanto, en este punto caso nos remitimos al análisis del asunto anterior.

144. Asunto *Chiquita Brands*. El asunto *Chiquita Brands* está conectado con la diferencia de bananos (DS27) suscitada en el marco del ESD de la OMC. El régimen sobre la importación de bananos ha generado varias diferencias en el marco del sistema multilateral de comercio que se iniciaron al amparo del GATT de 1947 y que concluyeron finalmente en el marco de la OMC con la adopción el 8 de noviembre de 2012 del Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de bananos (WT/L/84)[680]. El sector del plátano va a ser un asunto problemático para la UE y de algunos Miembros de la OMC y, por tanto, será una controversia que no sólo se enquistará al OSD sino que también el Tribunal de Justicia tendrá que tratarla desde distintas perspectivas como ya se ha analizado *supra* en los asuntos *Atlanta* y *Chemnitz* y como se verá *infra* en el siguiente asunto objeto de análisis en la presente investigación, asunto *Van Parys*.

---

[678] Asunto C-94/02 P, *Biret et Cie v. Consejo*, STJCE 30 septiembre 2003 [ECLI:EU:C:2003:518], para. 24. La legislación europea objeto de la diferencia en el SSD de la OMC lo constituyen las siguientes directivas, Directiva 81/602/CEE del Consejo, de 31 de julio de 1981, referente a la prohibición de determinadas sustancias de efecto hormonal y de sustancias de efecto tireostático (DO L 222, p. 32; EE 03/23, p. 38); Directiva 88/146/CEE del Consejo, de 7 de marzo de 1988, por la que se prohibe la utilización de ciertas sustancias de efecto hormonal en el sector animal (DO L 70, p. 16); Directiva 96/22/CE, por la que se prohibe utilizar en la cría de ganado determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático así como sustancias ß-agonistas y por la que se derogan las Directivas 81/602/CEE, 88/146/CEE y 88/299/CEE (DO L 125, p. 3).

[679] *Ibídem*, para. 34.

[680] La diferencicia de bananos ha sido una de las más dilantadas en el tiempo en lo que a su solución se refiere. Para una visión general sobre la misma entre el GATT de 1947 y el ESD de la OMC, *vide* <http://www.wto.org/spanish/news_s/pres09_s/pr591_s.htm> (última revisión, 24 de junio de 2014). En la presente investigación, las cuestiones que se suscitaron durante la vigencia del GATT de 1947 se han analizado en el asunto *Chiquita Italia* en el apartado relativo a la «a'. La cuestión del efecto directo del GATT de 1947».

En el caso de autos, las empresas Chiquita Brands International, Chiquita Banana Co. y Chiquita Italia, pertenecientes al grupo Chiquita, uno de los mayores productores y distribuidores de plátanos del mundo, interpusieron conjuntamente el presente recurso de indemnización del perjuicio supuestamente sufrido como consecuencia de la adopción y del mantenimiento en vigor del Reglamento (CE) n° 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 404/93 del Consejo, en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad (DO L 293, p. 32)[681].

En el asunto *Chiquita Brands* las empresas demandantes reclamaban una indemnización en base a la responsabilidad extracontractual de la Unión regulada en el párrafo 2 del artículo 288 del TCE (actual párrafo 2 del artículo 340 del TFUE). En este supuesto de una responsabilidad extracontractual es necesario que concurran los siguientes requisitos,

> «(…) la ilegalidad del comportamiento imputado a las instituciones, la realidad del perjuicio y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio que se alega (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1982, Oleifici Mediterranei/CEE, 26/81, Rec. p. 3057, apartado 16; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996, International Procurement Services/Comisión, T-175/94, Rec. p. II-729, apartado 44; de 16 de octubre de 1996, Efisol/Comisión, T-336/94, Rec. p. II-1343, apartado 30, y de 11 de julio de 1997, Oleifici Italiani/Comisión, T-267/94, Rec. p. II-1239, apartado 20). En el supuesto de que no se cumpla uno de tales requisitos, deberá desestimarse el recurso en su totalidad sin que sea necesario examinar los demás requisitos de la citada responsabilidad (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 1994, KYDEP/Consejo y Comisión, C-146/91, Rec. p. I-4199, apartados 19 y 81; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2002, Förde-Reederei/Consejo y Comisión, T-170/00, Rec. p. II-515, apartado 37)»[682].

Respecto del primer requisito, la ilegalidad del comportamiento imputado a las instituciones, las empresas demandantes alegaban que

> «(…) la Comisión generó la responsabilidad de la Comunidad, sobre la base del artículo 235 CE [actual artículo 268 del TFUE], al incurrir en varias violaciones caracterizadas de normas jurídicas que protegen a los particulares o les confieren Derechos, mediante la adopción y el mantenimiento en vigor de las disposiciones del Reglamento n° 2362/98 relativas al sistema de

[681] Asunto T-19/01, *Chiquita Brands International y otros v. Comisión*, STPI 3 febrero 2005 [ECLI:EU:T:2005:31], paras. 40, 49.
[682] *Ibídem*, para. 76.

asignación de certificados de importación y al reparto del contingente arancelario entre varios países latinoamericanos»[683].

«A fin de demostrar la ilegalidad del comportamiento de la Comisión, la demandante invoca cuatro motivos que pueden resumirse de la forma siguiente. El primero está basado en la infracción de las normas de la OMC. El segundo motivo se refiere al incumplimiento de la delegación normativa del Consejo en favor de la Comisión para la aplicación del Reglamento n° 1637/98. El tercer motivo se basa en la vulneración de principios generales del Derecho comunitario. El cuarto motivo está basado en la vulneración de los principios de Derecho internacional de buena fe y de confianza legítima»[684].

La demandante alegó que el Reglamento n° 2362/98 era incompatible con el Acuerdo sobre la OMC, tal y como se constató en el informe del GE de 6 de abril de 1999 (WT/DS27/R). Sin embargo, las empresas demandantes reconocían que, al carecer de efecto directo el Derecho de la OMC, una demanda de responsabilidad extracontractual de la Unión directamente basada en la infracción de las normas de la OMC estaría destinada al fracaso[685]. Por este motivo, plantearon el siguiente motivo

«(…) se basa en una jurisprudencia reiterada según la cual los órganos jurisdiccionales comunitarios pueden controlar la legalidad de un acto de Derecho derivado en relación con las normas de la OMC, entre las cuales está el GATT, en el supuesto de que «la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de la OMC» [sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999, Portugal/ Consejo, C-149/96, Rec. p. 1-8395, apartado 49; véanse, además, las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1998, Italia/Consejo, C-352/96, Rec. p. I-6937, en lo sucesivo, «sentencia Italia/Consejo (Arroz)», apartado 19, y de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo C-280/93, Rec. p. I-4973, en lo sucesivo, «sentencia Alemania/Consejo (Plátanos)», apartado 111]. La demandante añade que el origen de este principio se remonta a la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1991, Nakajima/Consejo (C-69/89, Rec. p. I-2069; en lo sucesivo, «sentencia Nakajima»)»[686].

Las empresas demandantes trataron de reformular la jurisprudencia sentada por el TJCE en la sentencia del asunto Nakajima, todas ellas destinadas a limitar la aplicabilidad de la citada jurisprudencia[687].

[683] *Ibídem*, para. 78.
[684] *Ibídem*, para. 82.
[685] *Ibídem*, para. 83.
[686] *Ibídem*, para. 84.
[687] *Ibídem*, para. 92.

> «La demandante considera contraria a Derecho una primera interpretación según la cual la aplicación de la jurisprudencia Nakajima se limita a los casos en los que el acto comunitario de que se trate se refiera expresamente a una norma concreta del GATT o de los acuerdos de la OMC»[688]. «La demandante considera contraria a Derecho una segunda interpretación según la cual la jurisprudencia Nakajima solo se aplica a los casos en los que la obligación derivada del GATT o de los acuerdos de la OMC esté formulada en términos positivos»[689]. «La demandante considera contraria a Derecho una tercera interpretación según la cual la jurisprudencia Nakajima solo se aplica a los supuestos en los que la obligación derivada del GATT o de los acuerdos de la OMC haya sido incorporada al acto comunitario de que se trate o cuando éste adapte el ordenamiento jurídico comunitario a la misma»[690]. «La demandante considera contraria a Derecho una cuarta interpretación según la cual la jurisprudencia Nakajima sólo se aplica a los casos en los que el único objetivo que pretenda alcanzar el acto comunitario impugnado sea la conformidad con las normas derivadas del GATT o de los acuerdos de la OMC»[691].

En el ámbito concreto de los informes adoptados por el OSD, la parte reclamante consideraba que la Unión ya no disponía de ningún margen de maniobra y que por tanto, en aplicación de la jurisprudencia *Nakajima* se trataría sólo de casos en los que, a pesar de que el Consejo hubiese decidido claramente aplicar una resolución de los órganos de la OMC que ponga fin a un conflicto, su aplicación práctica en el ordenamiento jurídico comunitario resultase ser contraria a la finalidad perseguida por el Consejo[692].

> «En este sentido, la demandante insiste en las diferencias que separan el presente asunto del contencioso «Carne de vacuno tratada con hormonas» (informe del Órgano de Apelación de 16 de enero de 1998, WT/DS26/AB/R WT/DS48/AB/R, adoptado por el OSD el 13 de febrero de 1998) planteado ante la OMC. En ese caso, la Comunidad decidió claramente no modificar su normativa para acatar las resoluciones adoptadas con arreglo al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Al no haber llegado a un acuerdo en cuanto al importe de la indemnización, la Comunidad decidió exponerse a las represalias de la parte ganadora, los Estados Unidos de América. En el presente asunto, la Comunidad no decidió, según la demandante, mantener en vigor los aspectos de la organización común de mercados en el sector del plátano que habían sido declarados incompatibles con sus obligaciones derivadas de los acuerdos de la OMC. La demandante sostiene que la Comunidad indicó claramente, en cambio,

[688] *Ibídem*, para. 93.
[689] *Ibídem*, para. 96.
[690] *Ibídem*, para. 98.
[691] *Ibídem*, para. 99.
[692] *Ibídem*, para. 102.

que tenía la intención de acatar las resoluciones adoptadas mediante los procedimientos de solución de diferencias de la OMC»[693].

Sin embargo, la Comisión señalaba que para que se pudiera aplicar la jurisprudencia *Nakajima* debían concurrir los cuatro requisitos que se señalan a continuación. En primer lugar, la «obligación particular» de que se trate debe ser una obligación positiva de actuar de una forma determinada. Los Códigos antidumping del GATT constituyen un ejemplo de este tipo de obligaciones[694]. En segundo lugar, la jurisprudencia *Nakajima* sólo se aplica cuando el acto comunitario en cuestión incorpore una «obligación particular» asumida en el marco de la OMC al ordenamiento jurídico comunitario o adapte éste a lo exigido por la misma[695]. En tercer lugar, para que la jurisprudencia *Nakajima* sea aplicable, hace falta también que el legislador comunitario no persiga varios objetivos contradictorios[696]. En cuarto lugar, la jurisprudencia *Nakajima* exige además que el acto comunitario de que se trate se refiera expresamente a las obligaciones particulares derivadas de las normas de la OMC que pretenda cumplir[697].

Ante las alegaciones de las partes el TPI señaló que sólo le correspondía al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas de la OMC (sentencia Portugal/Consejo, antes citada, apartado 49) en el supuesto de que la Unión tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de los acuerdos que figuran en los anexos del Acuerdo sobre la OMC[698]. En el caso de autos, la demandante sólo invoca la primera de estas excepciones sosteniendo que, al adoptar el Reglamento n° 1637/98, cuyas disposiciones de aplicación fueron establecidas mediante el Reglamento n° 2362/98, la Comunidad tenía el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC en el sentido de la jurisprudencia derivada de la sentencia *Nakajima*[699].

---

[693] *Ibídem*, para. 103.
[694] *Ibídem*, para. 110.
[695] *Ibídem*, para. 111.
[696] *Ibídem*, para. 112.
[697] *Ibídem*, para. 113.
[698] *Ibídem*, para. 115.
[699] *Ibídem*, para. 116.

En cuanto a la aplicación de la jurisprudencia *Nakajima* al caso de autos, el TPI dispuso que «[a]l objeto de determinar si el acto comunitario cuya legalidad se impugna fue adoptado con el objetivo de «cumplir una obligación particular asumida en el marco de los acuerdos de la OMC», en el sentido de la jurisprudencia *Nakajima*, es necesario analizar pormenorizadamente, por una parte, las características específicas de este acto y, por otra, las disposiciones pertinentes de los acuerdos de la OMC invocados»[700].

Ante este análisis, la conclusión del TPI fue tajante ya que señaló que «[e]n el presente asunto, ni las disposiciones comunitarias cuya legalidad cuestiona la demandante ni las disposiciones de los acuerdos de la OMC cuya infracción invoca permiten concluir que existió un propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC, en el sentido de la jurisprudencia Nakajima»[701].

En el ámbito específico del cumplimiento de los informes adoptados, el TPI consideró que

> «Incluso aunque pudiera interpretarse que los argumentos de la demandante pretenden invocar el incumplimiento por parte de la Comunidad de su obligación de cumplir las recomendaciones o resoluciones del OSD, tampoco cabría admitirlos. En efecto, a pesar de que la Comisión considere que el ESD obliga - con arreglo al Derecho internacional - a la parte que pierde el proceso a adaptar a los acuerdos de la OMC una medida declarada incompatible por una resolución del OSD, es innegable que esta obligación de garantizar la conformidad de las medidas internas con los compromisos internacionales derivados de los acuerdos de la OMC reviste un carácter general que contrasta con las normas de los Códigos antidumping. Por consiguiente, dicha obligación no puede ser tenida en cuenta para la aplicación de la jurisprudencia Nakajima»[702].
>
> «Por otra parte, sin que sea necesario analizar las posibles consecuencias en materia de indemnizaciones que podría tener para los particulares el incumplimiento por parte de la Comunidad de una resolución del OSD en la que se declare la incompatibilidad de un acto comunitario con las normas de la OMC, puesto que esta cuestión no ha sido expresamente planteada por la demandante de forma autónoma con respecto a la relativa a la aplicación de la jurisprudencia Nakajima, basta con subrayar que el ESD no establece un mecanismo de solución judicial de diferencias internacionales por medio de resoluciones que tengan efectos vinculantes comparables con los de una resolución de un órgano jurisdiccional en los ordenamientos

[700] *Ibídem*, para. 156.
[701] *Ibídem*, para. 157.
[702] *Ibídem*, para. 161.

> jurídicos internos de los Estados miembros. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que los acuerdos de la OMC, interpretados a la luz de su objeto y de su finalidad, no determinan los procedimientos jurídicos adecuados para garantizar su ejecución de buena fe en los ordenamientos jurídicos internos de las referidas partes contratantes. El Tribunal de Justicia ha señalado que, a pesar del refuerzo del mecanismo de solución de controversias que resulta de los acuerdos OMC, no es menos cierto que dicho mecanismo reserva un importante papel a la negociación entre las Partes (sentencia Portugal/Consejo, antes citada, apartado 36)»[703].

El TPI hizo extensiva su posición de no reconocimiento de efecto directo a los informes adoptados por el OSD más allá de la expiración del plazo prudencial de cumplimiento del apartado 3 del artículo 21 del ESD ya que a su juicio una vez concluido este plazo continúa reservado un papel importante a la negociación de las partes[704].

Por lo que refiere a las características del Reglamento n° 2362/98, tanto las pruebas aportadas al debate por la demandante como los escritos y declaraciones de la Comisión indican que, cuando adoptó el régimen de 1999, al que pertenece el Reglamento n° 2362/98, la UE pretendía, tras la resolución del OSD de 25 de septiembre de 1997, acatar sus obligaciones asumidas con arreglo a los acuerdos de la OMC. No obstante, según el TPI, esto no probaba que la Unión tuviera el propósito de cumplir las obligaciones asumidas en el marco de los acuerdos de la OMC, en el sentido de la jurisprudencia *Nakajima*[705]. Por consiguiente, las empresas demandantes no pudieron ampararse en el incumplimiento por parte de la Unión de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la OMC, es decir, no respecto del Acuerdo sobre la OMC ni sobre los informes adaptados en la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) en el momento en que se inició el asunto ante la justicia europea[706]. Por todo lo anterior, el TPI entendió que no se acreditaba la existencia de un comportamiento ilegal que pudiese generar la responsabilidad de la Unión[707].

El resto de motivos se referían a las siguientes cuestiones, al incumplimiento del mandato conferido por el Consejo a la Comisión para la aplicación del Reglamento nº

[703] *Ibídem*, para. 162.
[704] *Ibídem*, paras. 163-166.
[705] *Ibídem*, para. 167.
[706] *Ibídem*, para. 170.
[707] *Ibídem*, para. 171.

1673/98[708], a la vulneración de los principios generales del Derecho europeo[709] y a la vulneración de los principios de Derecho internacional de buena fe y de confianza legítima[710]. En estos casos el TPI también consideró que no se había demostrado la existencia de un comportamiento ilegal que pudiese genera la responsabilidad extracontractual de la Unión. Ante esta conclusión no fue necesario el análisis de la realidad del perjuicio ni de la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio que se alegaba para cerrar la evaluación de los requisitos requeridos para solicitar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

145. Asunto *Van Parys*. En el asunto *Van Parys* tiene por objeto una petición de decisión prejudicial sobre la validez del Reglamento (CEE) n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DO L 47, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1637/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DO L 210, p. 28), del Reglamento (CE) n" 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento n° 404/93 en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad (DO L 293, p. 32), del Reglamento (CE) n° 2806/98 de la Comisión, de 23 de diciembre de 1998, sobre la expedición de certificados de importación de plátanos, de acuerdo con los contingentes arancelarios, y de plátanos tradicionales ACP para el primer trimestre de 1999 y la presentación de nuevas solicitudes (DO L 349, p. 32), del Reglamento (CE) n° 102/1999 de la Comisión, de 15 de enero de 1999, sobre la expedición de certificados de importación de plátanos, en el marco de los contingentes arancelarios y de los plátanos tradicionales ACP para el primer trimestre de 1999 (segundo período) (DO L 11, p. 16), y del Reglamento (CE) n° 608/1999 de la Comisión, de 19 de marzo de 1999, relativo a la expedición de los certificados de importación de plátanos para el segundo trimestre de 1999, en el marco de los contingentes arancelarios y de los plátanos tradicionales ACP, y a la presentación de nuevas solicitudes (DO L 75, p. 18), en relación con los artículos I y XIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (DO 1994, L 336, p. 103; en la presente investigación, «GATT de 1947»), que constituye el anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

[708] *Ibídem*, paras. 172-187.
[709] *Ibídem*, paras. 188-232.
[710] *Ibídem*, paras. 233-260.

(en la presente investigación, «Acuerdo sobre la OMC»), aprobado mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1), y con el artículo 4 del Acuerdo marco de cooperación entre la CEE y el Acuerdo de Cartagena y sus países miembros, la República de Bolivia, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Perú y la República de Venezuela, aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 98/278/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998 (DO L 127, p. 10)[711].

Esta petición de cuestión prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad Léon Van Parys NV y la Oficina de intervención y restitución belga, Belgisch Interventie- en Restitutiebureau, relativo a la negativa de ésta a conceder a la citada sociedad certificados de importación para determinadas cantidades de plátanos procedentes de Ecuador y de Panamá[712].

El régimen común de la importación del plátano adoptado por las instituciones europeas fue objeto de un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC, diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27), como se ha puesto de manifiesto previamente en la presente investigación en el asunto *Chiquita Brands*. Sin embargo, el presente asunto no trataba una solicitud de responsabilidad extracontractual de la Unión sino la posibilidad de que el TJCE pudiese apreciar la validez del Reglamento n° 404/93 así como de los Reglamentos nº 2362/98, 2806/98,102/1999 y 608/1999 a la luz de los artículos I y XIII del GATT de 1994 y de informe del OSD del 25 de septiembre de 1997 que adoptaba los informes del OA y del GE de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (WT/DS27/12 de 10 de octubre de 1997)[713].

Ecuador no estaba satisfecho con las modificaciones introducidas por la Unión a la normativa europea y planteó de nuevo una diferencia en la marco del SSD de la OMC

[711] Asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, STJCE 1 marzo 2005 [ECLI:EU:C:2005:121], para. 1.
[712] *Ibídem*, para. 2.
[713] *Ibídem*, para. 36.

para controlar el cumplimiento del informe adoptado por el OSD. Como conclusión, el GE declaró que el nuevo régimen resultante del Reglamento n° 1637/98 seguía infringiendo los artículos I, apartado 1, y XIII del GATT[714]. El OSD adoptó este informe el 6 de mayo de 1999. En consecuencia, el régimen comunitario se modificó de nuevo mediante la adopción del Reglamento (CE) n° 216/2001 del Consejo, de 29 de enero de 2001, que modifica el Reglamento (CEE) n° 404/93 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DO L 31, p. 2).

La particularidad del caso de autos consiste en que la normativa europea controvertida, que se adoptó a raíz de que el OSD declarase que el régimen anteriormente vigente era incompatible con las reglas de la OMC, había sido a su vez declarada incompatible por el mismo Órgano[715]. En el presente asunto, en primer lugar se analizó la posibilidad de utilizar el Acuerdo sobre la OMC como parámetro de validez de los actos de la Unión donde el TJCE se remitió a la jurisprudencia precedente[716]. En segundo lugar, sobre la cuestión de si de los informes adoptados por el OSD pueden ser invocarlos ante los órganos jurisdiccionales para impugnar la validez de una normativa europea, en el caso de autos el TJCE entendió que después de la adopción de la resolución del OSD de 25 de septiembre de 1997, el compromiso de atenerse a las normas de la OMC y, en particular, a los artículos I, apartado 1, y XIII del GATT de 1994, la Comunidad no tenía el propósito de asumir una obligación particular en el marco de la OMC, que pudiese justificar una excepción a la imposibilidad de invocar normas de la OMC ante el órgano jurisdiccional comunitario y permitir que éste controlase la legalidad de las disposiciones comunitarias controvertidas en relación con las citadas normas[717].

Para mantener esta posición el Tribunal de Justicia se remitió a párrafo 7 del artículo 3 del ESD, a los apartados 1, 2 y 8 del artículo 22 del ESD y al apartado 5 del artículo 21 del ESD para demostrar que aunque existiese una resolución del OSD, el

[714] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/ECU de 12 de abril de 1999.
[715] Asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano 18 noviembre 2004 [ECLI:EU:C:2004:725], para. 1.
[716] Asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, STJCE 1 marzo 2005 [ECLI:EU:C:2005:121], paras. 39-40.
[717] *Ibídem*, para. 41.

SSD de la OMC reservaba un importante papel a la negociación entre las partes de la diferencia[718].

Además el TJCE señaló que el plazo prudencial de cumplimiento a la UE se concedió hasta el 1 de enero de 1999 así que desde el 25 de septiembre de 1997 hasta esa fecha las instituciones de la Unión intentaron conciliar sus obligaciones adquiridas con la OMC con las exigencias inherentes a la ejecución de la política agrícola común. Esta posibilidad se habría visto comprometida si el TJCE hubiera reconocido al tribunal nacional del Estado miembro la posibilidad de controlar la legalidad de las medidas comunitarias controvertidas en relación con las normas de la OMC en base a la resolución de 25 de septiembre de 1997 y sin atender al plazo prudencial del 1 de enero de 1995 concedido en base al arbitraje previsto en el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD (WT/DS27/15 de 7 de enero de 1998)[719].

Sin embargo, incluso una vez superado el plazo prudencial de cumplimiento el TJCE mantuvo que

> «En efecto, la expiración de este plazo no implica que la Comunidad haya agotado las posibilidades previstas por el Memorándum de entendimiento [en la presente investigación, «ESD»] para encontrar una solución a la diferencia existente entre ella y otras Partes. En tales circunstancias, imponer al órgano jurisdiccional comunitario, por el mero hecho de la expiración de dicho plazo, que controle la legalidad de las medidas comunitarias de que se trata a la luz de las normas de la OMC podría debilitar la posición de la Comunidad en la búsqueda de una solución de la diferencia mutuamente satisfactoria y conforme con las citadas normas»[720].

De todo lo anterior el TJCE concluyó sentenciando que el Reglamento n° 1637/98 y los Reglamentos adoptados para su aplicación, objeto del asunto del procedimiento principal, no podían considerarse medidas destinadas a ejecutar en el ordenamiento jurídico europeo una obligación particular asumida en el marco de la OMC. Estos actos tampoco se remiten expresamente a disposiciones precisas del Acuerdo sobre la OMC[721]. Con este argumento el Tribunal quería separar el caso de autos de las excepciones de la jurisprudencia *Nakajima*/*Fediol*.

[718] *Ibídem*, paras. 42-47.
[719] *Ibídem*, para. 50.
[720] *Ibídem*, para. 51.
[721] *Ibídem*, para. 52.

Por último, el Tribunal de Justicia recurrió al argumento del «margen de maniobra»,

> «(…) admitir que incumbe directamente al juez comunitario la tarea de garantizar la conformidad del Derecho comunitario con las normas de la OMC equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la Comunidad del margen de maniobra del que disfrutan los órganos similares de los terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad. Consta que algunas de las Partes contratantes, entre las cuales se encuentran los socios más importantes de la Comunidad desde el punto de vista comercial, han llegado precisamente a la conclusión, a la luz del objeto y de la finalidad de los Acuerdos OMC, de que tales Acuerdos no se incluyen entre las normas con respecto a las cuales los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de sus normas jurídicas internas. Si se admitiera esta falta de reciprocidad, ésta entrañaría el riesgo de que se produzca un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC»[722].

> «Resulta de todo lo anterior que, en circunstancias como las del asunto objeto del procedimiento principal, un operador económico no puede invocar ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que una normativa comunitaria es incompatible con determinadas normas de la OMC, aun cuando el OSD haya declarado la incompatibilidad de dicha normativa con éstas»[723].

El Abogado General Sr. Siegbert TIZZANO en el caso de autos se planteaba la siguiente cuestión,

> «¿Debe considerarse ilegal desde el punto de vista del Derecho comunitario una normativa adoptada por el Consejo y por la Comisión de la Unión Europea, en virtud de sus competencias respectivas, en el caso de que una resolución del OSD haya declarado la incompatibilidad con las reglas de la OMC de un régimen comunitario anterior de importación de plátanos, la Comunidad haya adoptado una nueva legislación con la finalidad de dar cumplimiento a la resolución del OSD y éste haya comprobado que el nuevo régimen es igualmente incompatible?»[724].

En la misma línea defendida por el AG en el asunto *Biret International*, el Abogado General Sr. Siegbert TIZZANO en el caso de autos destacó que el Tribunal de Justicia de la Unión debería aplicar el principio de legalidad y reconocer el carácter vinculante de las resoluciones del OSD, a más tardar en el momento del vencimiento del

[722] *Ibídem*, para. 53.
[723] *Ibídem*, para. 54.
[724] Asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano 18 noviembre 2004 [ECLI:EU:C:2004:725], para. 35.

plazo concedido para cumplirlas (plazo prudencial de cumplimiento en los términos del ESD)[725].

En relación con la garantía de una posición de igualdad entre la UE y el resto de Miembros de la Organización, el AG señaló que

> «En realidad, la posición negociadora de la Comunidad no resultaría debilitada por la solución propuesta puesto que, en caso de que otros Miembros incumplan los Acuerdos de la OMC, la Comunidad podría activar el procedimiento de solución de diferencias y exigir la observancia de lo que declare el OSD. Al igual que los eventuales desequilibrios que podrían derivarse del cumplimiento de la resolución de éste en el supuesto de que la Parte contraria no se comportase del mismo modo, los citados incumplimientos podrían superarse mediante el recurso a las medidas de compensación y de retorsión previstas por el Derecho internacional y, sobre todo, pollas propias reglas de la OMC»[726].

Esta solución no restringía el margen de maniobra de las instituciones europeas por lo que respecta a las fórmulas para ejecutar las resoluciones del OSD, ya que tales fórmulas permanecían a la entera disposición de dichas instituciones, claro está, siempre que dieran lugar a medidas conformes con las obligaciones derivadas de las normas de la OMC[727].

El Abogado General Sr. Siegbert TIZZANO en el caso de autos concluyó con una adhesión expresa a la argumentación dada por el Abogado General Sr. Siegbert ALBER en el *Biret International*, ya que en una «Comunidad de Derecho» como la UE las resoluciones del OSD no pueden no constituir un criterio de legalidad de las normas europeas y que, por tanto, el Tribunal de Justicia no debe avalar, al amparo de motivaciones de dudoso valor jurídico, la evidente vulneración de las razones de la legalidad que resultaría de la solución contraria[728].

En caso de que el TJCE no compartiese esta conclusión, el Abogado General Sr. Siegbert TIZZANO entendió que en el caso de autos se podría considerar que la Unión se

[725] *Ibídem*, para. 65. Las conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert TIZZANO en el caso de autos son hiladas con las conclusiones de un asunto anteriormente analizado en la presente investigación, el asunto *Biret International*, por lo que en el presente asunto se va a retomar la línea argumental de dicho asunto, sobre todo, en base a la garantía del margen de maniobra de las instituciones europeas y el principo de reciprocidad de la Unión con respecto al resto de Miembros de la Organización.
[726] *Ibídem*, para. 68.
[727] *Ibídem*, para. 69.
[728] *Ibídem*, para. 73.

encontraba en un supuesto de tener que cumplir una obligación asumida en el marco de la OMC en la línea de la jurisprudencia *Nakajima* ya que el legislador europeo al modificar el régimen de importación de plátanos del que se trata en el caso de autos tenía el propósito de dar cumplimiento a una obligación particular asumida en el marco de la OMC[729]. Por consiguiente, sobre la base de las estas últimas consideraciones y con carácter subsidiario, el Abogado General Sr. Siegbert TIZZANO entendió que quedaba probado que

> «(…) el régimen comunitario de importación de plátanos basado en el Reglamento n° 404/93 modificado y en los Reglamentos adoptados en virtud de éste tenía el propósito de dar cumplimiento a una obligación particular asumida por la Comunidad en el marco de la OMC. Sin embargo, como declaró la resolución del OSD de 6 de mayo de 1999, dicho régimen no subsanó la incompatibilidad con las reglas de la OMC señalada por la resolución del OSD de 25 de septiembre de 1997 y, en consecuencia, es ilegal en la medida en que subsiste tal incompatibilidad»[730].

146. Asunto *FTS International*. El asunto *FTS International* se planteó una decisión prejudicial por el *Gerechtshof te Amsterdam (Países Bajos)* que tiene por objeto la validez del Reglamento (CE) n° 1223/2002 de la Comisión, de 8 de julio de 2002, relativo a la clasificación de ciertas mercancías en la nomenclatura combinada (DO L 179, p. 8)[731]. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la empresa FTS International BV y la autoridad aduanera competente para el oeste de los Países Bajos, el Belastingdienst - Douane West, relativa a la clasificación arancelaria de trozos de pollo deshuesados, congelados y salados[732].

La clasificación arancelaria, nomenclatura combinada, vigente a partir del 1 de enero de 2003 resultaba del Reglamento (CE) n° 1832/2002 de la Comisión, de 1 de agosto de 2002, por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DO L 290, p. 1)[733].

---

[729] *Ibídem*, paras. 84-105.
[730] *Ibídem*, para. 107.
[731] Asunto C-310/06, *FTS International BV* y *Belastingienst - Douane West*, STJCE 18 julio 2007 [ECLI:EU:C:2007:456], para. 1.
[732] *Ibídem*, para. 2.
[733] *Ibídem*, para. 8.

El 27 de septiembre de 2005, el OSD de la OMC adoptó un informe considerando que los trozos de pollo deshuesados, congelados y con un contenido de sal en peso comprendido entre el 1,2 y el 3 % debían clasificarse en la partida 0210 de la nomenclatura combinada para su clasificación arancelaria (WT/DS269/10; WT/DS286/12 de 30 de septiembre de 2005). A raíz de esta recomendación, la Comisión adoptó el Reglamento (CE) n° 949/2006, de 27 de junio de 2006, por el que se modifica el anexo I del Reglamento n° 2658/87 (DO L 174, p. 3)[734].

El 27 de junio de 2006 finalizaba el plazo prudencial de cumplimiento que determinó el laudo arbitral (párrafo 3 del artículo 21 ESD) en la diferencia CE - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (WT/DS269/13; WT/DS286/15 de 20 de febrero de 2006).

En el caso de autos, la empresa FTS International sostenía que el Reglamento n° 1223/2002 era inválido y alegaba, en particular, que era incompatible con la nota complementaria 7 del capítulo 2 de la sección I de la segunda parte de la nomenclatura combinada y con las notas explicativas de las partidas 0207 y 0210 del SA, según las cuales la carne que ha sido objeto de una salazón corresponde a la partida 0210, como declaró el OSD de la OMC.

El TJCE sentenció que el Reglamento n° 1223/2002 era inválido y para fundamentar dicha afirmación siguió una argumentación basada en el ordenamiento jurídico europeo. El Tribunal de Justicia no mencionó directamente la diferencia suscitada ante la OMC por lo que no entró ni en las alegaciones de la empresa privada ni tampoco en la afirmación de la Comisión que entendía que la incompatibilidad del Reglamento n° 1223/2002 con las normas de la OMC no afectaba a la validez de dicho Reglamento con respecto al Derecho europeo en la medida en que tales normas carecían de efecto directo a tal fin se refirió a las sentencias de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo (C-149/96, Rec. p. I-8395), y de 1 de marzo de 2005, Van Parys (C-377/02, Rec. p. I-1465)[735].

[734] *Ibídem*, para. 15.
[735] *Ibídem*, para. 19.

El TJCE argumentó que la Comisión se había excedido en el ejercicio de las facultades que tenía conferidas en virtud del artículo 9 del Reglamento n° 2658/87. En consecuencia, declaró que el Reglamento n° 1223/2002 era inválido[736]. En el análisis de la mercancía controvertida en el asunto principal también se basó en la propia normativa europea aunque siguió una línea próxima a los argumentos dados por el OA y el GE en la diferencia que se suscitó ante la OMC. No obstante, emplazó al órgano jurisdiccional remitente clasificar, sobre la base de sus indicaciones, la mercancía controvertida en el procedimiento principal[737].

147. Asunto *Ikea*. El asunto *Ikea* el TJCE reconoció que las instituciones europeas habían cometido un error de evaluación al aplicar las normas antidumping europeas, mediante la práctica del «*zeroing*» (método de reducción a cero) en el cálculo del margen de dumping[738]. Sin embargo, aunque el caso de autos estaba conectado con la diferencia ropa de cama (DS141), tanto el Tribunal de Justicia como el Abogado General Sr. Philippe LÉGER excluyeron la aplicación del Derecho de la OMC y de los informes del GE y del OA adoptados por el OSD en la diferencia DS141 siguiendo la línea argumental que se recoge a continuación.

> «La petición de decisión prejudicial tiene por objeto, por una parte, la validez del Reglamento (CE) n° 2398/97 del Consejo, de 28 de noviembre de 1997, por el que se establece un Derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originaria de Egipto, de la India y de Pakistán (DO L 332, p. 1), y, por otra parte, la compatibilidad con el Derecho comunitario del Reglamento (CE) n° 1644/2001 del Consejo, de 7 de agosto de 2001, por el que se modifica el Reglamento n° 2398/97 y se suspende su aplicación respecto a las importaciones originarias de la India (DO L 219, p. 1), del Reglamento (CE) n° 160/2002 del Consejo, de 28 de enero de 2002, que modifica el Reglamento n° 2398/97 y por el que se da por concluido el procedimiento respecto a las importaciones originarias de Pakistán (DO L 26, p. 1), y del Reglamento (CE) n° 696/2002 del Consejo, de 22 de abril de 2002, por el que se confirma el Derecho antidumping definitivo impuesto a las importaciones de ropa de cama de algodón originaria de la India mediante el Reglamento n° 2398/97, modificado y suspendido mediante el Reglamento n° 1644/2001 (DO L 109, p. 3) (en lo sucesivo, conjuntamente, «Reglamentos posteriores»)»[739].

[736] *Ibídem*, para. 25.
[737] *Ibídem*, paras. 26-34.
[738] Asunto C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, STJCE 27 septiembre 2007 [ECLI:EU:C:2007:547].
[739] *Ibídem*, para. 1.

En relación con el objeto de la presente investigación, la cuestión clave del análisis judicial del caso de autos es determinar si es posible controlar la validez del Reglamento n° 2398/97 en relación con el Acuerdo antidumping (Derecho de la OMC) según fue interpretado por las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS141 (primera cuestión prejudicial). Ante esta cuestión el TJCE determinó que

> «(…) la legalidad del Reglamento n° 2398/97 no puede controlarse a la luz del Acuerdo antidumping, según fue interpretado ulteriormente por las recomendaciones y resoluciones del OSD, ya que se desprende claramente de los Reglamentos posteriores que la Comunidad, al excluir la devolución de los Derechos pagados en virtud del Reglamento n° 2398/97, no tuvo en modo alguno el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC»[740].

Respondiendo ante esta misma cuestión se procede a revisar la argumentación del Abogado General Sr. Philippe LÉGER[741]. No obstante, sirva desde el principio decir que en el caso de autos el AG llegó a la misma conclusión que la expuesta por el TJCE.

La clave de la argumentación del Abogado General Sr. Philippe LÉGER residió en el hecho de reconocer que el asunto Ikea nació de una interpretación del OSD de las reglas pertinentes del Acuerdo antidumping de modo diferente a la interpretación de las disposiciones correspondientes del Reglamento de base mantenida por las instituciones europeas al adoptar el Reglamento controvertido[742]. Según el AG la UE no está vinculada por las interpretaciones del OSD de la diferencia de ropa de cama (WT/DS141/9 de 22 de marzo de 2001) en base a dos argumentos fundamentales[743]. Por un lado, la identidad de los términos de las disposiciones del Acuerdo antidumping y de las disposiciones europeas correspondientes no deben interpretarse necesariamente de forma idéntica porque la naturaleza y los objetos propios de la OMC difieren considerablemente de los perseguidos por el Derecho europeo[744]. La OMC se guía por un intento de reducir los obstáculos al comercio y eliminar el trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales por lo que las disposiciones de los Acuerdos

[740] *Ibídem*, para. 35.
[741] Asunto C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger 6 abril 2006 [ECLI:EU:C:2006:236], paras. 65-204. En ese intervalo de párrafos el AG analizó la validez del Reglamento controvertido.
[742] *Ibídem*, para. 73.
[743] *Ibídem*, para. 77.
[744] *Ibídem*, paras. 81-82.

OMC se interpretan conforme a criterios y a métodos diferentes de aquéllos a los que el juez europeo reconoce primacía[745]. Además la sumisión del TJCE a las interpretaciones del OSD limitaría la autonomía del ordenamiento jurídico europeo[746].

Por otro lado, el AG intentó esbozar la relación entre el TJCE y un órgano jurisdiccional internacional[747]. El ESD regula un sistema basado en la negociación entre las partes y, aunque las partes deben tratar de garantizar el pronto cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD, éstas también cuentan con mecanismos que pueden dilatar el proceso de cumplimiento (plazo prudencial de cumplimiento, suspensión de concesiones o soluciones mutuamente convenidas). Sin perjuicio de la vigilancia ejercida por el OSD sobre la aplicación de las recomendaciones y las resoluciones adoptadas (párrafo 1 del artículo 22 del ESD), nada en el ESD permite excluir que las medidas negociadas puedan, en principio, prolongarse con carácter provisional[748]. Respecto del margen de maniobra para las instituciones de la UE y del principio de equidad entre los Miembros de la OMC, Abogado General Sr. Philippe LÉGER concluyó que, para apreciar la validez del Reglamento controvertido, el Tribunal de Justicia no podía estar vinculado por las interpretaciones mantenidas por el OSD en sus informes sobre las importaciones de ropa de cama[749].

Por lo antedicho, el AG concluyó recomendando al TJCE responder de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por la *High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division*: «El artículo 1 del Reglamento (CE) n° 2398/97 del Consejo, de 28 de noviembre de 1997, por el que se establece un Derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originaria de Egipto, de la India y de Pakistán, es inválido, en la medida en que el Consejo aplicó, a los efectos de la determinación del margen de dumping del producto objeto de la investigación, el método de la "reducción a cero" de los márgenes de dumping negativos según los modelos»[750].

[745] *Ibídem*, paras. 81-82.
[746] *Ibídem*, para. 87.
[747] *Ibídem*, paras. 86-97.
[748] *Ibídem*, paras. 94-96.
[749] *Ibídem*, para. 98.
[750] *Ibídem*, para. 227.

148. Asuntos acumulados *FIAMM* y *Fedon*. Los asuntos acumulados *FIAMM* y *Fedon* tienen relación, entre otros, con los asuntos *Chiquita Brands* y *Van Parys* que se han analizado en líneas precedentes como consecuencia la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27). En el recurso de casación de los casos de autos se planteaba un posible el incumplimiento por parte de las instituciones europeas de un informe adoptado por el OSD. En el momento en que se iniciaron este conjunto de asuntos acumulados se avanzó también en la diferencia de bananos (DS27) por lo que se podrá recrear el diálogo que se produjo *de facto* entre el TJCE y el SSD de la OMC.

En los casos de autos se reclamaba la anulación de la STPI (asuntos T-69/00 y T-315/00) que desestimó los recursos de las empresas FIAMM y Fedon dirigidos a obtener la reparación del perjuicio supuestamente sufrido por esas empresas como consecuencia del recargo aduanero sobre las importaciones de sus productos en los EEUU cuya imposición fue autorizada por el OSD de la OMC. La imposición de recargo aduanero se debió a la falta de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS27 por parte de la Unión[751].

Dentro del plazo prudencial para el cumplimiento del informe adoptado por el OSD, la Comisión adoptó el Reglamento (CE) nº 2362/98, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento nº 404/93 en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad (DO L 293, p. 32)[752]. Sin embargo, EEUU no conforme con este supuesto cumplimiento solicitó al OSD sobre la base del párrafo 2 del artículo 22 del ESD suspender a la UE y a sus Estados miembros de concesiones arancelarias y obligaciones conexas derivadas del GATT de 1994 y del AGCS que abarcaran intercambios comerciales por un valor de 520 millones de dólares estadounidenses (USD)[753]. El 19 de abril de 1999 el OSD autorizó la suspensión a los EEUU[754].

[751] Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión*, STJCE 9 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:476], para. 1.
[752] *Ibídem*, para. 19.
[753] *Ibídem*, para. 20.
[754] *Ibídem*, para. 22.

El régimen europeo de importación de plátanos fue modificado de nuevo por el Reglamento (CE) nº 216/2001 del Consejo, de 29 de enero de 2001, que modifica el Reglamento nº 404/93 (DO L 31, p. 2)[755]. «A raíz de la adopción del Reglamento (CE) nº 896/2001 de la Comisión, de 7 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento nº 404/93 en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad (DO L 126, p. 6), los Estados Unidos de América suspendieron la aplicación de su recargo aduanero. Desde el 1 de julio de 2001, sus Derechos de importación sobre los acumuladores estacionarios y sobre los artículos de bolsillo originarios de la Comunidad quedaron reducidos a sus tipos iniciales de 3,5 % y 4,6 %»[756].

En el asunto ante el TPI se dirimía una posible responsabilidad extracontractual de la UE porque los productos de las empresas FIAMM y Fedon fueron grabados entre el 19 de abril de 1999 y el 30 de junio de 2001 por el recargo aduanero impuesto por las autoridades de los EEUU[757].

> «[P]ara que se genere la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y se reconozca el derecho a la reparación del perjuicio sufrido, es necesario que concurran un conjunto de requisitos en lo que respecta a la ilicitud de la actuación imputada a las instituciones, a la realidad del daño y a la existencia de una relación de causalidad entre esa actuación y el perjuicio invocado (véanse en especial las sentencias de 29 de septiembre de 1982, Oleifici Mediterranei/CEE, 26/81, Rec. p. 3057, apartado 16, y de 15 de septiembre de 1994, KYDEP/Consejo y Comisión, C-146/91, Rec. p. I-4199, apartado 19)»[758].

Por tanto, el TJCE debía determinar en primer lugar si existió algún comportamiento ilegal por parte de la Unión. Esta cuestión llevó al TJCE a afrontar de nuevo la posibilidad de que el Derecho de la OMC y las resoluciones y recomendaciones del OSD tuviesen efecto directo dentro del Derecho de la Unión. Para dar una respuesta, el TJCE abordó la distinción que planteaban las partes recurrentes

> «(…) entre el "efecto directo" de las reglas de los acuerdos OMC que imponen obligaciones de contenido material y el "efecto directo" de una resolución del OSD, alegando que los justiciables deben estar legitimados para obtener del juez comunitario un control de legalidad del

[755] *Ibídem*, para. 25.
[756] *Ibídem*, para. 28.
[757] *Ibídem*, para. 30.
[758] *Ibídem*, para. 106.

> comportamiento de las instituciones comunitarias en relación con una resolución del OSD como tal, a falta de que tal control pueda tener lugar en relación con las reglas de la OMC cuya vulneración haya sido apreciada por dicha resolución, procede precisar lo siguiente»[759].

El TJCE aclaró que no ha lugar a dicha distinción y que al igual que las reglas materiales contenidas en el Acuerdo sobre la OMC, una recomendación o una resolución del OSD que aprecien la inobservancia de dichas reglas materiales tampoco pueden, sea cual sea el alcance jurídico preciso propio de dicha recomendación o resolución, crear ningún derecho a favor de los particulares para poder a invocarlas ante el juez comunitario y obtener un control de legalidad del comportamiento de las instituciones comunitarias[760]. Así, el TJCE sentenció que

> «(…) el Tribunal de Primera Instancia decidió válidamente que, a pesar de la expiración del plazo fijado para cumplir una resolución del OSD, el juez comunitario no podía, dadas las circunstancias del caso, proceder al control de la legalidad del comportamiento de las instituciones comunitarias respecto a las reglas de la OMC»[761].

Además el TJCE aclaró que «(…) en el estado actual de evolución del Derecho comunitario, no existe un régimen de responsabilidad que permita exigir la responsabilidad de la Comunidad por un comportamiento comprendido en la esfera de su competencia normativa, en una situación en la que la eventual disconformidad de tal comportamiento con los acuerdos OMC no puede ser invocada ante el juez comunitario»[762]. Por todo lo antedicho, el TJCE entendió que no era necesario seguir analizando los requisitos necesarios para exigir responsabilidad extracontractual a la Unión.

Teniendo en cuenta el objeto de la presente investigación, el análisis de las conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares MADURO en los casos de autos se van a centrar en la incidencia de una decisión del OSD que declaró la incompatibilidad de la normativa europea con el Acuerdo sobre la OMC y la posibilidad de invocar dicha

[759] *Ibídem*, para. 125.
[760] *Ibídem*, paras. 126.-132.
[761] *Ibídem*, para. 133.
[762] *Ibídem*, para. 176.

decisión ante la justicia europea para forzar el cumplimiento de la UE[763]. El AG concluye su análisis afirmando que

> «De las consideraciones precedentes resulta que sólo cabe confirmar la negativa del Tribunal de Primera Instancia a controlar, en el marco de la acción de indemnización, salvo en las excepciones Fediol/Comisión y Nakajima/Consejo, antes citadas, la legalidad del comportamiento de las instituciones recurridas con respecto a las normas de la OMC cuya violación por la Comunidad había sido declarada por el OSD»[764].

Para mantener esta conclusión el Abogado General entiende que «(…) debe determinarse si, en el contexto particular de los casos de autos, la posibilidad reconocida a las demandantes de invocar la decisión del OSD para demostrar la ilegalidad del comportamiento de la Comunidad con el fin de obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado del recargo aduanero impuesto por los Estados Unidos como retorsión por la no ejecución por la Comunidad de la decisión del OSD es contraria a la libertad política de los órganos legislativos y ejecutivos comunitarios en el marco de la OMC»[765].

Desde esta perspectiva, la primera cuestión versa sobre la persistencia de tal libertad política en las circunstancias específicas de los casos de autos. La respuesta sería ciertamente positiva en el caso en que el plazo prudencial para ejecutar la decisión del OSD no hubiera expirado. Pero precisamente, como subrayan acertadamente FIAMM y Fedon, el plazo razonable que se había concedido a la Unión para ajustarse a la decisión del OSD expiró el 1 de enero de 1999 y, mediante la decisión de 19 de abril de 1999, el OSD declaró que a 1 de enero subsistía la incompatibilidad de la normativa europea con las normas de la OMC. Por lo tanto, en opinión de las recurrentes, desde el momento en que no se había concedido ninguna compensación satisfactoria en los veinte días siguientes a la fecha en que había expirado el plazo prudencial (posibilidad ofrecida por el artículo 22, apartado 2, del ESD), la Unión ya no podía recurrir a soluciones negociadas[766]. Sin embargo, el AG aclara que el ESD no exige que se

[763] Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 20 febrero 2008 [ECLI:EU:C:2008:98], para. 3.
[764] *Ibídem*, para. 52.
[765] *Ibídem*, para. 45.
[766] *Ibídem*, para. 46.

apliquen íntegramente las decisiones y recomendaciones del OSD sino que la UE conserva la libertad de tomar la decisión política de exponerse la concesión a medidas de retorsión que habrán sido autorizadas por el OSD a favor de la parte reclamante con arreglo al artículo 22, apartado 2, del ESD. En la diferencia DS27,

> «(…), el Consejo y la Comisión no han tratado de eliminar las disposiciones consideradas contrarias. Las citadas instituciones han intentado al mismo tiempo tener en cuenta la declaración realizada por el OSD, respetar los compromisos contraídos frente a otros firmantes del Cuarto Convenio de Lomé y salvaguardar los objetivos de la OCM del plátano. Finalmente, se puso término a la diferencia mediante la celebración, el 19 de abril de 2001, de un acuerdo con los Estados Unidos. Ciertamente, puede objetarse que no se puede eludir la aplicación de las recomendaciones y decisiones del OSD y que tal solución negociada constituye también una forma de ejecución de la decisión del OSD. No obstante, independientemente de que se prevea la posibilidad permanente de una solución negociada de la diferencia como una libertad limitada a la elección de las modalidades de aplicación de las decisiones del OSD o como la libertad de privilegiar una alternativa a la ejecución de la citada decisión, la libertad subsiste»[767].

La libertad política de las instituciones europeas es la base de la argumentación posterior del AG para negar responsabilidad por acto ilícito de la Unión en el caso de autos. Esta libertad se basa, en primer lugar, en la necesidad de libertad de las instituciones europeas para encontrar una solución negociada que les permitiera equilibrar del mejor modo posible los diferentes intereses en juego[768].

> «Por otra parte, el reconocimiento de una responsabilidad por acto ilícito de la Comunidad ofrecería la posibilidad a todas las empresas afectadas bien por la propia medida comunitaria incompatible con las normas de la OMC, bien por medidas de retorsión, de obtener, a través de un recurso, la reparación de todos los perjuicios sufridos. La perspectiva de tal carga financiera podría, por su parte, obligar a los órganos políticos de la Comunidad a eliminar la medida comunitaria considerada incompatible con las normas de la OMC y, por lo tanto, a restringir la libertad de comportamiento que les deja el marco jurídico de la OMC»[769].

Además, el reconocimiento del principio de responsabilidad por acto ilícito de la Unión que no se haya ajustado en el plazo prudencial señalado a una decisión del OSD

[767] *Ibídem*, para. 47.
[768] *Ibídem*, para. 49.
[769] *Ibídem*, para. 50.

constituiría una espada de Damocles que podría pesar en el futuro sobre la libertad de los órganos políticos de la UE en el ámbito de la OMC[770].

IV. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto del Derecho del GATT/OMC en la UE

149. Conclusiones sobre la aplicabilidad del GATT de 1947 en el ordenamiento jurídico europeo. El análisis de la jurisprudencia europea en relación con el GATT de 1947 se puede resumir afirmando que el TJCE no reconocía el efecto directo del citado acuerdo salvo que el acto de la Unión se refiriese a una disposición concreta del GATT o la Unión mostrase su intención de implementar una disposición concreta del citado acuerdo[771]. Durante el desarrollo de la citada jurisprudencia europea se debatió a la posibilidad de utilizar el GATT de 1947 como posible parámetro de validez del Derecho europeo y la posibilidad de que dicho acuerdo atribuyese Derechos a los particulares dentro de la Unión[772]. Sin embargo, se entendió que la obligación general cumplimiento del GATT de 1947 por parte de la Unión no era suficiente para reconocerle como parámetro de validez del Derecho europeo ni que dicho acuerdo atribuyese Derechos a los particulares dentro de la Unión. Profundizando en esta posición el Tribunal determinó que habría que atender a las normas europeas en cada caso concreto y a la remisión que en cada caso concreto ésta hiciesen al GATT de 1947 para permitir dichas posibilidades[773].

150. Conclusiones sobre la cuestión de efecto directo del Acuerdo sobre la OMC. Por lo que se refiere al Acuerdo sobre la OMC, el juez europeo ha rechazado la posibilidad de invocarlo tanto en el marco de un procedimiento prejudicial sobre apreciación de validez como en un recurso de anulación o en un recurso de indemnización[774].

---

[770] *Ibídem*, para. 51.
[771] GRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials*, *op. cit.*, p. 208; HUESH, Ching-Wen, *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, p. 91.
[772] CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 435.
[773] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, *op. cit.*, p. 91.
[774] Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 20 febrero 2008 [ECLI:EU:C:2008:98], para. 29.

Para negar efecto directo al Derecho de la OMC en su conjunto, el Tribunal de Justicia se ha basado en la siguiente argumentación. Como regla general los países terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la UE rechazan toda posibilidad de invocar el Acuerdo sobre la OMC. Por este motivo es necesario dejar la misma libertad a los órganos legislativos y ejecutivos de la Unión si no se quiere llegar a un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC, máxime cuando éste se basa en un principio de reciprocidad y de ventajas mutuas[775]. En los asuntos analizados *supra* en la jurisprudencia europea entiende que el Derecho de la OMC deja un amplio margen de libertad política a sus Miembros. El reconocimiento de efecto directo a tales acuerdos dentro del Derecho europeo podría constreñir dicho margen de sobremanera, desequilibrando las opciones de las instituciones de la Unión y de sus Estados miembros en el cumplimiento y la implementación de sus obligaciones derivadas del Derecho de la Organización. Por todo lo antedicho el Tribunal de Justicia Europeo concluye que no puede inmiscuirse en las prerrogativas del poder político sin menoscabar el equilibrio institucional[776].

Para profundizar en el enfoque del Tribunal de Justicia en la determinación del efecto del Derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico de la UE, CANNIZARO propone el examen de tres elementos considerados por el Tribunal en la evaluación de la naturaleza y propósitos de las normas internacionales: la reciprocidad, la existencia de un SSD y la existencia de Derechos individuales[777]. El problema que se plantea en este punto es el hecho de que un reconocimiento del efecto directo al Acuerdo sobre la OMC podría tener como consecuencia que cualquier medida legislativa de la UE podría denunciarse ante la justicia europea por su incompatibilidad con el Derecho de la OMC[778]. El Tribunal de Justicia no quiere reconocer el efecto directo porque este hecho podría suponer una ampliación de la función interpretativa de los órganos de la OMC en la aplicación e interpretación del Derecho de la UE y de la

[775] *Ibídem*, para. 34.
[776] *Ibídem*, para. 35.
[777] CANNIZARO, E., «The neo-monism of the European legal order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, pp. 39-49.
[778] ANTONIADIS, A., «The European Union and WTO law: a nexus of reactive, coactive, and proactive approaches», *World Trade Review*, Vol. 6, Núm. 1, 2007, p. 53.

capacidad de revisión de la consistencia de los actos normativos europeos con el Derecho de la OMC[779].

ANTONIADIS señala que la justicia europea, para mantener su posición de negación de efecto directo al Derecho de la OMC, se basa fundamentalmente en la falta de reciprocidad y en la libertad de las instituciones europeas (margen de maniobra)[780]. El concepto de reciprocidad fue elaborado por el TJCE sobre todo en relación con el GATT de 1947 y más recientemente se ha mantenido respecto del Acuerdo sobre la OMC[781].

En la jurisprudencia reciente parece tenerse un enfoque diferente para la evaluación de si las normas internacionales tienen efecto directo en caso de que éstas creen Derechos individuales[782]. El análisis de estos tres elementos que lleva a cabo CANNIZARO, le llevan a defender que la justicia europea adopta un enfoque «neo-monista» en el proceso de implementar el Derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico de la UE[783].

Parte de la doctrina considera la postura del Tribunal de Justicia de la Unión como una postura pragmática y loable, teniendo en cuenta las crecientes carencias recibidas por la OMC sobre su incapacidad de fomentar la liberalización comercial sobre otros valores sociales y medioambientales[784]. Además que el Derecho de la OMC

[779] *Ibídem*, p. 55.
[780] *Ibídem*, pp. 52-55.
[781] CANNIZARO, E., «The neo-monism of the European legal order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, pp. 39-42.
[782] *Ibídem*, pp. 45-49.
[783] *Ibídem*, pp. 39-49 y 51. La cuestión concreta de la protección de los Derechos individuales por el sistema judicial de la UE en relación con el Derecho de la OMC se aleja del analásis de la presente investigación, *vide* para una introducción a esta problemática constitucional, THIES, A., «EU membership of the WTO: International trade disputes and judicial protection of individuals by EU Courts», *Global Constitutionalism*, Vol. 2, Núm. 2, Julio 2013, pp. 237-261.
[784] GRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials*, *op. cit.*, p. 211. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera esta argumentación discutible, *vide*, entre otros, ZONNOKEYN, G., «The Status of WTO Law in the Community Legal Order: Some Comments in the Light of the Portuguese Textiles Cases», *European Law Review*, Vol. 25, 2000, p. 292; GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the EU», *Journal of International Ecomic Law*, Núm. 3, 2000, p. 441; PETERSMANN, E.-U., «The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948», *Common Market Law Reiview*, Vol. 31, 1994, p. 1157; PETERSMANN, E.-U., «Proposals for a New Constitution for the European Union: Building Blocks for a Constitutional Theory and Constitutional Law of the EU», *Common Market Law Reiview*, Vol. 32, 1995, p. 1123; Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer of 23 January 2007, in *Merck Genéricos-Productos Farmacêuticos Ldª* v. *Merck & Co. Inc. and Merck Sharp & Dohme Ldª*, Case C-431/05, paras. 81-6

no pueda invocarse jurisdiccionalmente no significa que no forme parte del ordenamiento jurídico europeo. El Tribunal de Justicia se niega a situar a los acuerdos OMC entre las normas con respecto a las cuales controla la legalidad de los actos de la Unión dadas las características de las normas de la OMC. Por tanto, no debe entenderse que esta jurisprudencia niega la condición de fuente del Derecho europeo de las normas de la OMC sino que afecta a su alcance contencioso, sino que sólo en la medida en que la aplicación jurisdiccional del Derecho de la OMC menoscabe la libertad política de las instituciones comunitarias en el ámbito de la OMC, ese Derecho no podrá ser invocado eficazmente ante la justicia europea[785]. Como contraargumento a lo antedicho, se podría destacar que la flexibilidad y la reciprocidad que esgrime el Tribunal para mantener su posición son limitadas en muchos casos por lo que se reconoce a las instituciones europeas mayor libertad de la que debieran tener sobre la base de los acuerdos adoptados en el marco de la OMC. Esta circunstancia pone de manifiesto que la justicia europea pone más énfasis en los aspectos de tipo político que en las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por la UE en el marco de la OMC[786].

151. Virajes en la jurisprudencia europea sobre la aplicabilidad del Acuerdo sobre la OMC. La jurisprudencia clásica europea en torno a la cuestión del efecto directo del Acuerdo sobre la OMC está cambiando en base a dos argumentos, la aplicación creciente de la hipótesis de invocación de la interpretación conforme y la invocación de los Acuerdos de la OMC en contra de los Estados miembros en la hipótesis de una acción de incumplimiento.

152. La aplicación creciente de la interpretación conforme. En el caso concreto de la OMC, la invocación de la interpretación conforme supone que los jueces nacionales y los jueces europeos deben de hacer una interpretación, dentro de lo posible,

---

citado en VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 68.

[785] Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC* (C-120/06) y *Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc.* (C-121/06 P) *v. Consejo y Comisión*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 20 febrero 2008 [ECLI:EU:C:2008:98], para. 37.

[786] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, p. 109.

conforme a las reglas de la OMC. La invocación de la interpretación conforme por parte del Tribunal de Justicia se ha dado sobre todo en relación con el ADPIC y el AGCS[787].

La invocación de la interpretación conforme puede suponer un paliativo para la falta de efecto directo de los Acuerdos de la OMC. Esta interpretación intentaría evitar la contracción de sus acuerdos internacionales. El límite se encuentra en una interpretación *contra legem* de las normas de Derecho derivado[788]. Como consecuencia se mejoraría la efectividad del Derecho de la OMC en ciertas circunstancias, aunque normalmente no cuando las disposiciones del Derecho de la OMC son invocadas para poner en duda la legalidad de las medias comunitarias[789]. El TJCE desde el GATT de 1947 ya apuntó que el ejercicio de su competencia para interpretar los Acuerdos celebrados por la Comunidad, incumbía al Tribunal de Justicia garantizar su aplicación uniforme en ésta (sentencia de 26 de octubre de 1982, Kupferberg, 104/81, Rec. p. 3641, para. 14)[790].

153. La invocación de una acción de incumplimiento del Acuerdo sobre la OMC. La UE tiene un mecanismo para controlar el cumplimiento por parte de los Estados miembros de sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (artículos 258

[787] En relación con el ADPIC, *vide* Asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, Parfums Christian Dior SA y Tuk Consultancy BV (C-300/98); y Assco Gerüste GmbH, Rob van Dijk, que actúa con el nombre comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» y Wilhelm Layher GmbH & Co. KG, Layher BV (C-392/98), STJCE 14 diciembre 2000 [ECLI:EU:C:2000:688], paras. 42-47. En relación con el AGCS, *vide*, asunto C-335/05, Řízení Letového Provozu ČR, S. P. y Bundesamt für Finanzen, STJCE 7 junio 2007 [ECLI:EU:C:2007:321], para. 16: «Respecto a la influencia que puede tener un acuerdo internacional del que forma parte la Comunidad, como el AGCS, sobre la interpretación de una disposición de Derecho derivado, es jurisprudencia reiterada que la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos (sentencias de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Alemania, C-61/94, Rec. p. I-3989, apartado 52; de 1 de abril de 2004, Bellio Fili, C-286/02, Rec. p. I-3465, apartado 33; de 12 de enero de 2006, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht, C-311/04, Rec. p. I-609, apartado 25, y de 8 de marzo de 2007, Thomson y Vestel France, C-447/05 y C-448/05, Rec. p. I-2049, apartado 30)».

[788] En relación con el límite señalado, *vide*, entre otros, asunto C-335/05, Řízení Letového Provozu ČR, S. P. y Bundesamt für Finanzen, STJCE 7 junio 2007 [ECLI:EU:C:2007:321].

[789] CRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials, op. cit.*, p. 209.

[790] Asunto C-104/81, *Hauptzollamt Mainz (Administración Principal de Aduanas de Mainz) v. C. A. Kupferberg & Cie KG a.A., Mainz*, STJCE 26 octubre 1982 [ECLI:EU:C:1982:362], para. 14; Asunto C-61/94, *Comisión de las Comunidades Europeas* vs. *República Federal de Alemania*, STJCE 10 septiembre 1996 [ECLI:EU:C:1996:313], para. 16. En relación con el Anexo 1C del Acuerdo sobre la OMC sobre ADPIC, CRAIG y DE BÚRCA remiten a los siguientes asuntos, asunto C-53/96, *Hermès International* vs. *FHT Marketing Choice BV.*, STJCE 16 junio 1998 [ECLI:EU:C:1998:292]; asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, Parfums Christian Dior SA y Tuk Consultancy BV (C-300/98); y Assco Gerüste GmbH, Rob van Dijk, que actúa con el nombre comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» y Wilhelm Layher GmbH & Co. KG, Layher BV (C-392/98), STJCE 14 diciembre 2000 [ECLI:EU:C:2000:688] en CRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials, op. cit.*, p. 209.

a 260 TFUE). En primer lugar es importante señalar que la utilización potencial de recursos en una posible constatación de incumplimiento por una obligación de los Estados miembros de cumplir las obligaciones de la OMC es una práctica muy limitada sobre todo desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. De hecho, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el recurso de incumplimiento se excluía de aquellas materias del Acuerdo sobre la OMC que fuesen competencia nacional.

Esta cuestión se puso de manifiesto en asunto *Comisión* v. *Irlanda*[791]. En este caso, el TJUE se señaló que

> «13. Dado que el recurso por incumplimiento no puede tener otro objeto que la inobservancia de obligaciones derivadas del Derecho comunitario, procede examinar, antes de pronunciarse sobre la existencia material del incumplimiento, si las obligaciones que recaen sobre Irlanda y que son objeto del recurso se hallan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.
>
> 14. El Tribunal de Justicia ha declarado que los acuerdos mixtos celebrados por la Comunidad, sus Estados miembros y países terceros tienen el mismo estatuto en el ordenamiento jurídico comunitario que los acuerdos puramente comunitarios, ya que se trata de disposiciones que son de la competencia de la Comunidad (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3719, apartado 9).
>
> 15. El Tribunal de Justicia dedujo de ello la consecuencia de que, al garantizar el respeto de los compromisos que se derivan de un acuerdo celebrado por las instituciones comunitarias, los Estados miembros cumplen, en el ordenamiento comunitario, una obligación que tienen para con la Comunidad, que es quien ha asumido la responsabilidad de la correcta ejecución del acuerdo (sentencia Demirel, antes citada, apartado 11)»[792].

Por tanto, en el caso concreto de las obligaciones adquiridas por la UE como Miembro de la OMC, la invocación un recurso de incumplimiento de un Estado miembro de la UE por las obligaciones contraídas en el seno de la UE supondría una excepción a todo lo que venimos señalando.

154. Conclusiones sobre el efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del ESD. Al igual que ocurría en el caso del Acuerdo sobre la OMC, la jurisprudencia europea no reconoce el efecto directo de las decisiones adoptadas en el

[791] Asunto C-13/00, *Comisión* v. *Irlanda*, STJUE 19 marzo 2012 [ECLI:EU:C:2002:184].
[792] *Ibídem*, paras. 13-15.

marco del SSD[793]. Como norma general el Tribunal de Justicia no admite dichas decisiones como referente para ejercer el control de legalidad del Derecho de la Unión, salvo que se entienda que se encuentran en alguna de las excepciones acogidas en los asuntos *Fediol* y *Nakajima*.

La jurisprudencia europea mantiene que a pesar del carácter jurisdiccional del procedimiento de solución de diferencias, el ESD deja todavía un amplio margen a la negociación entre las partes, pudiéndose incluso extender de manera interesada la no ejecución de las decisiones y recomendaciones del OSD por la parte demanda y condenada. Por consiguiente, imponer a los órganos jurisdiccionales de la Unión la obligación de no aplicar normas internas incompatibles con las decisiones adoptadas privaría a las instituciones europeas de la posibilidad de alcanzar soluciones negociadas en todos los momentos procesales previstos en el ESD[794]. Por otra parte, se podría pensar que, como en el caso del Acuerdo sobre la OMC, a los informes del SSD sí se les reconoce como parámetro interpretativo del Derecho europeo. Sin embargo, la jurisprudencia no ha permitido tal posibilidad. De hecho, lo que se deduce del asunto *Van Parys*, nos lleva a pensar que la atención de los tribunales europeos es justo la contraria ya que en esta sentencia el TJCE negó la posibilidad de que las decisiones del OSD se conviertan en parámetros de control del cumplimiento del Derecho europeo con las obligaciones internacionales asumidas en el marco de la OMC utilizando el mismo argumento de que el SSD es un sistema que permite renegociar incluso después de existir un informe adoptado por el OSD[795].

155. Los argumentos fundamentales para la negación del efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD. Las motivaciones de la negativa a la invocación de las recomendaciones y resoluciones del OSD por parte del TJUE se pueden resumir fundamentalmente en dos: 1) la voluntad de no afectar a los márgenes de maniobra de las instituciones europeas en las negociaciones en el seno del SSD para

[793] CANNIZARO, E., «The neo-monism of the European legal order», en CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union, op. cit.*, pp. 42-45.
[794] Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 20 febrero 2008 [ECLI:EU:C:2008:98], para. 33.
[795] LÓPEZ BARRERO, Esther. *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, pp. 441-442.

alcanzar una solución mutuamente convenida; 2) la necesidad de preservar la autonomía del orden jurídico de la Unión.

Primera, la voluntad de no limitar los márgenes de maniobra de las instituciones de la Unión en la conducción de las diferencias comerciales multilaterales para poder alcanzar un final mutuamente convenido de las diferencias iniciadas contra ella en la OMC. En este contexto la posición del TJUE se funda en la separación de poderes y en la preservación del equilibrio y la reciprocidad de concesiones negociadas en el seno de la OMC. El reconocimiento de la invocación de las recomendaciones y resoluciones del OSD ante el TJUE le daría una capacidad ejecutoria a dichos informes y por extensión al propio Tribunal que rompería con el equilibrio de la separación de poderes dentro de la UE, además de limitar de sobremanera la capacidad negociadora de la UE en el seno del SSD.

En relación con el respeto de la capacidad negociadora de la UE en el transcurso de la solución de las diferencias en la OMC, el TJUE destaca la necesidad de preservar el equilibrio y la reciprocidad de concesiones negociadas en relación con el resto de Miembros de la Organización. Los informes adoptados por el OSD tienen efectos *ex nunc*, no se reconoce la retroactividad en cuanto a sus efectos y éstos empiezan a regir desde el momento en que se pone fin a la diferencia. Este momento en el que se ponga fin a la diferencia y la manera en que se vayan a poner las medidas en conformidad con el Derecho de la OMC, como ya hemos comprobado, tiene distintas posibilidades. El TJUE no quiere limitar el margen de negociación de la UE en esta última fase de solución y cumplimiento de la diferencia porque le dejaría en desventaja (ruptura de equilibrio) en relación con el resto de sus socios comerciales[796]. La garantía de este equilibrio entre los Miembros de la Organización enlaza también con el principio de reciprocidad en el sentido de que una situación de mayor fuerza obligatoria de los informes adoptados por el OSD o por las soluciones mutuamente convenidas para la UE podría tener consecuencias negativas para la política y la economía europeas.

Segunda, el TJUE justifica su rechazo a la invocación sobre su voluntad de proteger la autonomía del orden jurídico de la Unión. Esta negativa de manera implícita

[796] En esta línea se pronuncia, entre otros, por MOTAÑA I MORA, V.M., «Equilibrium. A Rediscovered Basis for the Court of Justice of the EC to Refuse Direct Effect to the Uruguay Round Agreement?», *Journal of World Trade*, Vol. 30, 1996.

niega el carácter jurisdiccional del SSD de la OMC[797]. El TJUE busca en última instancia la protección de la autonomía del orden jurídico de la UE[798].

156. Virajes en la jurisprudencia europea sobre la cuestión del efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del ESD. La jurisprudencia europea no es estática y en algunos de los últimos casos, aunque directamente no se admite el efecto directo de los informes del SSD, sí que se deja sentir que las resoluciones de éstos cuantos menos inspiran la jurisprudencia europea[799]. Como señala BRONKERS, aunque la jurisprudencia europea no reconoce que recoge lo establecido en los informes de los órganos del SSD, en la práctica parece haber esfuerzos por poner su normativa interna de conformidad con ellos, y de esta forma les da cumplimiento. Indudablemente, al no emitir una declaración explícita de su posición ante dichas obligaciones internacionales, las instituciones europeas se guardan el Derecho de separarse de las decisiones adoptadas en el seno de la OMC en caso de considerarlo conveniente[800]. Por otra parte, desde la perspectiva del funcionamiento general del Derecho europeo, este mismo autor señala la falta de reconocimiento del efecto directo de los informes del SSD por el TJUE no tiene porqué ser completamente negativo. El hecho de que no se reconozca tal efecto otorga mayor peso a los órganos políticos del sistema de la UE, tanto en la negociación, como en el cumplimiento de lo negociado, por lo que favorece un equilibrio institucional dentro del Derecho europeo.

157. El concepto de efecto «indirecto». De lo antedicho se deduce que el valor de las decisiones adoptadas en el SSD en el Derecho europeo es débil, dejando a sus Estados miembros y de los particulares dentro de la Unión espacios mínimos para la reclamación de su cumplimiento[801]. No obstante, en el ámbito concreto del Derecho de la UE, el efecto directo no constituye la única vía para tratar de promover la adopción de los informes por parte del TJUE de la UE. Con el objetivo de destacar esta

[797] Asunto C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger 27 septiembre 2007 [ECLI:EU:C:2006:236], paras. 93-94.
[798] Sobre la autonomía del orden jurídico del Derecho de la UE *vide*, entre otros, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 67-69; GOVAERE, I., «Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order», en HILLION, C.; KOUTRAKOS, P. (dir)., *Mixed Agreements Revisited*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 187-210.
[799] LÓPEZ BARRERO, Esther. *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, p. 440.
[800] BRONKERS, M., «From "direct effect" to "muted dialogue"», *op. cit.*, pp. 885-898.
[801] LÓPEZ BARRERO, Esther. *Regulación del comercio internacional: la OMC, op. cit.*, p. 442.

posibilidad, en la presente investigación se propone el concepto de efecto «indirecto» en un intento de llamar la atención sobre supuestos en lo que se cumplen e implementan las decisiones adoptadas de dichos informes en el ordenamiento jurídico de la UE y se producen consecuencias jurídicas similares a las que se dan en el supuesto del efecto directo clásico del Derecho europeo en los Derechos nacionales de los Estados miembros. A continuación se recogen dos supuestos donde se puede reconocer el efecto «indirecto» de las decisiones adoptadas en el SSD en la UE. Por un lado, en los supuestos en los que se produce un diálogo velado del TJUE con las decisiones derivadas del SSD de la OMC fundamentado en el principio de la interpretación conforme y, por otro lado, ante la posibilidad de incoar una acción por daños por las personas privadas para tratar de obtener compensación económica por parte de la UE[802].

Los conceptos de supremacía, primacía y de efecto directo que se dan en relación con el Derecho de la UE son elementos con un marcado carácter constitucional pero que aún no se han adoptado por el Derecho de la OMC ni por los ordenamientos jurídicos de sus Miembros[803]. La importancia reconocer el efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC reside en el hecho de que los individuos puedan invocar directamente una disposición del Derecho de la OMC, ante los Tribunales nacionales y el propio TJUE[804]. De hecho, un aspecto que promueve la crítica por parte de los agentes privados en el contexto geográfico de la UE reside en el hecho de que el TJUE no permite que las personas privadas (o cualquier legitimado para iniciar un procedimiento ante el TJUE) cuestionen la validez o aplicabilidad de actos normativos europeos por su posible inconsistencia con el Derecho de la OMC, incluso cuando el SSD la haya reconocido. Se trata de agentes privados que pueden estar directamente afectados por dicho incumplimiento y que no tienen instancia

[802] BRONCKERS, M., «From "Direct Efect" to "Muted Dialogue"», *op. cit.*, pp. 889-894.
[803] TRACHTMAN, J. P. «8. Constitutional Economics of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 222-223. Sin embargo, en el caso de la UE parece más apropiado emplear el término de primacía que el de supremacía. En esta línea *vide*, DTC 001/2004 – Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). La cuestión del efecto directo y la primacía del Derecho de la Unión se han tratado *infra* en la presente investigación, «III.2. El impacto del Derecho del GATT/OMC en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea».
[804] ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2001, p. 139.

jurisdiccional ante la que reclamar[805]. Este debate en torno al efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC se enmarca dentro de un debate mayor sobre la interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio y del posible desarrollo o incluso la existencia *de facto* de una serie de normas y principios de resolución de antinomias similares a las que los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo poseen.

En contra de lo que se ha señalado *supra* y como práctica contraria a la que se sigue en el seno de la UE recogemos la actuación de los Tribunales argentinos en relación con la diferencia DS155, Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados[806]. En Argentina se procedió a la devolución de los impuestos recaudados por adelantado cuando la OMC declaró como inconsistente con el Derecho de la OMC la normativa las Resoluciones Generales (DGI) Nos 3431/91 y 3543/92.

La cuestión de la aplicabilidad directa de las recomendaciones y resoluciones del OSD o de las soluciones mutuamente convenidas dentro de la UE y de su posible efecto «indirecto», se entrelaza con el proceso de cumplimiento e implementación de dichos informes o acuerdos dentro de la OMC. Este proceso bidireccional evidencia cómo se interrelacionan en la práctica el Derecho de la OMC y el ordenamiento jurídico europeo. La propuesta de efecto indirecto trata de demostrar la incipiente constitucionalización del sistema multilateral del comercio, en concreto, esta constitucionalización se está produciendo como consecuencia de la implementación de las decisiones adoptadas en el seno del SSD por parte de la UE. Esta conceptualización del efecto indirecto justifica la trayectoria analítica subsiguiente en la parte tercera de la presente investigación: 1) la OMC como agente constitucionalizador del sistema multilateral del comercio con especial referencia a su SSD, 2) el concepto de «implementación» derivada de la práctica de las instituciones de la UE como consecuencia de las decisiones adoptadas en el marco del SSD; 3) la valoración del desarrollo de un «constitucionalismo

[805] SACERDOTI, G., «The dispute settlement system of the WTO: structure and function in the perspective of the first 10 years», *op. cit.*, pp. 49-75.
[806] Para obtener un resumen de la diferencia así como acceso a todos los documentos oficiales de la misma, *vide* <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds155_s.htm> (última revisión, 11 de julio de 2013).

postnacional multilateral» como consecuencia de la interconexión entre el ordenamiento jurídico europeo y el Derecho de la OMC.

PARTE TERCERA. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROCESOS DE IMPLEMENTACIÓN DENTRO DE LA UE

CAPÍTULO PRIMERO. LOS ORÍGENES DEL DEBATE DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA OMC

158. La constitucionalización de la OMC. El Derecho constitucional postnacional supone el reconocimiento de la capacidad de generar constitucionalización por parte de algunas organizaciones internacionales. En la presente investigación se va a aceptar que a nivel supranacional no es posible encontrar la existencia de una *Grundnorm* kelseniana ni procesos que indiquen su factibilidad en un futuro próximo sino que el análisis constitucional se va a centrar en el análisis de solapamientos de ordenamientos que se producen entre el Derecho de la OMC, el Derecho de la UE y el Derecho de sus Estados miembros por las decisiones adoptadas en el seno del SSD de la OMC y los procesos de implementación que se generan dentro de la UE como consecuencia del cumplimiento de dichas decisiones[807]. El análisis de este sistema jurisdiccional internacional va a servir como marco para establecer un conjunto de normas y principios de resolución de antinomias similares a los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales para el ámbito del Derecho de la OMC que pueda estabilizar las relaciones jurídicas de los Miembros europeos de la Organización. Esta propuesta supondría un avance en la constitucionalización transnacional desde su perspectiva externa en el ámbito concreto del sistema multilateral de comercio entre la Organización y sus Miembros europeos que podría servir a su vez de inspiración tanto para otros Miembros de la OMC como para la constitucionalización de otros sectores del Derecho internacional. La solución hipotética que se propone en la presente investigación se enmarca dentro del desarrollo un «Derecho constitucional postnacional multilateral». Esta forma de constitucionalización intenta asegurar la gobernanza y, como consecuencia de lo anterior, la jerarquía entre el Derecho de la OMC, el Derecho de la Unión y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en el ámbito del comercio internacional.

[807] CASS, D. Z., *The Constitucionalization of World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, *op. cit.*, pp. 32-38. En la presente investigación se va a entender que el proceso de constitucionalización se puede desarrollar sin la existencia de una norma constitucional suprema, en la línea que proponen, entre otros, CASS, D. Z., *The Constitucionalization of World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, *op. cit.*; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 253-306; JACKSON, V. C.; TUSHNET, M., *Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, 1999.

La presentación de la OMC como organización constitucional es una excepción dentro de la práctica de la misma ya que la Organización no se autocalifica como constitucional[808]. Sin embargo, la doctrina ha impulsado el debate en torno a la posible constitucionalización de la OMC. Las distintas escuelas de pensamiento han tomado como referencia aspectos propios de la constitucionalización estatal analizados en la parte primera, capítulo primero, apartado II, «II. La teoría constitucional clásica en un contexto jurídico globalizado» de la presente investigación y han valorado su posible desarrollo dentro del marco jurídico de la OMC o derivados de la propia actividad de la Organización que se revisarán *infra*.

159. Los aspectos que esclarecen de la constitucionalización de la OMC. Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, los Estados aliados promovieron el desarrollo de un orden económico internacional. En la reconfiguración de este nuevo orden económico mundial, la OMC fue la última organización internacional en constituirse[809]. La delegación de poder a la Organización de manera progresiva en el tiempo por parte de sus Miembros ha hecho cuestionarse necesidad de incrementar la transparencia de sus procesos de creación de Derecho y la equidad en la participación de todos los Miembros en sus procesos de toma de decisiones. Esta circunstancia unida a la propia práctica de la Organización en la solución de diferencias ha generado la creencia en la doctrina y en la comunidad internacional de que la OMC constituye «algo más» que una organización internacional clásica. Ese «algo más» ha abierto el debate en torno a que si dentro de la OMC se están generando elementos propios del constitucionalismo estatista, es decir, si se está generando un proceso de constitucionalización postnacional multilateral[810].

[808] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *op. cit.*, p. 72. En este caso LAWRENCE cita (en la nota a pie de página 17) al Director General de la OMC, RUGGIERO, R., «The Multilateral Trading System at Fifty», Address to the Royal Institute of International Affairs in London, 16 de enero de 1998.

[809] Sobre el proceso de creación de las organizaciones internacionales de Bretton Woods y de la propia OMC *vide* los apartados IV y V del capítulo segundo de la parte primera, «IV. La OMC como agente regulador del sistema multilateral de comercio» y «V. El Sistema de Solución de Diferencias» así como el capítulo segundo de la parte tercera, «El procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC» de la presente investigación.

[810] Esta reflexión en torno al posible desarrollo de «algo más» como consecuencia de la propia práctica de la OMC es defendica por CASS en CASS, D. Z., *The Constitucionalization of World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, *op. cit.*, pp. 3-15.

Dentro la OMC se pueden destacar ciertos aspectos como fundamentales para esclarecer ese «algo más» que generó en la doctrina la posible gestación en la OMC de elementos propios del constitucionalismo. Se pueden agrupar en tres líneas argumentales básicas los aspectos que sirven para defender la constitucionalización de la OMC. Parte de la doctrina entiende que la institucionalización de la propia Organización, el desarrollo institucional y la racionalización en sus procesos internos, le otorga un carácter constitucional. Otro sector doctrinal defiende una constitucionalización sobre el argumento de que la OMC cada vez presta más atención a la defensa y la garantía de Derechos («*rights-based approach*»). Por último existe una última corriente que se aparta del normativismo de las dos anteriores y fundamenta la constitucionalización de la Organización en el proceso de judicialización de su SSD y, sobre todo, por la actuación constante del OA («*judicial norm-generation*»).

El «Derecho constitucional postnacional multilateral» propuesto en la presente investigación es transversal a dos de las tres líneas señaladas en el párrafo anterior ya que el proceso de constitucionalización externa de la OMC surge de la propia judialización del sistema de solución de diferencias reforzado en el Acuerdo sobre la OMC y la práctica posterior de la Organización, lo que a su vez supone una racionalización de los procesos de solución de diferencias suscitados en su seno. Dentro de la UE, el desarrollo del SSD de la OMC en la dirección que se acaba de exponer ha supuesto una implementación de las decisiones adoptadas de manera cada vez más eficiente por parte de las instituciones de la UE y sus Estados miembros en aquellas diferencias en las que éstos han sido parte demandada y condenada.

160. Algunas objeciones preliminares sobre la constitucionalización de la OMC. Antes de iniciar el análisis de la constitucionalización de la OMC resulta conveniente exponer una serie de objeciones preliminares en torno a dicho proceso. En primer lugar, es importante tener presente en todo momento la dificultad de medir el proceso en sí mismo por lo que a lo largo del análisis sobre las implicaciones constitucionales de la OMC y el avance en su proceso de constitucionalización sólo se podrán destacar índices o criterios que ayuden a probar la existencia del fenómeno[811]. En la medida en que ni el término «constitución» ni el de «constitucionalismo» son

[811] DE BÚRCA, G.; SCOOT, J. (ed.), *The EU and the WTO: Legal and Constitucional Issues*, Hardt Publishing, Oxford, 2001, p. 33.

conceptos unívocos, tampoco hay un análisis único para determinar si la OMC tiene o no rasgos constitucionales o si está inmersa en un proceso de constitucionalización sino que habrá de sujetarse a un conjunto de criterios que asistan dicha valoración. En la presente investigación se han propuesto como aspectos fundamentales de toda constitución los siguientes: el Estado de Derecho, los Derechos y las libertades fundamentales, la separación de poderes y la democracia[812]. Además de esta primera objeción se deberían señalar la propia naturaleza internacional de la OMC y de su proceso de constitucionalización en un contexto que supera los contenedores nacionales propios de la ciencia constitucional clásica [813]. En previsión del nuevo marco postnacional del constitucionalismo se ha propuesto en la presente investigación el concepto de «constitucionalismo postnacional multilateral»[814].

I. El proceso de constitucionalización de la OMC

161. Introducción al debate doctrinal sobre el proceso de constitucionalización de la OMC. El debate doctrinal suscitado en torno a la posible constitucionalización de la OMC se encuentra altamente fragmentado porque cada autor señala un aspecto significativo que le sirve para justificar ese proceso de constitucionalización que se está generando dentro de la propia Organización. Esta circunstancia dificulta en análisis de debate doctrinal entendido como un todo y exige una labor de valoración y clasificación, que se hará en un momento posterior en la presente investigación, para incluir las distintas corrientes doctrinales en los tres aspectos fundamentales de constitucionalización de la OMC señalados *supra* a saber, Primera, la institucionalización de la propia Organización, el desarrollo institucional y la racionalización en sus procesos internos, le otorga un carácter constitucional. Segunda, defensa de la constitucionalización sobre el argumento de que la OMC cada vez presta más atención a la garantía de Derechos («*rights-based approach*»). Tercera, se fundamenta la constitucionalización de la Organización en el proceso de judicialización de su SSD y, sobre todo, por la actuación constante del OA («*judicial*

[812] El análisis de concepto de constitución dentro del constitucionalismo clásico se ha tratado de desarrollar en el apartado II del capítulo primero de la parte primera de la presente investigación, «II. La teoría constitucional clásica en un contexto jurídico globalizado».
[813] CASS, D. Z., *The Constitucionalization of World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System, op. cit.*, pp. 48-56.
[814] En un intento de contextualizar el constitucionalismo actual se ha desarrollado la parte primera de la presente investigación en su conjunto, «Parte primera. La globalización, el Estado y el comercio internacional».

norm-generation»). Esta valoración también tratará de ubicar el debate doctrinal existente desde la perspectiva expuesta sobre la constitucionalización externa e interna de la Organización.

1. El «constitucionalismo económico»

162. El «constitucionalismo económico» como concepto. Para abordar la constitucionalización de la OMC hay que enmarcar este proceso dentro del contexto del sistema del Derecho internacional público general. La constitución de la OMC supondrá la aparición de un sistema semi-autónomo dentro del sistema general en interconexión a su vez con los órdenes constitucionales nacionales. Esta interrelación de ordenamientos constitucionales le lleva a TRACHTMAN a proponer el principio de subsidiariedad constitucional para explicar cómo deberían desarrollarse las funciones constitucionales particulares entre los actores mencionados, defendiendo la contingencia y la plasticidad del proceso[815].

TRACHTMAN examina la OMC desde la perspectiva de constitucionalismo económico («*constitutional economics*») y sobre este enfoque conceptual defiende la necesidad de constitucionalizar el Derecho de la OMC y por extensión el Derecho internacional [816]. La constitucionalización internacional permisiva de la OMC significaría su final como una organización internacional tradicional («*member organization*») donde cada Miembro retiene su derecho de veto. Así, la OMC se convertiría en un actor con capacidad en sí mismo y responsable por sus actos. La necesidad de controlar el proteccionismo y desarrollar normas que complementen esta limitación reclama a su vez el desarrollo del constitucionalismo internacional restrictivo, esto es, normas que restrinjan la producción del Derecho internacional ordinario[817]. Por último, las lagunas jurídicas de regulación de la globalización ponen de manifiesto la necesidad de desarrollar una constitucionalización suplementaria tanto en el seno de la OMC como el resto de las organizaciones que configuran el sistema legal

[815] TRACHTMAN, J. P., «The Constitutions of the WTO», *op. cit.*, pp. 624-626.
[816] TRACHTMAN, J. P. «8. Constitutional Economics of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance, op. cit.*, pp. 206-207.
[817] *Ibídem*, pp. 207-208. Para más información sobre este tipo de constitucionalización, *vide* DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. «1. A Functional Approach to International Constitutionalization» en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance, op. cit.*, pp. 11-13.

internacional para un mayor control de todos los procesos que se derivan de dicho fenómeno[818].

TRACHTMAN presenta el «*constitutional economics*» como el enfoque que ayudará a prever las consecuencias potenciales de la constitucionalización tanto dentro de la propia OMC como en relación con la misma[819]. Para el constitucionalismo económico, las constituciones son instrumentos de interacción humana, mecanismos mediante los cuales se comparte autoridad para facilitar el establecimiento de reglas. Las normas constitucionales no son Derecho natural, sino que se trata de acuerdos políticos diseñados para maximizar el alcance de las preferencias de los ciudadanos individuales. El constitucionalismo económico asume que las constituciones existen para resolver los costes transaccionales y los problemas estratégicos que podrían impedir el logro de los intercambios eficientes de autoridad. El constitucionalismo económico es agnóstico en relación con las preferencias que se articularán o la vía mediante la cual los individuos valorarán sus preferencias. Éste sólo asume el hecho de que cada individuo tiene una utilidad y se convive en sociedad como la mejor vía para poder desarrollar sus preferencias. En el constitucionalismo económico los estados se comportan como los individuos y, por tanto, se podría esperar que aquellos calculen sus posiciones como sigue, el estado maximizará su utilidad esperada mediante un análisis de coste-beneficio, basado en su comprensión de las probabilidades que conseguiría de lo que quiere de la futura toma de decisiones. Por supuesto, dependiendo de esto último, el Estado preferirá una acción o una inacción (eliminando las posibilidades intermedias). En estos momentos de incertidumbre es posible que los Estados alcancen un acuerdo.

---

[818] TRACHTMAN, J. P. «8. Constitutional Economics of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, pp. 207-208. Este tipo de constitucionalización se refiere al conjunto de normas subsidiarias que ayudan a determinar el ámbito de aplicación de las distintas normas internacionales. Para más información *vide*, DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. «1. A Functional Approach to International Constitutionalization» en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, pp. 14-18. Sobre el concepto de la globalización y sus consecuencias *vide* la parte primera de la presente investigación, «Parte primera. La globalización, el Estado y el comercio internacional».

[819] *Ibídem*, pp. 212-216. Para profundizar en la postura de la corriente de escépticos *vide*, KRASNER, S. D., «Global Communications and National Power: Life on the Pareto Frontier», *World Politics*, Vol. 43, Núm. 3, 1991, pp. 336-366; GARRETT, G., «International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market», *International Organization*, Vol. 46, Núm. 2, 1992, pp. 533-560.

El «*constitutional economics*» asume que los Estados, en el proceso de constitucionalización internacional, emplean la constitucionalización para establecer los tipos de constituciones internacionales que son óptimos. Las constituciones óptimas son aquellas que maximizan los beneficios de producción del Derecho internacional. Ante el panorama expuesto, el trabajo más difícil estará en los márgenes, en los lugares donde unas constituciones encajan con otras. Para mediar entre estas constituciones es necesario el desarrollo de reglas terciarias («*tertiary rules*»). El constitucionalismo económico puede proveer una perspectiva o un conjunto de herramientas que pueden emplearse para encajar donde estas reglas terciarias son necesarias, y la estructura que éstas debieran tener[820].

El constitucionalismo económico puede entenderse como un acuerdo, como una teoría, como una metodología y como una orientación política. Como acuerdo, se basa en el individualismo normativo, defendiendo que los acuerdos institucionales tienen que tratar de maximizar el bienestar individual a juicio de los individuos[821]. Como teoría, postula que los Estados en un momento constitucional acordarán una constitución que maximice su bienestar colectivo[822]. La legitimidad de este régimen constitucional vendrá dada por el acuerdo entre todos los individuos racionales que convienen en maximizar dichas preferencias. Como metodología, obtiene hipótesis basadas en esta teoría y las comprueba empíricamente[823]. Como orientación política, aconseja que la tarea de los redactores («*framers*») de las constituciones, y de los analistas, sea enlazar análisis comparativos institucionales para determinar que rasgos institucionales maximizarán la red de preferencias[824].

163. El constitucionalismo económico y su relación con la OMC. Una vez explicado el concepto de «*constitutional economics*», se aplicará dicho concepto a

[820] *Ibídem*, pp. 228-229.
[821] *Ibídem*, p. 215.
[822] *Ibídem*, p. 215. TRACHTMAN define en esta misma página un «momento constitucional» como un momento histórico en el que los individuos o, en el plano internacional, los estados, acuerdan un cambio constitucional incluso aunque haya inseguridad sobre las posibles implicaciones futuras de dicho acuerdo. Estos momentos constitucionales suelen ser resultado de un cambio en los intereses, o en la percepción de los mismos, por parte de los constituyentes: un *shock* exógeno que perturba el equilibrio constitucional.
[823] *Ibídem*.
[824] *Ibídem*, pp. 215-216. Para profundizar en esta cuestión, *vide*, TRACHTMAN, J. P., *The Economic Structure of International Law*, Harvard University Press, Cambridge, New York, 2008.

ciertos aspectos de la OMC[825]. TRACHTMAN señala una serie de indicadores que muestran la existencia del constitucionalismo económico en la OMC. En este espectro constitucional se recogen cuestiones tan dispares como: 1) el proceso de adopción de decisiones en la OMC; 2) las implicaciones de la responsabilidad («*accountability*») y el déficit democrático; 3) el SSD, la supremacía y el efecto directo; 4) la fragmentación del Derecho internacional; 5) el comercio internacional y la capacidad de redistribución del sistema legal internacional; 6) el demos existente para la constitucionalización de la OMC[826].

TRACHTMAN en su análisis concluye afirmando que el sistema legal internacional tiene una constitución e incluye dentro de ésta a la constitución de la OMC, y que aquélla tiene rasgos *vis-à-vis* con los estados, otras organizaciones internacionales y con el sistema legal internacional en general[827].

2. La forma constitucional de la OMC

164. Análisis de la forma constitucional de la OMC. Para abordar la cuestión de la constitucionalización de la OMC desde el enfoque de su estructura y su arquitectura constitucional se utilizarán tres perspectivas. La primera, siguiendo a JACKSON, señala que la Ronda de Uruguay y el Acuerdo sobre la OMC se orientó a la construcción de una estructura más constitucional[828]. La segunda, siguiendo a CASS, destaca la cuestión de si la OMC debería permitir la intervención de actores no estatales en el SSD y para ello toma como referencia la figura del *amicus curiae* que según ella ayuda a aumentar la legitimidad, la justicia y la aceptación pública del poder de toma de decisiones del SSD[829]. La figura del *amicus curiae* fue utilizada por ejemplo en la diferencia EEUU - Camarones (DS58)[830]. La tercera se refiere al debate en torno a la

[825] *Ibídem*, pp. 216-228. En el apartado denominado: «3. Application of the Method of Constitutional Economics to the WTO».
[826] *Ibídem*, pp. 217-228.
[827] *Ibídem*, p. 228.
[828] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *op. cit.*, pp. 80, 81. En esta misma línea *vide* la bibliografía que se recoge a continuación, JACKSON, J. H., *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press, New York, 1990; HOWSE, R., «The House that Jackson Built: Restructuring the GATT System», *Michigan Journal of International Law*, Vol. 20, Núm. 2, 1999, p. 107-119.
[829] *Ibídem*, pp. 81-82.
[830] Informe del OA de la diferencia EEUU - Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos, WT/DS58/AB/R de 12 de octubre de 1998, para. 102.

judicialización del SSD de la OMC[831]. Con la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, el SSD dio un giro significativo hacia una dirección «judicial»[832].

JACKSON se podría presentar como el mayor defensor de la OMC en términos constitucionales que enlaza en sus análisis las tres perspectivas enumeradas en el párrafo precedente[833]. JACKSON comienza señalando que sólo el enfoque jurídico («*rule-oriented approach*») proporcionará la seguridad y la predictibilidad necesarias para el funcionamiento de los mercados internacionales descentralizados[834]. Este nuevo enfoque basado en normas puede darse mejor a través de una constitución creadora de una nueva organización internacional, la OMC. Tras la Ronda de Uruguay, JACKSON continuó centrándose en la arquitectura institucional como elemento fundamental para mostrar la existencia de una constitución de la OMC. En el momento de creación de la OMC, JACKSON afirmó que una organización internacional basada en normas debería desarrollar su actividad sobre la base de una constitución[835]. Como conclusión, JACKSON incluye la amenaza de intereses políticos estatales, el déficit democrático y la

[831] *Ibídem*, p. 82.

[832] *Ibídem*. En esta misma línea *vide* la bibliografía que se recoge a continuación, JACKSON, J. H., *Restructuring the GATT System*, Council of Foreign Relations Press, New York, 1990; PETERSMANN, E. U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, London, 1997. Sin embargo, hay autores que siguen defendiendo el carácter eminentemente diplomático del SSD de la OMC, entre otros *vide*, GOLDESTEIN, J; MARTIN, L. L., «Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note», *International Organization*, Vol. 54, Núm. 3, 2000, pp. 603-632; HUDEC, R. E., «The New WTO Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years», *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 8, Núm. 1, 1999, pp. 1-54.

[833] DUNOFF, J. L., «Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law», *op. cit.*, p. 651. Como botón de muestra de la bibliografía de JACKSON *vide*, JACKSON, J. H., *World Trade and the Law of GATT*, *op. cit.*; JACKSON, J. H., «The WTO "Constitution" and Proposed Reform: Seven "Mantras" Revisited», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2001, pp. 67-78; JACKSON, J. H., «Fragmentation or Unification among International Institutions: The World Trade Organization», *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Núm. 4, 1999, pp. 823-831; JACKSON, J. H., «The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Núm. 1/2, 1997, pp. 157-188; JACKSON, J. H., *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, Chatham House Papers, The Royal Institute of International Affairs, London, 1998; JACKSON, J. H., *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press, New York, 1990; JACKSON, J. H., «The Birth of the GATT-MNT System: A Constitutional Appraisal», *Law and Politics in International Business*, Núm. 12, 1980, pp.21-58; JACKSON, J. H., *The Jurisprudence of GATT and the WTO.*
Insights on Treaty Law and Economic Relations, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

[834] *Ibídem*, pp. 652-653.

[835] *Ibídem*, p. 185.

capacidad de revisión constitucional del OA como elementos acuciantes a tratar en la nueva configuración institucional y constitucional de la OMC[836].

En los años recientes, las críticas en torno a la arquitectura institucional de la OMC se han centrado en las limitaciones que existen en el SSD de la OMC y los obstáculos existentes para se elabore Derecho con rasgos constitucionales dentro de la propia Organización[837]. En esta línea, DUNOFF considera que aunque la OMC tiene una estructura institucional compleja, no es una estructura altamente constitucionalizada. Así, aunque la diferencia India-Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales (DS90) puede situarse en el centro de la visión de JACKSON ya que se orientó a tratar las relaciones entre las diferentes partes de la arquitectura institucional de la OMC; el OA rechazó de manera explícita y clara adoptar una teoría de la separación de poderes, o articular nada parecido a una teoría constitucional relativa a las relaciones entre los órganos políticos y judiciales de la OMC. En la diferencia sobre bananos (DS27), el OA se negó a pronunciarse sobre el problema de la secuencia ya que consideró que este tema debía resolverse por los órganos políticos[838]. En multitud de asuntos las recomendaciones y resoluciones del OSD orientan *de facto* la creación de normas por parte de todos los Miembros de la OMC como ya se ha destacado en la presente investigación.

3. La dogmática constitucional de la OMC

165. La constitucionalización de valores no-comerciales en el seno de la Organización Mundial del Comercio (dogmática). Una cuestión central en debate de la posible constitucionalización de la OMC es la que se suscita en torno a cómo se

[836] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *op. cit.*, p. 84. Sobre la necesidad de democratizar la OMC, TRACHTMAN, J. P. «8. Constitutional Economics of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, pp. 221-228.

[837] DUNOFF, J. L., «7. The Politics of International Constitutionalism: The Curious Case of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, pp. 185-186.

[838] *Ibídem*, pp. 186-187. Se conoce como el problema de la «secuencia» al punto del procedimiento que se da en el momento de la aplicación del informe del OSD y que no se describe con suficiente detalle en el texto del ESD y, en particular, que, en una lectura literal, el texto parece disponer que se debe otorgar prioridad a una autorización para la adopción de medidas de retorsión antes que a una solicitud de iniciación del procedimiento para establecer un GE sobre la aplicación, para una información general puede verse: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/brief_s/brief17_s.htm> (última revisión, 12 2013).

deberían considerar los aspectos «no-comerciales» del Derecho comercial por la propia Organización. En este punto se ha desarrollado una vasta discusión sobre si la OMC debería incluir normas sobre Derechos humanos, medio ambiente, trabajo, y otros temas en su comprensión de Derecho comercial internacional. Mientras se desarrolla una posición por parte de la OMC, su SSD ha estado lidiando con este tema de una manera caótica[839].

En torno a la cuestión de la constitucionalización de valores no-comerciales en el seno de la OMC PETERSMANN defiende que la OMC garantiza la libertad, la no-discriminación y el estado de Derecho más allá de las constituciones nacionales en muchos países donde tendía a estar limitada la libertad económica de sus ciudadanos y donde los productos, los bienes y los servicios extranjeros estaban discriminados[840]. Extendiendo la igualdad de libertades a través de las fronteras y controlando las políticas comerciales extrajeras a restricciones jurídicas y judiciales, las reglas de la OMC sirven a «funciones constitucionales» establecer los Derechos humanos y las correspondientes obligaciones gubernamentales en el ámbito de la política comercial[841]. Para este autor los Derechos humanos tienen un papel fundamental y entre ellos ubica también la libertad de comercio. Dentro de esta corriente de pensamiento, la inclusión de Derechos internacionales no-comerciales en los procesos de solución de diferencias ejemplifica la manera en que los Estados, las escuelas (*scholars*) y los órganos del SSD han fortalecido la sustancia constitucional de la OMC. La afirmación de que la OMC «no puede» evitar cuestiones medio ambientales y de Derechos humanos se ha

[839] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *op. cit.*, pp. 87-88.

[840] *Ibídem*, p. 73. En esta misma línea argumental *vide*, ALSTON, P., «Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann», *European Journal of International Law*, Vol. 13, Núm. 4, 2002, pp. 815-844; HOWSE, R, «Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann», *European journal of international law*, Vol. 13, Núm. 3, 2002, pp. 651-659; PETERSMANN, E. U., «Dispute settlement in international economic law - lessons for strengthening international dispute settlement in non-economic areas», *Journal of International Economic Law*, Vol. 2, Núm. 2, 1999, pp. 188-248; PETERSMANN, E. U., «Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: A Rejoinder», *European Journal of International Law*, Vol. 19, Núm. 5, 2008, pp. 955-960; PETERSMANN, E. U., «Constitutionalization and WTO Law: From a State-Centered Approach towards a Human Rights Approach in International Economic Law» en KENNEDY, D. L. M.; SOUTHWICK, J. D. (ed.), *The Politicas Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

[841] PETERSMANN, E. U., «Time for a United States "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration», *European Journal of International Law*, Vol. 13, 2002, p. 644 citado en DUNOFF, J. L., «Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law», *op. cit.*, p. 654.

convertido en una «verdad» y ha provocado una modificación en la forma en la que se entiende la sustancia constitucional de la OMC. Esto derivó en la inclusión de temas medio ambientales y otros temas «no-comerciales» en la Ronda de Doha así como el reconocimiento de ciertos valores «no-comerciales» por el OSD, y la incorporación de entendimientos «constitucionales» del mandato de la OMC al SSD.

Tanto si la solución a esta cuestión es expandir la constitución sustantiva de la OMC como reducirla, la verdad es que las intersecciones entre comercio y otras áreas son inevitables y producen entendimientos particulares en los ámbitos de acción de la Organización y en las elecciones que están disponibles para ella[842]. DUNOFF se refiere a esta constitucionalización de los Derechos no-comerciales de la OMC como la consolidación («*entrenchment*») o la diferenciación positiva («*privileging*») de un conjunto de acuerdos normativos[843]. En esta corriente PETERSMANN destaca sobre todo el hecho de que una constitución consiste en un preacuerdo en torno a las normas que efectivamente van a constituir los Derechos civiles y limitar los poderes del Estado[844]. En este contexto, se consideran fundamentales los Derechos denominados como «*market freedoms*» o «*economic freedoms*». Sin embargo, DUNOFF señala que el Derecho de la OMC no incluyen un conjunto de Derechos fundamentales y mucho menos un Derecho fundamental a la libertad de comercio. En este punto se menciona la diferencia Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (DS152) ya que en su solución se produjo el debate más relevante en torno a si la OMC establecía un Derecho individual a la libertad de comercio así como si producía

[842] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *op. cit.*, p. 88.
[843] DUNOFF, J. L., «7. The Politics of International Constitutionalism: The Curious Case of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, p. 187.
[844] *Ibídem*. En la línea de PETERSMANN sobre el constitucionalismo del Derecho internacional económico *vide*, JOERGES, C.; PETERSMANN, E. U., *Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2011; PETERSMANN, E. U., «Justice in International Economic Law? From the "International Law among States" to "International Integration Law" and "Constitutional Law"», *EUI Working Papers*, Núm. 46, 2006, p. 1-37; PETERSMANN, E. U., «Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration», European journal of international law, Vol. 13, Núm. 3, 2002, pp. 621-650; PETERSMANN, E. U., «The WTO Constitution and the Millennium Round», en BRONCKERS, M.; QUICK, R. (ed.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honor of John H. Jackson*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 2000, pp. 111-133; PETERSMANN, E. U., «The WTO Constitution and Human Rights», *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Núm. 3, 2000, pp. 19-25; PETERSMANN, E. U., «Constitutionalism and International Organizations», *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 17, Núm. 1, 1997, pp. 398-469; PETERSMANN, E. U., «How to Reform the UN System? Constitutionalism, International Law, and International Organizations», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10, Núm. 3, 1997, p. 421-474.

efecto directo como ordenamiento jurídico. DUNOFF finaliza señalando que ni los textos de la OMC ni los informes de los GE o del OA recogen la libertad de comercio que PETERSMANN defiende[845].

4. Revisión del proceso de constitucionalización de la OMC

166. La relación de la constitucionalización de la OMC con el Derecho constitucional clásico. La constitucionalización de la OMC puede tener varias consecuencias para el Derecho constitucional como doctrina científica: 1) romper de una manera clara los moldes estatistas, no como un intento de eliminar la figura del Estado sino como una vía para mostrar la necesidad de incluir también a las organizaciones internacionales en la gestión de competencias/funciones estatales; 2) analizar las categorías constitucionales clásicas, entre ellos: el propio concepto de constitución y el sistema de fuentes sobre la base del contexto globalizado actual; 3) proponer nuevas vías de constitucionalización, es decir, estabilizar los ordenamientos jurídicos en el sistema político actual compuesto por multitud «politeias fragmentadas».

167. La «politeia fragmentada». La propuesta conceptual de «politeia fragmentada» trata de destacar cómo en el plano internacional/transnacional globalizado el status de institución hegemónica capaz de organizar política y jurídicamente a una sociedad que ostenta el Estado en el plano nacional, se sectorializa. Por tanto en esta época que en la presente investigación se viene definiendo como postnacional la capacidad de gestión de las comunidades políticas se traslada más allá de los Estados e incluso supera la propia clásica de Estados en el ámbito nacional y organizaciones internacionales en el plano internacional por la manifiesta incapacidad de estos actores de controlar los problemas globales. La idea de «politeia fragmentada» intenta desarrollar aspectos propios de toda *politeia* como son la búsqueda del bien común, el alcanzar una vida plena para sus individuos, superar las inseguridades de una vida al margen de la política y el Derecho; en algunas de las organizaciones internacionales existentes en la actualidad[846]. El ejemplo paradigmático lo constituye la UE pero dentro del sistema multilateral del comercio la OMC se presenta como la opción más legalista de «politeia fragmentada» sobre dos argumentos fundamentales, por un lado, debido al

[845] *Ibídem*, pp. 188-189.
[846] GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vicens-Vives, Barcelona, 1989, pp. 8-11.

grado de cumplimiento del Derecho de la OMC por los Miembros de la Organización, por otro lado, por la propia importancia que se le ha concedido a esta Organización como capaz de regular uno de los aspectos fundamentales de la globalización actual, el comercio. No debemos olvidar que dos de los rasgos definitorios del Estado, como última politeia conocida, son su sumisión al Derecho («*rule of law*», estado de Derecho) y la capacidad de engendrar reconocimiento por parte del pueblo sobre el que ejerce su poder.

168. Revisión de las vías de constitucionalización de la OMC. El proceso de constitucionalización de la OMC, como ya se ha explicado, es un proceso complejo y abierto. El debate doctrinal se encuentra altamente fragmentado porque cada autor señala un aspecto significativo que le sirve para justificar ese proceso de constitucionalización que se está generando dentro de la propia Organización. Sin embargo, en la presente investigación se han agrupado tres aspectos como fundamentales para poder analizar el proceso de constitucionalización de la OMC. Primero, la institucionalización de la propia Organización, el desarrollo institucional y la racionalización en sus procesos internos, le otorga un carácter constitucional. La propuesta del constitucionalismo económico y la línea doctrinal que defiende el desarrollo de una forma constitucional dentro de la OMC se podría encajar en este primer enfoque. El segundo aspecto fundamental defiende la constitucionalización sobre el argumento de que la OMC cada vez presta más atención a la garantía de Derechos («*rights-based approach*») donde podemos destacar a PETERSMANN con autor paradigmático. El tercer aspecto fundamenta la constitucionalización de la Organización en el proceso de judicialización de su SSD y, sobre todo, por la actuación constante del OA («*judicial norm-generation*»). Dentro de este tercer enfoque destaca JACKSON y se enmarca el concepto de un «Derecho constitucional postnacional multilateral» propuesto en la presente investigación[847].

Las líneas doctrinales referidas en el presente apartado también pueden reconducirse a la dicotomía conceptual de la constitucionalización interna y la constitucionalización externa. Atendiendo a este segundo grupo de criterios de

[847] El SSD como elemento constitucionalizador de la OMC será analizado de una manera más detenida en al apartado siguiente, «II. Especial referencia al Sistema de Solución de Diferencias como motor de constitucionalización de la OMC».

ordenación, el constitucionalismo económico y la forma constitucional de la OMC prueban el desarrollo de una constitucionalización tanto externa como interna de la OMC mientras que la defensa de valores no-comerciales implica el desarrollo de una constitucionalización interna de la misma[848].

De todo este proceso constitucionalizador expuesto, la presente investigación se va a centrar en el SSD de la OMC como el conjunto institucional que promueve de una manera incesante la constitucionalización *de facto* de la OMC. Esta elección enmarca la presente investigación en una parcela concreta de la constitucionalización de la OMC dentro del SSD de la OMC. Esta delimitación deja el campo de análisis abierto para futuras investigaciones en los casos de cumplimiento de los Miembros de la OMC que sean Estados terceros de la UE así como la comparativa entre la constitucionalización externa de la UE y la constitucionalización externa fuera de la UE derivada de la actividad del SSD de la OMC.

En todo este proceso una parte de la doctrina destaca el peligro que podría tener la constitucionalización de la OMC, peligro que centran en la dominación de los intereses comerciales y el estancamiento en la corrección de fallos tales como el déficit democrático, y/o la despolitización de importantes posiciones políticas[849]. Este proceso de constitucionalización está abierto y por tanto los riesgos destacados deberán ser tenidos en cuenta por los actores implicados en el mismo para su subsanación o reforma en el momento en el que aparezcan o se hagan visibles en la práctica de sistema multilateral de comercio.

II. Especial referencia al Sistema de Solución de Diferencias como motor de constitucionalización de la OMC

169. Enfoque constitucional del Sistema de Solución de Diferencias. El hecho de que la OMC no se presente como una entidad constitucionalizada no significa que no

[848] La garantía y defensa de derechos no-comerciales por parte de la OMC constituye un fragmento de lo que se ha denominado como constitucionalización interna que queda abierto a futuras investigaciones al margen de la presente tesis.

[849] LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *op. cit.*, p. 73. En esta misma línea argumental *vide*, HOWSE, R; NICOKAÏDIS, K., «Legitimacy through "Higher Law": Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far» en PORTER, R. B., *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millenium*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., 2001, pp. 227-52; COTTIER, T; MAVROIDIS, P. C. (ed.), *The Role of the Judge in the International Trade Regulation*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2003, p. 307.

se estén dando rasgos constitucionales en su seno ni que de su propia actividad no se desprendan elementos constitucionales. En este proceso el SSD tiene un papel fundamental no sólo en el ámbito de la propia Organización sino también en la creación de sinergias constitucionales en relación con los ordenamientos jurídicos de sus Miembros como se tratará de demostrar en el presente apartado[850]. *A priori* varios argumentos deben tenerse en cuenta para justificar el rol del SSD como motor del proceso de constitucionalización enunciado. La OMC se define como una organización basada en normas dotada de un mecanismo de solución de diferencias que refuerza el cumplimiento de sus normas e impulsa la cohesión normativa en el ámbito del sistema multilateral del comercio. Esta cohesión promueve una interconexión constitucionalizada de los ordenamientos jurídicos de los Miembros de la Organización en base a una rudimentaria jerarquía normativa.

Observando la práctica de la solución de diferencias dentro de la Organización resulta necesario estructurar un «Derecho constitucional postnacional multilateral» dotado de un conjunto de normas y principios para estabilizar la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC y la UE/Estados miembros. Esta propuesta supondría un avance en la constitucionalización transnacional desde su perspectiva externa en el ámbito concreto del sistema multilateral de comercio entre dicha Organización y sus Miembros europeos que podría servir a su vez de inspiración tanto para otros Miembros como para otros sectores del Derecho internacional.

La constitucionalización de la OMC como consecuencia de la actividad del SSD se puede fundamentar en diversos rasgos del citado mecanismo de solución de diferencias que se señalan a continuación, la capacidad de generar normas en el procedimiento de solución de una diferencia, la obligatoriedad y el cumplimiento de los informes adoptados, y la ejecutoriedad de las recomendaciones para implementar y aplicar los informes adoptados suscritas en la adopción por el OSD.

[850] DUNOFF, J. L., «7. The Politics of International Constitutionalism: The Curious Case of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, p. 205.

1. La capacidad de crear Derecho dentro del SSD

170. La capacidad de generar normas en el seno del procedimiento de solución de una diferencia. Una de las vías de constitucionalización más destacada por la doctrina es la capacidad legislativa del OA o de los GE, en caso de que no se apele su informe[851]. En este ámbito, CASS argumenta que el OA de la OMC es una fuerza dinámica constitucionalizadora en virtud de su capacidad de generar normas y estructurar las ya existentes durante la solución de una diferencia[852]. CASS argumenta que el OA o los GE, según el caso, constitucionalizan mediante cuatro distintos procesos: 1) el OA toma prestadas reglas constitucionales, principios y doctrinas de otros sistemas y los fusiona en las diferencias suscitadas ante el OA; 2) el OA genera normas respecto de la carga de la prueba, investigación («*fact-finding*»), y participación de órganos no-estatales que constituyen un nuevo sistema de Derecho; 3) el OA soluciona problemas entendidos tradicionalmente dentro del ámbito de los procesos constitucionales nacionales, como la salud pública; 4) y el OA se asocia con valores constitucionales más profundos según la forma en que cuidadosamente construye, elabora y justifica sus decisiones[853]. En definitiva, CASS argumenta que el OA está construyendo un sistema constitucional mediante interpretaciones judiciales que emanan de la institución judicial de solución de diferencias[854].

En algunas diferencias donde los GE y, sobre todo, el OA tienen un carácter activo y deciden afrontar problemas de interpretación del ESD o de los acuerdos abarcados, dichos esfuerzos por clarificar la práctica del ESD y la propia aclaración del Derecho de la OMC tienen efectos limitados para las partes de la diferencia[855]. Sin

[851] *Ibídem*, p. 189.
[852] *Ibídem*, p. 190, Siguiendo esta línea argumental *vide* también, CASS, D., «The "Constitutionalization" of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade», *European Journal of International Law*, Vol. 12, Núm. 1, 2001, pp. 39-75; CASS, D., *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
[853] *Ibídem*.
[854] *Ibídem*. Sirva como botón de muestra de la capacidad legislativa e interpretativa del OA el ejemplo que se recoge a continuación. En la diferencia EEUU - Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos (DS58) y en la diferencia CE - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (DS135) se suscitó la cuestión de la participación de organizaciones no-estatales en el SSD y, finalmente, se ha llegado al acuerdo de que cuando en una diferencia se suscite un *amicus curiae*, los GE y el OA sólo podrán atender a las consideraciones presentadas por las ONG cuando una parte de la diferencia incluya el *amicus curiae* en su propia sumisión.
[855] ANTONIADIS, A., «The European Union and WTO law: a nexus of reactive, coactive, and proactive approaches», *World Trade Review*, Vol. 6, Núm. 1, 2007, p. 55 citando Informe del OA de la diferencia Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R de 4 de octubre de 1996, párrafo 13.

embargo, autores como JACKSON consideran que los informes los órganos resolutorios de la OMC debieran ser obligatorios en los ordenamientos jurídicos de los Miembros de dicha organización y, por tanto, también en el Derecho europeo[856].

El problema jurídico que se plantea en el marco del SSD de la OMC es el siguiente,

> «Un interrogante básico de la «filosofía» del Derecho internacional se pregunta hasta qué grado puede considerarse que un gobierno que acepta un tratado que prevé un proceso de solución de diferencias «consiente» en los resultados del mismo, junto a la pregunta de si cierto nivel de consentimiento es realmente necesario o apropiado en un mundo contemporáneo de interdependencia económica (y no económica) en circunstancias de globalización. ¿Incluye el consentimiento la inevitable «evolución» de la práctica y la jurisprudencia (característica constante de las instituciones humanas en todos sus niveles), que puede traducirse en «sorpresas» o rumbos no anticipados de la institución (si se comparan con las ideas de las naciones y otros miembros al momento de producirse la ratificación de un tratado)?»[857].

Según esta reflexión puede entenderse que estaríamos ante una delegación *de facto* ya que atendiendo al Acuerdo sobre la OMC el único actor capaz de crear normas es el Consejo General. Esta dicotomía entre práctica de la OMC y su propio Derecho refuerza el argumento esgrimido en la presente investigación que advertía de la complejidad y la apertura del proceso de constitucionalización de la Organización objeto de análisis. Además, se pone de manifiesto constantemente en la jurisprudencia del SSD de la OMC la tensión entre las reivindicaciones de autoridad por parte de los Miembros de la OMC y las de la Organización como autoridad internacional legítima que necesita interpretar y adaptar su Derecho en las diferencia que se plantean en su mecanismo de solución de diferencias para poder garantizar el cumplimiento del Acuerdo sobre la OMC[858]. Sin embargo, parte de la doctrina mantiene que se ha

[856] JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation» citado en CAMERON, J.; CAMPBELL, K. (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Cameron May, London, 1998, pp. 69-74.
[857] JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 206.
[858] *Ibídem*, p. 205.

sobrestimado la capacidad legislativa del OA y de los GE en aquellos casos en que no se apelen sus informes[859].

2. *La emisión de recomendaciones para el cumplimiento de las decisiones adoptadas*

171. Las recomendaciones de las decisiones adoptadas en el marco del SSD. En los informes adoptados por el OSD se pueden hacer recomendaciones sobre cómo cumplirlos. Cuando los GE y del OA llegan a la constatación de que ha habido un incumplimiento del Derecho de la OMC por parte de un Miembro, el artículo 19 del ESD, les reconoce la facultad de sugerir una forma para solucionar esa situación de inconsistencia. Sin embargo, existe una constante negativa a recomendar la forma en que la parte demandada y condenada debería seguir para cumplir con las resoluciones y las recomendaciones de los informes adoptados por el OSD. Esta negativa refuerza la discrecionalidad de los Miembros de la OMC en la implementación de las decisiones adoptadas en el marco del SSD y los rasgos diplomáticos del sistema convirtiéndose en uno de los grandes retos para garantizar los principios de previsibilidad y seguridad previstos en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD. Gran parte de la doctrina destaca que la parte relativa a la implementación de los informes adoptados sigue siendo un punto débil del SSD regulado por la OMC y, sobre todo, se pone de manifiesto cuando las controversias son políticamente sentibles.

Para reforzar y agilizar la implementación de los informes adoptados por el OSD algunos sectores de la doctrina proponen el establecimiento de compensaciones económicas contra el Miembro incumplidor o el reconocimiento de efectos retroactivos de los informes[860]. PELZMAN y SHOHAM defienden que las recomendaciones hechas según dispone el párrafo 1 del artículo 19 del ESD deberían ser obligatorias para las partes en la diferencia para reforzar la judicialización del SSD de la Organización[861]. No obstante, un mecanismo que prescribiera al detalle la manera en que debería ponerse en

[859] DUNOFF, J. L., «7. The Politics of International Constitutionalism: The Curious Case of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, pp. 191-192.
[860] ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *op. cit.*, pp. 138-144. Sin embargo, muchos Miembros tales como EEUU se oponen a estas modificaciones del ESD.
[861] PELZMAN, J.; SHOHAM, A., «WTO Enforcement Issues», *op. cit.*, sobre todo en pp. 4-5.

conformidad la legislación habría resultado políticamente inviable para la totalidad de los Miembros, por no mencionar las dificultades constitucionales que habría supuesto la ratificación del Acuerdo sobre la OMC en este supuesto.

3. *Revisión del proceso de constitucionalización generado en el marco del SSD*

172. La revisión de la capacidad constitucionalizadora del SSD de la OMC. La OMC se define como una organización basada en normas dotada de un mecanismo de solución de diferencias que refuerza su e impulsa la cohesión normativa en el ámbito del sistema multilateral del comercio. Esta afirmación no está exenta de críticas, como se ha señalado *supra*, sin embargo en la presente investigación se pretende considerar que esta cohesión promueve de hecho una interconexión constitucionalizada de los ordenamientos jurídicos de los Miembros de la Organización en base a una rudimentaria jerarquía normativa.

La piedra angular que permite el desarrollo de un «Derecho constitucional postnacional multilateral» es la implementación de las decisiones adoptadas en el marco del SSD. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el seno del SSD supone el mayor reto y el aspecto más importante dentro del SSD de la OMC ya que fortalece (o debilita) de manera ineludible la seguridad y la predictibilidad de todo el sistema jurídico del comercio multilateral[862]. En teoría los artículos 21 y 22 del ESD prevén un procedimiento basado en normas y sujeto a plazos temporales para el cumplimiento y la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD[863]. Sin embargo, la práctica del SSD muestra cómo las partes en la diferencia pueden poner obstáculos a dicho cumplimiento atendiendo a intereses al margen de los estrictamente jurídicos. Esta realidad muestra cómo la constitucionalización que se está produciendo como consecuencia de la actividad del SSD de la OMC es un proceso en construcción donde participa no sólo la Organización sino también sus Miembros como elementos fundamentales. La «implementación» supone ese proceso de cumplimiento donde se relacionan el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE y se empiezan a generar

[862] *Ibídem*, p. 9.
[863] *Ibídem*, p. 10. Para una revisión de la fase del cumplimiento de las decisions adoptadas *vide* la parte tercera, capítulo segundo, apartado III, «III. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD» de la presente investigación.

sinergias de corte constitucional que pueden derivar en una ordenación de fuentes del Derecho en un contexto supranacional.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL MARCO DE LA OMC

173. Profundizando en el SSD. En el presente apartado se pretende revisar el SSD de la OMC ahondando en su evolución desde el GATT de 1947, su naturaleza jurídica y sus características. La actividad jurídica del SSD en la presente investigación se entiende que constituye el motor de constitucionalización postnacional del sistema multilateral del comercio. Este motivo justifica que se describa de una manera exhaustiva los procedimientos de solución de diferencias que se pueden seguir dentro de la OMC, así como, el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el SSD que se promueve por parte de la propia Organización[864].

I. El procedimiento ordinario de solución de diferencias

174. Introducción al procedimiento general. La solución de controversias mediante el procedimiento sustanciado ante los GE y el OA es el proceso jurídico para solucionar las controversias del sistema multilateral de comercio entre Miembros de la OMC. En la presente investigación esta vía de solución de procedimiento ante los GE y el OA se va a denominar «procedimiento ordinario de solución de diferencias»[865].

El procedimiento ordinario de solución de diferencias es un procedimiento singular en el marco del Derecho internacional ya que no se atiene a las categorías tradicionales del Derecho internacional[866]. El SSD de la OMC es un sistema autónomo de solución de conflictos que no deja ningún espacio jurídico para la cooperación con

[864] En la presente investigación con el concepto de las «decisiones adoptadas» se quiere hacer referencia a todos los posibles documentos que pueden poner fin a una diferencia en el SSD, que son el informe por el OSD, el laudo arbitral, el acuerdo de los buenos oficios, la conciliación o la mediación o la solución entre las partes en una diferencia.

[865] Dentro de lo que en la presente investigación se va a calificar como «procedimiento ordinario» PIÉROLA distingue entre fase orientada a la búsqueda de una solución negociada donde incluye las consultas entendidas como negociación; fase orientada hacia la resolución jurídica de la diferencia refiriéndose al procedimiento ante el OSD y los órganos resolutorios (GE y OA), o bajo un arbitraje vinculante y la fase orientada hacia el cumplmiento de la solución jurídica, en PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, pp. 86-155.

[866] FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, 2006, p. 81.

otras organizaciones internacionales, excepto por el Derecho de los GE a recabar toda la información que consideren necesaria para la elaboración de su informe[867].

175. Objetivos. El párrafo 7 del artículo 3 del ESD establece que el principal objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia al acuerdo entre las partes para finalizar una diferencia con el único límite de que dicho acuerdo sea conforme con los acuerdos abarcados. De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el siguiente objetivo del mecanismo de solución de diferencias será conseguir la supresión de las medidas controvertidas si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados.

176. Consultas. Para iniciar el procedimiento ordinario de solución de diferencias el Miembro que se persone como parte reclamante deberá notificar su solicitud de celebración de consultas al OSD (párrafo 4 del artículo 4 del ESD)[868]. Podrá solicitar la celebración de consultas todo Miembro de la OMC que considere que tiene algún Derecho anulado o menoscabado según los acuerdos abarcados. La solicitud de celebración de consultas se presenta ante el OSD y a todos los Consejos o Comités relevantes a juicio de la parte reclamante. Las consultas son un prerrequisito obligatorio para intentar que las partes alcancen una solución de mutuo acuerdo antes de iniciar el procedimiento ante los GE[869]. El cumplimiento del requisito de celebración de consultas

---

[867] Consejo Consultivo de la OMC formado por SUTHERLAND, P. (Presidente); BHAGWATI, J.; BOTCHEWEY, K.; FITZGERALD, N.; HAMADA, K.; JACKSON, J. H.; LAFER, C.; DE MONTBRIAL, T., *El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, *op. cit.*, p. 45.

[868] La legitimación activa para iniciar una consulta partenence sólo a los Miembros de la OMC y, por tanto, las empresas o partes privades no puede iniciar una diferencia. Para una introducción sobre esta cuestión y sus posibles implicaciones a futuro, *vide*, ALEMANNO, A., « Private parties and WTO Dispute Settlement System», Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 1, 2004. Disponible en <http://scholarship.law.corneL. L.edu/lps_clacp/1/> (última revisión, 18 octubre 2014).

[869] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 391. En relación con las consultas, sus funciones y su procedimiento *vide*, entre otros, PARLIN, Chistopher. «Operation of consultations, deterrence and mediation», *Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 565-572; DAVEY, W. J.; PORGES, A., «Performance of the system I: consultation and deterrence», *The International Lawyer*, Vol. 35, Núm. 3, 1998, pp. 695-707; HOLRLICK, G. N.; BUTTERTON, G. R., «A problem in process in WTO jurisprudence: identifying disputed issues in panel and consultations», *Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 573-582; PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 97-107; WETHINGTON, O. L., «Commentary on the consultation mechanism under the WTO dispute Settlement Understanding during its first five years», *Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 583-591.

previstas en el artículo 4 del ESD no puede sustituirse por las consultas informales que hayan podido darse entre los Miembros al margen del SSD.

La solicitud de celebración de consultas señala el inicio formal de la diferencia en la OMC, en ella figurarán las medidas en litigio y los fundamentos jurídicos de la reclamación (párrafo 4 del artículo 4 del ESD). Los Miembros deberán participan en las consultas de buena fe, tratarán de resolver la diferencia de forma amigable y éstas serán confidenciales. El proceso de consultas es un medio de solución de diferencias diplomático-político y las partes tienen libertad para determinar cómo se van a desarrollar las consultas[870].

Los fundamentos jurídicos para iniciar una diferencia se recogen en el párrafo 1 del artículo XXII y en el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994[871]. A efectos prácticos, la principal diferencia entre esos dos fundamentos jurídicos es la capacidad de otros Miembros de la OMC de intervenir en calidad de terceros. Esta posibilidad se da cuando se celebran consultas de conformidad con el primero de ellos[872]. Si el reclamante invoca el párrafo 1 del artículo XXII, la admisión de terceros interesados en la diferencia dependerá de la aceptación de la parte demandada, que puede o no aceptarla. Si se acoge al párrafo 1 del artículo XXIII, la parte reclamante podrá impedir que terceros participen en las consultas.

Según el párrafo 5 del artículo 3 del ESD, las consultas pueden llevar a las partes sujeto de la diferencia a alcanzar una solución negociada que siempre deberá ser

---

[870] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 271.

[871] El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios establece que las consultas pueden iniciarse al amparo del párrafo 1 del artículo XXII o del párrafo 1 del artículo XXIII del citado acuerdo.

[872] Las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los acuerdos abarcados se recogen en el párrafo 11 del artículo 4 del ESD , 1 del artículo XXII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios o Acuerdo sobre la Agricultura, artículo 19; Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 1 del artículo 11; Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, párrafo 4 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafo 1 del artículo 14; Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, artículo 8; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 17; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 19; Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición, artículo 7; Acuerdo sobre Normas de Origen, artículo 7; Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, artículo 6; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, artículo 30; Acuerdo sobre Salvaguardias, artículo 14; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, párrafo 1 del artículo 64; y las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que los órganos competentes de cada acuerdo determinen y notifiquen al OSD.

compatible con los acuerdos abarcados. La razón de este requisito es evitar arreglos bilaterales a expensas de los Derechos a la discriminación que le asisten a todos los Miembros. La justificación para la imposición de este límite es salvaguardar la multilateralidad del sistema y, en buena medida, preservar los Derechos y obligaciones derivados del principio de nación más favorecida. La solución negociada entre las partes debe hacerse pública para poder asegurar que no constituye un arreglo bilateral inconsistente con el Derecho de la OMC. Por este motivo, el párrafo 6 del artículo 3 del ESD impone a las partes que llegasen a una solución de la diferencia mutuamente convenida, la notificación de dicho acuerdo al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes. No obstante en la práctica no existen mecanismos que obliguen a las partes a informar sobre el estado de las consultas y de posibles acuerdos. De hecho, de no solicitarse el establecimiento de un GE los procesos de consultas no se dan por terminados sino hasta que exista notificación formal de una solución o retiro definitivo de la solicitud[873].

Otra problemática que es pertinente mencionar es la relativa al cumplimiento de las soluciones mutuamente convenidas. Estas soluciones aun constituyendo la solución preferida del SSD, según el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, carecen de mecanismos en el mismo para asegurar su cumplimiento. El ESD no contiene ningún tipo de disposición para asegurar los Derechos de reclamante y demandado frente al hipotético incumplimiento de la otra parte ni una vía de salida para reanudar procedimiento. Ante este vació jurídico, las partes en la práctica negocian cláusulas de garantías o salvaguardias ante posibles incumplimientos[874]. Los reclamantes incluyen la posibilidad de reanudar procedimientos, el que la diferencia se considere como caso de urgencia; mientras que el demandado se remite a garantías como exigir al reclamante que consienta por anticipado la suspensión de procedimientos del GE bajo el párrafo 12 del artículo 12 del ESD en el caso de que se quisieran tratar aspectos contenidos en la solución mutuamente acordada[875].

[873] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, pp. 97-98.
[874] *Ibídem*, pp. 98-99.
[875] *Ibídem*, p. 99. Para una introducción más analítica y detenida a esta cuestion, *vide*: PIÉROLA, F., «Some Thoughts about the Usefulness of Mutually-Agreed Solutions in WTO Dispute Settlement», *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 3, Número 2, 2008, pp. 81-83.

177. La solicitud del establecimiento del GE. En caso de no alcanzar un acuerdo entre las partes en fase de consultas en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un GE[876]. La parte reclamante podrá pedir el establecimiento dentro de ese plazo si las partes que intervienen en las consultas consideran de común acuerdo que éstas van a permitir resolver la diferencia (párrafo 7 del artículo 4 del ESD)[877].

La petición del establecimiento del GE será formulada por escrito, debe indicar si se han celebrado las consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de Derecho de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema con claridad (párrafo 2 del artículo 6 del ESD). En el caso de que el solicitante pida el establecimiento del GE con un mandato distinto del uniforme, en la petición escrita figurará el texto propuesto del mandato especial. En la mayoría de las diferencias se sigue el mandato general regulado por el artículo 7 del ESD.

Cuando más de un Miembro solicite el establecimiento de un GE en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único GE para examinar todas las reclamaciones tomando en consideración los Derechos de todos los Miembros interesados sobre la base del principio de economía procesal (párrafo 1 del artículo 9 del ESD). Sin embargo, si una parte lo solicita, los GE deberán presentar informes separados.

---

[876] Para profundizar en el establecimiento, funciones y naturaleza del GE *vide*, entre otros, FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, «Capítulo Segundo: La jurisdicción de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación», pp. 103-193; ESPÓSITO, C., «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, pp. 264-265; HECTH, J. C., «Operation of WTO Dispute Settlement panels: assesing proposals for reform», *Law and Policy of International Business*, Vol. 31, Núm. 3, (2000), pp. 657-664; MONTAÑÁ MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 122-137; PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 109-130; STEWART, T. P.; KARPEL, A. A., «Review of the Dispute Settlement Understanding: operation of panels», *Law and Policy of International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 593-656.

[877] No obstante, según regula el párrafo 10 del artículo 12 del ESD se podrá ampliar el plazo de 60 días en el caso de que, tras la expiración del plazo pertinente, las partes que celebren las consultas no puedan convenir en que éstas han concluido. En este caso, el Presidente del OSD decidirá, previa consulta con las partes, si se ha de prorrogar el plazo pertinente y, de prorrogarse, por cuánto tiempo.

Las partes presentarán sus comunicaciones escritas explicando los hechos objeto de controversia y sus respectivos argumentos (punto 4 del apéndice 3 del ESD). En la primera reunión sustantiva del GE con las partes y los terceros, la parte reclamante presentará sus alegaciones y la parte demandada dará su opinión, y se entregará por escrito la opinión de los terceros (puntos 5 y 6 del apéndice 3 del ESD). Previamente a la segunda reunión sustantiva del GE, se presentarán los escritos de réplica al GE. La réplica formal se llevará a cabo por la parte demandada en primer lugar y después tendrá derecho a hablar la parte reclamante (punto 7 del apéndice 3 del ESD). El GE podrá preguntar a las partes todo lo que considere oportuno en cualquier momento (punto 8 del apéndice 3 del ESD). En la práctica, aunque las normas de procedimiento se fijan al principio de la fase ante el GE y son las que rigen la actividad del GE, nada obsta para que en consulta las partes puedan alterarlas a lo largo del procedimiento[878]. Este mandato, fijado por las partes, deberá ser aprobado en todo caso por el OSD[879].

Los terceros que participen en el procedimiento ante el GE tienen unos Derechos muy limitados[880]. Todo tercero en la diferencia tendrá oportunidad de ser oído por el GE y podrá presentarle comunicaciones por escrito. Esas comunicaciones se facilitarán también a las partes en la diferencia y se reflejarán en el informe del GE (párrafo 2 del artículo 10 del ESD). Los terceros recibirán a su vez las comunicaciones de las partes en la diferencia presentadas al GE en su primera reunión (párrafo 3 del artículo 10 del ESD).

Los GE tienen derecho a recabar información y asesoramiento técnico de cualquier entidad que estime conveniente, tanto expertos individuales como grupos de expertos (artículo 13 del ESD)[881]. Cada GE deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido. Esta evaluación objetiva deberá incluir una evaluación

[878] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 149, nota a pie 178.
[879] *Ibídem*, p. 150.
[880] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 279.
[881] Además del artículo 13 del ESD, otros acuerdos abarcados también recogen no sólo el Derecho sino la obligación de consultar a expertos: Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, párrafo 2 del artículo 11 (obligación); Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio, párrafos 2 y 3 del artículo 14 y anexo 2 (Derecho); Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafos 3 y 4 del artículo 19 y anexo 2 (Derecho para solicitar la opinión del Comité Técnico); Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, párrafo 5 del artículo 4 y párrafo 3 del artículo 24 (Derecho a solicitar asistencia al Grupo Permanente de Expertos). El apéndice 4 del ESD regula el establecimiento de grupos de expertos y sus procedimientos de trabajo. En relación con la carga de la prueba, el ESD no contiene ninguna disposición específica.

objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes. Los GE deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria. El GE de conformidad con los acuerdos abarcados deberá formular las conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados (artículo 11 del ESD).

El párrafo 1 del artículo 19 del ESD establece que si el GE llega a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, deberá recomendar que el demandado ponga dicha medida en conformidad con ese acuerdo. Adicionalmente, queda a criterio del GE que se pueda sugerir la forma en que el demandado aplique las recomendaciones del GE. Dichas sugerencias no son legalmente vinculantes pero el GE podrá valorar la suficiencia de aplicación de esas recomendaciones en la fase de vigilancia del cumplimiento del informe adoptado. Sin embargo hasta la fecha los GE han hecho un uso escaso de esta autoridad de hacer sugerencias en sus informes en relación con la aplicación de sus recomendaciones[882]. Los GE se han mostrado reticentes a emitir este tipo de sugerencias porque al realizarlas podría malinterpretarse como una forma de involucrarse en asuntos relativos a la decisión soberana del demandado de cómo cumplir sus obligaciones de buena fe[883].

[882] PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 131.
[883] *Ibídem*, pp. 131-132; PELZMAN y SHOHMAN señalan que hasta 2005, sólo en 10 diferencias se hicieron recomendaciones en torno a cómo aplicarlas, PELZMAN, J.; SHOHAM, A., «WTO Enforcement Issues», *op. cit.*, pp. 1-25. Los GE han incluido recomendaciones en trece de sus informes. A continuación se recogen las referencias de las diferencias en las que los GE han elaborado recomendaciones: 1) Informe del GE de la diferencia EEUU - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales, WT/DS24/R de 8 de noviembre de 1996, párrafos 8.2-8.3; 2) Informe del GE de la diferencia Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México, WT/DS60/R de 19 de junio de 1998, párrafos 8.2-8.6; 3) Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/ECU de 12 de abril de 1999, párrafos 8.154-8.159; 4) Informe del GE de la diferencia India - Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales, WT/DS90/R de 6 de abril de 1999, párrafos 7.1-7.7, 5) Informe del GE de la diferencia EEUU - Establecimiento de Derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido, WT/DS138/R de 23 de diciembre de 1999, párrafo 8.2; 6) Informe del GE de la diferencia Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), WT/DS46/RW de 9 de mayo de 2000, párrafo 7.2-7.3; 7) Informe del GE de la diferencia EEUU - Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán, WT/DS192/R de 31 de mayo de 2001, párrafos 8.4-8.5; 8) Informe del GE de la diferencia Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, WT/DS217/R; WT/DS234/R de 16 de septiembre de 2002, párrafo 8.6; 9) Informe del GE de la diferencia Guatemala - Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México, WT/DS156/R de 24 de

Las partes pueden alcanzar una solución mutuamente convenida durante todo el tiempo posterior a la fase de consultas hasta el momento en que el GE traslade sus conclusiones al OSD (párrafo 7 del artículo 12 del ESD). Durante esta fase ante el GE, a solicitud de la parte reclamante, el GE puede suspender su trabajo por un plazo máximo de 12 meses. Si la suspensión se prorroga por más de este tiempo, la autoridad del GE caduca (párrafo 2 del artículo 12 del ESD). Si las partes lograsen una solución de la diferencia de mutuo acuerdo, el informe del GE deberá estar limitado a una breve descripción del caso y se debería informar al OSD que se ha logrado dicha solución (párrafo 7 del artículo 12 del ESD).

La redacción del informe del GE tiene una etapa previa regulada por el artículo 15 del ESD, «Etapa intermedia de reexamen», donde el GE dará traslado de los capítulos expositivos (hechos y argumentación) de su proyecto de informe a las partes en la diferencia. Dentro de un plazo fijado por el GE, las partes presentarán sus observaciones por escrito. En un momento posterior, el GE entregará a las partes un informe provisional que incluya tanto la parte expositiva como las conclusiones del GE donde se incluirán también los argumentos discutidos en la etapa de reexamen intermedio. En informe final del GE será entregado a las partes y, cuando se encuentre disponible en los tres idiomas oficiales, se distribuirá a los Miembros de la OMC, momento en el cual se convertirá también en un documento de carácter público (artículo 16 del ESD).

Los GE se encuentran facultados para aplicar el principio de economía procesal que los exonera de la obligación de resolver todas las pretensiones planteadas por las partes cuando éstas no son necesarias para la solución de la diferencia. Esta potestad refleja el deseo de evitar el tratamiento de asuntos innecesarios cuya resolución únicamente entorpece una pronta solución de las diferencias. Sin embargo, el uso de la economía procesal puede dar problemas para ejercer la apelación. El problema surge

---

octubre de 2000, párrafos 9.4-9.7; 10) Informe del GE de la diferencia Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil, WT/DS241/R de 22 de abril de 2003, párrafos 8.3-8.7; 11) Informes del GE de la diferencia CE - Medidas relacionadas con la protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, WT/DS290/R de 15 de marzo de 2005, párrafos 8.4-8.5; 12) Informes del GE de la diferencia CE - Subvenciones a la exportación del azúcar, WT/DS266/R de 15 de octubre de 2004 (Brasil); WT/DS265/R de 15 de octubre de 2004 (Australia); WT/DS283/R de 15 de octubre de 2004 (Tailandia), párrafos 8.6-8.8; 13) Informe del GE de la diferencia México - Derechos antidumping sobre las tuberías de acero procedentes de Guatemala, WT/DS331/R de 8 de junio de 2007, párrafos 8.1-8.13.

cuando, en apelación, se revocan constataciones o conclusiones que, de otra manera, habrían llevado al GE a examinar las reclamaciones de las partes no decididas y sus correspondientes aspectos fácticos[884].

Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe del GE a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe (párrafo 4 del artículo 16 del ESD). Si no hay prevista una reunión del OSD dentro de ese período en una fecha que permita cumplir las prescripciones de los párrafos 1 y 4 del artículo 16, se celebrará una reunión del OSD a tal efecto. Por tanto, en caso de que el informe sea adoptado por el OSD y no se notifique la decisión de apelar por ninguna de las partes en la diferencia, las recomendaciones y resoluciones del GE serán legalmente vinculantes para las partes.

178. El examen en apelación. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del GE no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación (párrafo 4 del artículo 16 del ESD)[885].

El mandato del OA se reduce a confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE ya que durante el proceso de examen en apelación, a diferencia de los GE, la función del OA se reduce a las cuestiones de Derecho tratadas en el informe del GE y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (párrafo 6 del

[884] *Ibídem*, p. 129.

[885] La bibliografía relativa al OA y al desarrollo del procedimiento de apelación se amplísima, veánse, entre otros, ESPÓSITO, C., «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, p. 266; PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp.130-133; SACERDOTI, G., «Appel and judicial review in international arbitration and adjudication: the case of the WTO apellate Body» en PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, *op. cit.*, pp. 245-280; SHOYER, A. W.; SOLOVY, E. M., «The process and procedure of litigation at the World Trade Organization: a review of the work of the Appellate Body», *Journal of Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 677-696; STEGER, D. P., «The appellate body and its contribution to WTO dispute settlement» en KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J.D. (dir.), *The political economy of international law: essays in honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; VAN DAMME, I., *Treaty interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, New York, 2009.

artículo 17 del ESD)[886]. El OA podrá analizar todas las conclusiones legales del GE aunque las partes no estén conformes.

El mismo día en que se presente el anuncio de apelación, el apelante presentará por escrito a la Secretaría una comunicación escrita y hará entrega de una copia de dicha comunicación a las demás partes en la diferencia y a los terceros (párrafo 1 de la regla 21 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6 de 16 de agosto de 2010; en adelante, Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). Las comunicaciones escritas incluirán una exposición precisa de los motivos de la apelación, con inclusión de las alegaciones específicas de errores en las cuestiones de Derecho tratadas en el informe del GE y en las interpretaciones jurídicas formuladas por éste, y los argumentos jurídicos en que se basan; una exposición precisa de las disposiciones de los acuerdos abarcados y otras fuentes jurídicas en las que se ampara el apelante; y el carácter de la decisión o el fallo que se pretende (párrafo 2 de la regla 21 del Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). La parte en la diferencia que desee responder contará con un plazo de 18 días contados a partir de la fecha de presentación del anuncio de apelación y la comunicación del apelante (regla 22 del Procedimiento de trabajo para el examen en apelación)[887].

Los Miembros que sean terceros en la diferencia también pueden presentar comunicaciones escritas en un plazo de 21 días contados a partir de la fecha de presentación del anuncio de apelación (párrafo 2 de la regla 24 del Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). Se alienta a los terceros participantes a que presenten comunicaciones escritas para contribuir a que la sección que entienda en la apelación tome plenamente en cuenta sus posiciones y a fin de que los participantes y otros terceros participantes tengan aviso de las posiciones que se adoptarán en la audiencia. Los terceros que no lo hagan pueden notificar a la Secretaría del OA, en el mismo plazo de 21 días, su intención de comparecer en la audiencia. Los terceros que

[886] Esta distinción entre asuntos de Derecho y asuntos de hecho es problemática en algunos casos porque lo que hay que atender a las orientaciones generales de los informes del OA, puede verse por ejemplo el informe del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R de 18 de enero de 1998, párrafos 132-135.

[887] Los Procedimientos de trabajo admiten la posibilidad de que algunas diferencias den lugar a la presentación de apelaciones múltiples, presentando un anuncio de otra apelación y una comunicación escrita en un plazo de 5 días contados a partir de la fecha de presentación del anuncio de apelación. Se regula en la Regla 23 del Procedimiento de trabajo para el examen en apelación.

no presenten una comunicación escrita ni hagan una notificación en el plazo de 21 días pueden, no obstante, asistir a la audiencia con sujeción a las facultades discrecionales de la sección del OA, compuesta por tres Miembros del OA, que entienda en la apelación.

En cada apelación se celebra una audiencia durante la cual los apelantes, los apelados y los terceros participantes tienen la oportunidad de presentar oralmente sus argumentos y responder a las preguntas que les formula la sección del OA que entiende en la apelación (regla 27 del Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). Las actuaciones ante el OA tienen carácter confidencial. Solamente los Miembros de la OMC que son apelantes, otros apelantes, apelados o terceros participantes pueden asistir a las audiencias. No obstante, en algunos casos, las audiencias del OA se han abierto al público a petición de las partes.

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 17 del ESD, la adopción de decisiones sobre una apelación será competencia exclusiva de la sección que entienda en la apelación de que se trate[888]. Las demás decisiones serán adoptadas por el OA en pleno y por consenso. No obstante, cuando no sea posible llegar a una decisión por consenso, la decisión sobre el asunto examinado se adoptará por mayoría (párrafo 2 de la regla 3 del Procedimiento de trabajo para el examen en apelación).

En aras de promover una solución mutuamente convenida de la diferencia el apelante podrá desistir de su apelación, en cualquier momento de las actuaciones, mediante notificación al OA, el cual notificará inmediatamente al OSD esta decisión (párrafo 1 del artículo 30 de las Normas de conducta previstas en el Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). Las partes pueden adoptar a una solución mutuamente convenida hasta el momento en que el OSD adopte el informe del OA y del GE modificado[889].

179. La adopción del informe por el Órgano de Solución de Diferencias. El OSD adoptará los informes de los GE y del OA alcanzados en el procedimiento

[888] No obstante, antes de finalizar el informe del OA, la sección de éste que entiende en la apelación intercambia opiniones con los otros cuatro Miembros del OA de conformidad con lo previsto en el párrafo 3 de la Regla 4 de los Procedimientos de trabajo.

[889] ALVAREZ-JIMÉNEZ, A., «Mutually agreed solutions under the WTO Dispute Settlement Understanding: an analytical framework after the *Softwood Lumber Arbitration*», *World Trade Review*, Vol. 10, Núm. 3, 2011, p. 361.

ordinario del SSD de la OMC salvo que los Miembros del OSD decidan por consenso no adoptarlo.

En la OMC, los informes del OA y del GE en aquellas partes en que no haya sido modificado ni revocado por el OA no son obligatorios para las partes hasta que éstos no son adoptados por el OSD. En la práctica, el Presidente del OSD, en la sesión de adopción del acuerdo, se limita a dar la palabra a aquellos Miembros de la Organización que quieren expresar sus opiniones sobre el informe, tomar nota de todas las declaraciones y adoptar el informe[890].

II. Los medios diplomáticos de solución de diferencias

1. Buenos oficios, conciliación y mediación

180. Definición. El ESD regula en su artículo 5 como medios diplomáticos para solucionar las diferencias los buenos oficios, la conciliación y la mediación. Los buenos oficios, la conciliación y la mediación son voluntarios y confidenciales, se inician por acuerdo entre las partes en la diferencia[891]. Siguiendo lo establecido por el párrafo 2 del artículo 5 del ESD estos procedimientos no prejuzgan los Derechos de ninguna de las partes en procedimientos posteriores previstos en el ESD.

181. Las fases de los procedimientos del artículo 5 del ESD. Estos procedimientos pueden iniciarse antes de que se haya formulado una solicitud de celebración de consultas cuando uno de los Miembros de la Organización considere que una norma o una medida de otro Miembro pueda ser inconsistente con el Derecho de la OMC y pueden darse por concluidos en cualquier momento bien porque cualquiera de las partes lo considere oportuno, bien porque las partes hayan alcanzado un acuerdo o bien porque una de las parte solicite la celebración de consultas (párrafo 3 del artículo 5 del ESD)[892]. No obstante, el párrafo 5 del artículo 5 del ESD permite que estos procedimientos puedan continuar durante el examen de la cuestión por el GE como una

[890] OMC, *Handbook on the Dispute Settlement, op. cit.*
[891] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, pp. 99-100.
[892] El párrafo 4 del artículo 5 del ESD recoge un supuesto específico cuando los buenos oficios, la conciliación o la mediación se inicien dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la recepción de una solicitud de celebración de consultas. En este caso, la parte reclamante no podrá pedir el establecimiento de un GE hasta que no transcurra un plazo de 60 días desde la recepción de la solicitud de celebración de consultas, salvo que dentro de ese plazo las partes en la diferencia consideren de mutuo acuerdo que estos procedimientos no han permitido resolver la diferencia.

muestra de la permisibilidad del SSD de la OMC de buscar soluciones a la diferencia tanto a través de medios jurídicos como de políticos y diplomáticos[893].

Las soluciones alcanzadas mediante los procedimientos previstos en el artículo 5 del ESD tienen como límite la compatibilidad con los acuerdos abarcados y no pueden anular o menoscabar las ventajas resultantes del Derecho de la OMC para ninguno de sus Miembros, ni suponer obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos (párrafo 5 del artículo 3 del ESD)[894].

182. La aplicación práctica de los procedimientos del artículo 5 del ESD en la solución de diferencias. En 2001 el anterior Director General de la OMC Sr. LAMY emitió un informe para animar a los Miembros a seguir los procedimientos previstos en el artículo 5 del ESD para tratar de poner fin a sus diferencias poniendo a disposición de los Miembros de la Organización unas directrices que faciliten la asistencia por parte de la propia Organización a las parte y aspectos aclaratorios respectos del propio artículo 5 del ESD[895]. En 2002 Filipinas, Tailandia y la UE utilizaron el artículo 5 del ESD para

[893] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 99.

[894] En la práctica es posible un cierto margen de maniobra para basarse en criterios de oportunidad y conservan la aptitud para promover un cambio del Derecho que es propia de los medios para el arreglo pacífico de controversias, aunque siempre sea dentro de los límites de la compatibilidad de los acuerdos abarcados en FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, 2006, pp. 75-77. FERNÁNDEZ PONS remite a TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the "Scope of Manoeuvre"?», *European Journal of International Law*, Vol. 15, Núm. 5, 2004, pp. 933-961.

[895] Comunicación del Director General - Artículo 5 del ESD, WT/DSB/25 de 17 de julio de 2001. En el apéndice A de la citada comunicación (WT/DSB/25, 17 de julio de 2001) se recogen antecedentes relativos a las solicitudes de buenos oficios, conciliación y mediación de conformidad con el artículo 5 del ESD en el seno del GATT y propuestas de mejora en el seno de la OMC, así como una serie de plazos procesales a tener en cuenta en la aplicación el artículo 5 del ESD: «1. Solamente podrán presentarse solicitudes con arreglo al artículo 5 una vez iniciada una diferencia formal a raíz de una solicitud de celebración de consultas al amparo del artículo 4 del ESD. Se deberá especificar el carácter de la solicitud presentada con arreglo al artículo 5. 2. El Director General debería reunirse con las partes lo antes posible después de la recepción de la solicitud con miras a: a) escuchar las opiniones de las partes respecto de la diferencia; b) determinar los recursos que debería consagrar a las actuaciones para contribuir al logro de una solución; y c) hacer las evaluaciones preliminares que parezcan apropiadas. 3. El Director General podrá designar a un Director General Adjunto a fin de que preste asistencia y/o actúe en su lugar. Con excepción del caso limitado de los buenos oficios, el Director General o el Director General Adjunto designado estarán presentes en las reuniones que se celebren durante el procedimiento. Como se trata de ejercer de facultades de oficio, debería evitarse una delegación más allá del nivel de Director General Adjunto. 4. El Director General podrá asignar funcionarios de la Secretaría para que presten ayuda en el proceso cuando lo juzgue adecuado. Se deberá cuidar de evitar la participación de esos funcionarios en los procedimientos formales de solución de diferencias, con miras a asegurar la objetividad de la Secretaría. Se podría contratar a consultores externos en la medida necesaria para ayudar en este procedimiento. 5. El Director General y el Director General Adjunto no intervienen directamente en los procedimientos de grupos especiales y del Órgano de Apelación en curso de modo que no deberían ser necesarias a este respecto otras "paredes de contención". Con respecto a los demás funcionarios y

examinar en qué medida los intereses legítimos de Filipinas y Tailandia se hallaban indebidamente menoscabados como consecuencia de la aplicación por la UE del trato arancelario preferencial concedido al atún en lata originario de los Estados de África, del Caribe y del Pacífico[896].

2. Procedimiento alternativo de arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD

183. Regulación. El arbitraje se trata de un medio alternativo de solución de diferencias, no debe entenderse sólo como alternativo al procedimiento de los GE y del OA en la determinación del nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como resultado de una infracción, sino también como medio alternativo en todos aquellos supuestos en que sea posible su inclusión a lo largo del ESD, por tanto, también se puede utilizar este arbitraje en la fase de la implementación de los informes adoptados[897]. En el párrafo 1 del artículo 25 del ESD establece la posibilidad de seguir un procedimiento rápido de arbitraje como medio alternativo de solución de diferencias para facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes[898].

---

consultores, sería necesario exigirles que no interviniesen directamente en la diferencia en cuestión antes o después del procedimiento del artículo 5. Esto ya debería estar resuelto por las Normas de Conducta, sin que se requiriese ninguna otra medida» (pp. 4-5).

[896] Solicitud de mediación presentada por Filipinas, Tailandia y la UE, WT/GC/66 de 16 de octubre de 2002; WT/GC/66/Add.1 de 23 de diciembre de 2002. El propósito del proceso de mediación solicitado fue examinar en qué medida los intereses legítimos de Filipinas y Tailandia se hallaban indebidamente menoscabados como consecuencia de la aplicación por la UE del trato arancelario preferencial concedido al atún en lata originario de los Estados ACP. Las partes concedieron al mediador en el caso de que la capacidad para considerar los medios que permitan hacer frente a la situación concluyera que en realidad se había producido un menoscabo indebido. El 20 de diciembre de 2002, se trasladó al Director General que, en esa fecha, se había concluido la labor del mediador de conformidad con el calendario acordado por los Miembros solicitantes y que los Miembros solicitantes habían convenido en que las conclusiones del mediador se mantendrían confidenciales.

[897] Laudo arbitral de la diferencia EEUU - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de autor de EEUU, WT/DS160/ARB25/1 de 9 de noviembre de 2001, párrafos 2.3 - 2.7.

[898] En relación con el procedimiento de arbitraje regulado en el artículo 25 del ESD se puede destacar, entre otros, la bibliografía que se recoge a continuación, JACYK, D., «The Integration of Article 25 Arbitration in WTO Dispute Settlement: The Past, Present and Future», *Australian International Law Journal*, Vol. 15, pp. 235-266; LO, C., «The Shrinking role of article 25 arbitration in DSU : A proper understanding of "clearly defined" issues to enhance efficiency of WTO dispute settlement procedure», *US-China Law Review*, Vol. 8, Núm. 10, Octubre 2010, pp. 879-897. Para profundizar en este arbitraje *vide* la bibliografía que se recoge a continuación, LÓPEZ BARRERO, E., «El arbitraje en el marco de la Organización Mundial del Comercio», en COLLANTES, J. L. (coord.), *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Estudio Mario Castillo Freire, Perú, 2007, pp. 473-512; MONTAÑA I MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 149 y ss.; PACE, V., *L'OMC et le reforcement de la reglamentation juridique des echanges comerciaux internaux*, L'Harmattan, Paris, 2000, pp. 231 y ss.; PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 133 y ss.

La expresión «litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes» no es un concepto excluyente sino que cualquier diferencia puede entenderse dentro del ámbito de aplicación del artículo 25 del ESD siempre y cuando respete el límite general del párrafo 1 del artículo 1 del ESD[899].

184. El procedimiento arbitral. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir (párrafo 2 del artículo 25 del ESD). El párrafo 3 del artículo 25 del ESD se limita a establecer los Miembros de la Organización que podrán constituirse en parte del arbitraje disponiendo que «[s]ólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello».

Las partes serán las que determinen el procedimiento de arbitraje siguiendo la teoría general sobre arbitrajes como medio de solución de conflictos que existe en el Derecho internacional público[900]. Aunque no hay un periodo predeterminado de tiempo en el que se debe finalizar este procedimiento arbitral, la rapidez en su finalización debe ser sustancialmente menor que el tiempo previsto para los procedimientos sustanciados ante los GE y el OA[901].

La forma de adopción de las decisiones se fija por las partes y, en caso de guardar silencio en el compromiso arbitral, se podría aplicar la regla general de la organización, como es la del consenso positivo, como supletoria, o en su caso la teoría general del Derecho internacional público sobre la materia[902]. Desde el momento en que el árbitro dicta su laudo, éste es obligatorio para las partes y dicho laudo sólo deberá comunicarse al OSD y al Consejo o al Comité de los acuerdos pertinentes a efectos de su conocimiento (párrafo 3 del artículo 25 del ESD) [903].

---

[899] LO, C., «The Shrinking role of article 25 arbitration in DSU: A proper understanding of "clearly defined" issues to enhance efficiency of WTO dispute settlement procedure», *US-China Law Review*, Vol. 8, Núm. 10, Octubre 2010, p. 888.
[900] *Ibídem*, pp. 891-893.
[901] Laudo arbitral de la diferencia EEUU - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de autor de EEUU, WT/DS160/ARB25/1 de 9 de noviembre de 2001, párrafo 1.13.
[902] LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 390.
[903] LO, C., «The Shrinking role of article 25 arbitration in DSU: A proper understanding of "clearly defined" issues to enhance efficiency of WTO dispute settlement procedure», *op. cit.*, pp. 889-891.

185. La práctica de la OMC respecto del arbitraje regulado en el artículo 25 del ESD. La aplicación del artículo 25 del ESD en la práctica del SSD hasta la fecha ha sido muy escasa. De hecho, su única aplicación se reduce a la diferencia EEUU - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de autor de EEUU donde arbitraje se utilizó en la etapa de aplicación del informe adoptado por el OSD[904]. En esta diferencia las partes pidieron a los árbitros que determinasen el nivel de la anulación o el menoscabo de las ventajas causado por la violación demostrada en el informe del GE.

III. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD

186. Los objetivos que rigen la fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas. La fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas se rige por dos objetivos, la necesidad de conseguir el pronto cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados y lograr la supresión de las medidas declaradas como incompatibles con las disposiciones de los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 21 del ESD y párrafo 7 del artículo 3 del ESD respectivamente). En cualquier caso, la remoción de las medidas se produce *ex nunc*, es decir, de manera prospectiva, con posterioridad a la declaración de incompatibilidad salvo para el caso de subvenciones declaradas prohibidas bajo las reglas del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y que han consistido en desembolsos de una sola vez en el tiempo[905].

187. El cumplimiento ideal. En Derecho internacional, esta fase del SSD se puede enmarcar dentro de lo que se denomina el «*second-order compliance*» donde el cumplimiento se debe a una decisión de una institución internacional como puede ser el OSD, frente a lo que sería el «*first-order compliance*» que se refiere al cumplimiento del Derecho sustantivo, normalmente recogido en los tratados internacionales[906]. En el cumplimiento jurídicamente ideal de una diferencia una vez adoptado el informe por el OSD, el laudo arbitral, el acuerdo de los buenos oficios, la conciliación o la mediación o una vez alcanzada una solución entre las partes (decisiones adoptadas), se deberían

[904] Laudo arbitral de la diferencia EEUU - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de autor de EEUU, WT/DS160/ARB25/1 de 9 de noviembre de 2001.
[905] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, pp. 145-146.
[906] FISHER, R., Improving Compliance with International Law, University Press of Virginia, Charlottesville, 1981, pp. 28-29 citado en ABE, Y., «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *op. cit.*, pp.8-9.

suceder algunas de las siguientes etapas procesales: un cumplimiento inmediato de las resoluciones y recomendaciones del demandado al OSD, la aplicación notificada por el demandado al OSD, una solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación notificada por la parte demandada o un cumplimiento sin constataciones de incumplimiento. Las partes también podrían llegar a una solución mutuamente convenida para el cumplimiento del informe adoptado y una posterior notificación del cumplimiento por la parte de demandada y condenada al OSD.

Sin embargo, pueden darse problemas que dificulten la aplicación de las decisiones adoptadas por el OSD[907]. Los puntos subsiguientes del presente apartado tratarán de revisar los problemas que se pueden dar en la fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas que servirán de base para la tipificación de la «implementación» que se propondrá en la parte siguiente. De la fase de cumplimiento deriva la interconexión entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE-Estados miembros cuando ésta ha sido parte demandada y condenada y de sus deficiencias surge la necesidad de reforzar el sistema para garantizar la seguridad jurídica y el cumplimiento de sus informes a nivel internacional.

[907] La parte del proceso del SSD de la OMC relativa a la vigilancia y aplicación de los informes adoptados por el OSD ha generado un amplio debate doctrinal, no solo por su estudio descriptivo sino por todos los problemas prácticos que surgen en este momento del proceso, sirva como botón de muestra la bibliografía que se recoge a continuación, JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation» en CAMERON, J.; CAMPBELL, K. (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Cameron May, London, 1998, pp. 69-74; KEARNS, J.; CHARNOVITZ, S., «Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5», *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, Núm. 2, Julio 2002, p. 341; PALMETER, D.; ALEXANDROV, S.A. «Introducing compliance in WTO Dispute Settlement» en KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J.D. (dir.). *The Political Economy of International Trade – Essays in Honour of R. E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 646-666; PALMETER, D., «The WTO dispute settlement mechanism. Compliance with WTO ruling and other procedural problems», *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 4, Núm. 2, March 2001, p. 294; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO – Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *American Journal of International Law*, Vol. 94, Núm. 2, 2000, pp. 335-347; PAUWELYN, J., «A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective Nature?», *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 5, 2003, pp. 907-951; PAUWELYN, J., «Calculation and Design of Trade Retaliation» en BROWN, C. P.; PAUWELYN, J. (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge Universtiy Press, Cambridge, 2014, pp. 34-65; ROBERTS, L. D., «Beyond Notions of Diplomacy and Legalism: Building a Just Mechanism for WTO Dispute Settlement Resolution», *American Business Law Journal*, Vol. 40, 2003, pp. 511-562; ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *op. cit.*, pp. 131-134; SEBASTIAN, T., «World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness», *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, Núm. 2, 2007, pp. 337-382; WILSON, B., «Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: the Record to Date», *Journal of Internatinal Economic Law*, Vol. 10, Núm. 2, pp. 397-403.

188. La naturaleza de los informes adoptados por el OSD. La OMC alteró sustancialmente el funcionamiento de su SSD reforzando su automaticidad e independencia con respecto a la época del GATT de 1947. Esta reforma profunda del sistema, que sobre todo limita las oportunidades de negociación diplomático/política del mismo, podría haber inducido a un cambio en la perspectiva del Tribunal europeo. Los informes adoptados en el marco del SSD de la OMC tienen una naturaleza particular dentro del Acuerdo sobre la OMC y del Derecho de la OMC en su conjunto. Los informes adoptados por el OSD que ponen fin a una diferencia, ya sean bien informes del OA o de los GE o bien soluciones mutuamente convenidas, son obligaciones particulares adquiridas entre las partes de la diferencia sobre un aspecto concreto del Derecho de la OMC que ha sido incumplido. Por tanto, se trata de obligaciones concretas e individualizadas dentro del marco general de los acuerdos abarcados de la OMC que deben ser cumplidas por la parte demandada y condenada en cada diferencia concreta[908].

189. El plazo prudencial. Una vez adoptado el informe por el OSD, la parte demandada y condenada deberá informar a dicho Órgano de cómo va a implementar las recomendaciones y resoluciones contenidas en el informe y en caso de no ser posible su cumplimiento inmediato, indicar el plazo prudencial que necesita para ello. Este plazo prudencial propuesto por la parte demandada tendrá que ser aprobado por el OSD (párrafo 3.a) del artículo 21 del ESD).

En caso de no existir tal aprobación, las partes en la diferencia intentarán fijar un plazo de común acuerdo de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones (párrafo 3.b) del artículo 21 del ESD). A falta de acuerdo para la determinación de un plazo prudencial en los dos casos anteriores, se permite la designación de un árbitro para que determine el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones los órganos resolutorios, GE u OA. Dicho plazo no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del GE o del OA. Ese plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso (párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD).

[908] HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments, op. cit.*, pp. 94-97.

Para el cumplimiento de los informes de los GE y del OA cuando la medida declarada no conforme con los acuerdos abarcados es una norma jurídica, suele ser necesario elaborar otra norma legal que la derogue o modifique la anterior y cuando la medida en cuestión es un reglamento administrativo, puede o no ser necesario una nueva norma, pero generalmente es necesario un reglamento que derogue o modifique el primero sin necesidad de que intervenga el poder legislativo del Miembro parte en la diferencia[909]. En este segundo caso, si la aplicación puede llevarse a cabo por medios administrativos, el plazo prudencial debe ser considerablemente inferior a los 15 meses entendiendo que el procedimiento nacional para llevar a cabo el cumplimiento también será más corto en el tiempo[910]. Solo los procedimientos legislativos o administrativas son factores a tener en cuenta para determinar el plazo prudencial de cumplimiento. Así, factores como la situación política o económica de dicho Miembro no son un criterio válido de consideración para establecer el plazo prudencial de cumplimiento[911].

Durante el desarrollo del procedimiento arbitral para determinar el plazo prudencial las partes en la diferencia pueden retirar la solicitud de arbitraje o pedir al árbitro que suspenda el procedimiento para poder convenir en una solución respecto de la aplicación de las recomendaciones del GE o del OA. El límite temporal para alcanzar este acuerdo entre las partes en la diferencia son 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del GE o del OA[912].

190. La fase de la verificación. Una vez transcurridos 6 meses desde la expiración del plazo prudencial se pasa a la fase de verificación para controlar si el Miembro demandado ha aplicado las recomendaciones o resoluciones del OSD. En el orden del día de las reuniones del OSD se incluirá la cuestión de la vigilancia de los informes adoptados hasta que se constate su cumplimiento. Como máximo 10 días antes de cada una de cada reunión, el Miembro afectado, parte demandada y condenada en la

[909] Laudo arbitral de la diferencia Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados, WT/DS155/10 de 31 de agosto de 2001, párrafo 40.
[910] Laudo arbitral Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21de la diferencia CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/15; WT/DS48/13 de 29 de mayo de 1998, párrafo 25.
[911] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 222.
[912] Esta posibilidad fue recogida en el laudo arbitral de la diferencia Estados Unidos - medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea, WT/DS202/17, párrafos 6-9.

diferencia, presentará por escrito un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones ante dicho órgano (párrafo 6 del artículo 21 del ESD)[913].

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del informe objeto de verificación o a la compatibilidad de dichas medidas adoptadas con los acuerdos abarcados el GE que haya entendido inicialmente del asunto, siempre que sea posible, resolverá dicho desacuerdo conforme al ESD. El GE distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el GE considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo (párrafo 5 del artículo 21 del ESD). El GE debe examinar la consistencia de esa nueva medida adoptada por el Miembro demandado parte en la diferencia con el informe adoptado pero también con los acuerdos abarcados. Así puede que en este procedimiento abreviado de verificación el GE tenga que analizar la consistencia de dicha nueva medida con parte de los acuerdos abarcados que no fueron sustanciados ante el GE en el inicio de la diferencia[914].

El nuevo informe del GE se adoptará por el OSD salvo consenso para su no adopción siguiendo la regla del consenso negativo. En este procedimiento abreviado del párrafo 5 del artículo 25 del ESD la parte demandada e incumplidora en la diferencia no cuenta con derecho a apelación ni con la posibilidad de solicitar un plazo prudencial para el cumplimiento del informe adoptado. La parte demandada en la diferencia debe cumplir este informe de forma inmediata una vez adoptado y en caso contrario la parte reclamante en la diferencia puede solicitar la compensación y la suspensión de concesiones[915].

[913] Para profundizar en la fase de verificación se recoge a continuación una bibliografía introductoria, FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, «Capítulo Tercero: Interpretación, observancia y aplicación de los Acuerdos de la OMC», pp. 195-258.
[914] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 302.
[915] *Ibídem*, p. 304.

191. Los arbitrajes específicos: párrafo 4 del artículo 25 del ESD que remite a los artículos 21 y 22 del ESD. El ESD prevé un procedimiento arbitral específico en la fase del cumplimiento de los informes adoptados por el OSD[916].

El párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD prevé la posibilidad de una intervención arbitral para establecer un plazo de tiempo prudencial respecto de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en caso de que no sea posible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones adoptadas. En caso de solicitud de plazo prudencial para el cumplimiento del informe adoptado por el OSD y falta de acuerdo entre las partes para determinar un plazo prudencial para iniciar su cumplimiento un árbitro deberá determinar dicho plazo[917].

El arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD regula el momento procesal en el que el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta por el Miembro demandante ganador, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD en el caso que la solicitud de suspensión de concesiones se refiera a concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo o a concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado (párrafos 3.b) y 3.c) del artículo 22 del ESD respectivamente). Este arbitraje estará a cargo del GE que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un(os) árbitro(s) nombrado(s) por el Director General. Durante el curso de este arbitraje no se podrán suspender concesiones u otras obligaciones[918]. La decisión del árbitro está sujeta a su adopción posterior por el OSD.

El árbitro que actúe en el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es

[916] LO, C., «The Shrinking role of article 25 arbitration in DSU: A proper understanding of "clearly defined" issues to enhance efficiency of WTO dispute settlement procedure», *op. cit.*, pp. 889-891.
[917] A juicio de FERNÁNDEZ PONS este arbitraje incidental es propio de procedimientos jurisdiccionales que, a diferencia del arbitraje regulado en el artículo 25 del ESD, ha sido ampliamente utilizado en la práctica de la OMC en FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, *op. cit.*, 2006, p. 81.
[918] Aunque FERNÁNDEZ PONS señala que aunque el arbitraje de los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD es incidental, es un procedimiento jurisdiccional que, a diferencia del arbitraje regulado en el artículo 25 del ESD, ha sido ampliamente utilizado en la práctica de la OMC en *ibídem*, p. 81.

equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo y si está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, el árbitro examinará la reclamación. El párrafo 3 del artículo 22 del ESD señala los principios y procedimientos que debería seguir la parte reclamante en la diferencia para solicitar una suspensión de concesiones u otras obligaciones,

> «Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, la parte reclamante aplicará los siguientes principios y procedimientos: a) el principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo; b) si la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo; c) si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado; d) en la aplicación de los principios que anteceden la parte tendrá en cuenta lo siguiente: i) el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para ella tenga ese comercio; ii) los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones; e) si la parte decide pedir autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en virtud de lo dispuesto en los apartados b) o c), indicará en su solicitud las razones en que se funde. Cuando se traslade la solicitud al OSD se dará simultáneamente traslado de la misma a los Consejos correspondientes y también en el caso de una solicitud formulada al amparo del apartado b), a los órganos sectoriales correspondientes; f) a los efectos del presente párrafo, se entiende por "sector": i) en lo que concierne a bienes, todos los bienes; ii) en lo que concierne a servicios, un sector principal de los que figuran en la versión actual de la "Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios" en la que se identifican esos sectores; iii) en lo que concierne a Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, cualquiera de las categorías de Derechos de propiedad intelectual comprendidas en la sección 1, la sección 2, la sección 3, la sección 4, la sección 5, la sección 6 o la sección 7 de la Parte II, o las obligaciones dimanantes de la Parte III o la Parte IV del Acuerdo sobre los ADPIC; g) a los efectos del presente párrafo, se entiende por "acuerdo": i) en lo que concierne a bienes, los acuerdos enumerados en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, tomados en conjunto, así como los Acuerdos Comerciales Plurilaterales en la medida en que las partes en la diferencia de que se trate sean partes en esos acuerdos; ii) en lo

que concierne a servicios, el AGCS; iii) en lo que concierne a Derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre los ADPIC».

Si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje (párrafo 6 del artículo 22 del ESD). Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. El OSD será informado de este laudo arbitral y, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla (párrafo 7 del 22 del ESD).

192. El problema de la secuencia. En la fase de la vigilancia de los informes adoptados en una diferencia se produce lo que se denomina el «problema de la secuencia». Este problema surge por el solapamiento de plazos temporales previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el párrafo 2 del artículo 22 del ESD ya que la realización del procedimiento previsto en el primero toma más tiempo que el plazo previsto por el ESD para conceder la autorización para la toma de medidas de retorsión. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD prevé el supuesto de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del informe objeto de verificación o a la compatibilidad de dichas medidas adoptadas con los acuerdos abarcados. El párrafo 2 del artículo 22 del ESD regula la posibilidad de solicitar una compensación o la suspensión de la aplicación de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados por la falta de cumplimiento de dichas recomendaciones y resoluciones una vez transcurrido el plazo prudencial de tiempo a la parte demandada e incumplidora del informe adoptado en la diferencia. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD establece un plazo general máximo de 90 días para la solución del desacuerdo mientras que el párrafo 6 del artículo 22 del ESD establece que el OSD debe otorgar la autorización para suspender las concesiones en los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, a menos que, por consenso, decida rechazar la solicitud de autorización.

El párrafo 5 del artículo 21 del ESD no es un requisito previo obligado para la solicitud de una compensación o de la suspensión de concesiones. Sin embargo, si la parte en la diferencia no invoca el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y reclama la aplicación del artículo 22 del ESD es el propio Miembro reclamante el que llega a la conclusión de que las medidas propuestas por el Miembro demandado para la aplicación del informe adoptado no cumplen con el informe adoptado o no son compatibles con los acuerdos abarcados. Sin embargo, esa conclusión autónoma e independiente por parte del Miembro demandante en la diferencia parece contraria al párrafo 2 del artículo 23 del ESD que establece que para el fortalecimiento del sistema multilateral los Miembros de la OMC

> « […] a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del GE o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento; b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial».

Para superar el problema de la secuencia en la práctica las partes en las diferencias de la OMC ordenan la secuencia temporal de los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el párrafo 6 del 22 del ESD[919]. Sin embargo, un acuerdo de carácter general o una modificación del ESD sobre esta cuestión ayudarían a aumentar la certeza y seguridad jurídica dentro del SSD de la OMC[920].

---

[919] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, pp. 147-148.

[920] *Vide* la Enmienda a determinadas disposiciones del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias presentada por Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Ecuador, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela el 1 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/W/6). En el punto 2 de la citada comunicación se proponía reformar el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en aras de incluir durante el plazo prudencial la posibilidad de solicitar consultas para llegar a una solución mutuamente satisfactoria con respecto a la aplicación de las recomendaciones y medidas del Órgano de Solución de Diferencias. Además, la

193. Los procedimientos relativos a la compensación y a la suspensión de concesiones. En caso de que la parte demandada no aplique las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el OSD en el plazo prudencial o que el GE no acepte las medidas de la parte demandada en la diferencia para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el OSD, nos encontraremos ante una falta de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados y la parte reclamante podrá recurrir a la compensación o a la suspensión de concesiones reguladas en el artículo 22 del ESD[921].

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un

---

intervención del GE que actualmente se regula en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, según el punto 4 de esta propuesta, pasaría al nuevo artículo 21bis del ESD para tratar de regular esta revisión del GE de una manera más pormenorizada. Se abriría también la posibilidad a las partes de reconducir la diferencia en este momento del proceso a los artículos 5 u 25 del ESD. Este nuevo artículo trataría de solventar el problema de la secuencia ya que esta nueva solicitud de establecimiento de GE se podría iniciar cuando faltasen 10 días para que finalizase el plazo prudencial. Por último, la superación definitiva del problema de la secuencia se daría siguiendo por punto 5 de esta comunicación ya que recoge una nueva redacción del párrafo 2 del artículo 22 del ESD: «Si: i) el Miembro afectado no informa al OSD de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 de que se propone aplicar las recomendaciones o resoluciones del OSD; ii) el Miembro afectado no presenta dentro del plazo establecido una notificación de conformidad con el párrafo 6 c) del artículo 21 indicando que ha cumplido; o iii) en el informe presentado por el grupo especial sobre el cumplimiento o el OA de conformidad con el artículo 21*bis* se constata que el Miembro afectado no ha puesto las medidas declaradas incompatibles con un acuerdo abarcado en conformidad con ese acuerdo o no ha cumplido de otro modo las recomendaciones o resoluciones del OSD; la parte reclamante podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. Se convocará una reunión del OSD a tal efecto dentro de los 10 días siguientes a la petición, salvo que la parte reclamante solicite que la reunión se celebre en una fecha posterior. Se exhorta a las partes en la diferencia a que celebren consultas antes de la reunión para examinar una solución mutuamente satisfactoria». La propuesta del nuevo artículo 21bis del ESD prevé la posibilidad de celebrar consultas en este nuevo proceso para determinar la aplicación de recomendaciones y resoluciones y establece la posibilidad de apelar este nuevo informe del GE (punto 4 de la propuesta WT/MIN(01)/W/6). Además en el punto 3 propone modificar el párrafo 6 del artículo 21 del ESD para regular de una manera más exhaustiva los plazos y los procedimientos posibles para vigilar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias. Sin embargo, propuestas de este tipo parece que no han llegado a adoptarse ni parece que se hará en el corto o medio plazo tal y como señala PELZMAN, J.; SHOHAM, A., «WTO Enforcement Issues», *op. cit.*, p. 9.

[921] En relación con el concepto, las funciones y las vías para imponer represalias ante el incumplimiento de los informes adoptados por el OSD *vide*, entre otros, ABE, Y., «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *op. cit.*, pp. 18-27; BROWN, C. P.; PAUWELYN, J. (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, *op. cit.*; CHARNOVITZ, S., «Rethinking the WTO Trade Sanctions», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 4, 2001, pp. 792-832; CHARNOVITZ, S., «Should the Teeth be Pulled? Analysis of WTO Sanctions», en KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J.D. (dir.). *The Political Economy of International Trade – Essays in Honour of R. E. Hudec*, *op. cit.*, pp. 602-635.

plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones del OSD[922]. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 22 del ESD).

194. La compensación. La compensación es voluntaria y, en caso de que se otorgue, debe ser compatible con los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 22 del ESD)[923]. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, la parte demandante en la diferencia podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados (párrafo 2 del artículo 22 del ESD).

No existen normas para determinar la compensación comercial salvo la disposición que contempla que ésta debe ser compatible con los acuerdos abarcados y, por ello, se debería entender que, de otorgarse compensación, ésta debe hacerse en observancia con el principio de nación más favorecida[924]. Hasta la fecha las partes han llegado a muy pocos acuerdos en cuanto a una compensación[925].

195. La suspensión. Cuando las partes no lleguen a alcanzar un acuerdo relativo a la compensación, el Miembro reclamante en la diferencia puede solicitar la autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones y otras obligaciones según los acuerdos abarcados al Miembro demandado incumplidor en la diferencia (párrafo 2 del artículo 22 del ESD). La suspensión es comúnmente denominada como represalia y tiene una naturaleza radicalmente diferente a la compensación[926]. La solicitud de suspensión se debe adoptar por el OSD, salvo que por consenso se decida no aceptar dicha solicitud (párrafo 6 del artículo 22 del ESD). Es un mecanismo para

---

[922] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 219.
[923] El principio de no-discriminación puede incumplirse por medio de una compensación de una manera directa. Sin embargo, el análisis de la compensación retrasaría la diferencia principal y las partes que han acordado la compensación no la recurrirán ante el Órgano de Solución de Diferencias. Esta problemática la destacó Australia en el párrafo 32 del Acta de la reunión del 18 de enero de 2002 (WT/DSB/M/117 de 15 de febrero de 2002).
[924] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 149.
[925] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 225.
[926] *Ibídem*, p. 226.

forzar el cumplimiento de la parte demandada en la diferencia y, por tanto, la suspensión de concesiones u otras obligaciones se mantendrá sólo hasta que se suprima la medida declarada incompatible, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. La vigilancia prevista en el párrafo 6 del artículo 21 también se extenderá a este supuesto hasta que se apliquen las recomendaciones de poner la medida en conformidad con los acuerdos abarcados.

El artículo 23 del ESD prevé una jerarquía de principios y procedimientos para la determinación de las concesiones u obligaciones sobre las que se debe dar la suspensión[927]. El ESD regula como primer criterio para solicitar una suspensión de concesiones u otras obligaciones relativas respecto del mismo sector (los mismos sectores) en que el GE o el OA hayan constatado una infracción u otra anulación o menoscabo (párrafo 3.a) del artículo 22 del ESD). Si la parte reclamante en la diferencia considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo, segundo criterio (párrafo 3.b) del artículo 22 del ESD). Por último, si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado (párrafo 3.c) del artículo 22 del ESD). Este tercer supuesto se conoce como represalias cruzadas («*cross-retaliation*»)[928].

En la práctica, el reclamante debe tener en cuenta en el sector o en el marco del acuerdo en el que el GE o el OA haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que tenga ese comercio para sí, y los efectos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. En

[927] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, pp. 150-151.
[928] VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 226.

definitiva, la elección de los sectores sobre los que recaerá la retorsión demandará un análisis de la pérdida de comercio ocasionada por la medida en cuestión[929].

El Miembro demandado en la diferencia puede impugnar la suspensión propuesta si considera que no se ha seguido el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del GE que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje (párrafo 6 del artículo 22 del ESD).

196. El párrafo 8 del artículo 22 del ESD. La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. De conformidad con lo establecido en el párrafo 8 del artículo 22, el OSD mantendrá sometida a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas, con inclusión de los casos en que se haya otorgado compensación o se hayan suspendido concesiones u otras obligaciones pero no se hayan aplicado las recomendaciones de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados.

197. Los supuestos prácticos de ineficacia en la suspensión de concesiones. La suspensión de concesiones puede servir como un mecanismo de disuasión cuando, en efecto, genera una amenaza creíble. Sin embargo, si el montante de la retorsión es menor al beneficio que para el demandado le reporta mantener la medida ilegal o causar el efecto desfavorable, entonces el demandado tendrá los incentivos para actuar ilegalmente y al final del proceso, para no cumplir con las recomendaciones que le

[929] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas, op. cit.*, p. 151.

exijan la retirada de la medida ilegal o del efecto desfavorable. Así el remedio que provee el sistema en última instancia puede ser ineficaz[930].

La ineficacia del remedio podría ser aún mayor si se trata de países con baja capacidad en el comercio internacional, que por el contrario dependen de las importaciones del país demandado. En estos casos resulta difícil considerar que esos países se encuentran en la capacidad de tomar medidas de retorsión. Esta situación plantea serias dudas sobre la factibilidad de que el sistema de suspensión de concesiones y obligaciones sea utilizado por países en desarrollo para inducir al cumplimiento de los informes sobre diferencias. No obstante, la existencia del Acuerdo sobre los ADPIC brinda una alternativa a la imposición de restricciones a la importación. A través de los ADPIC se pueden aplicar medidas sobre un área de interés sustancial para los países desarrollados, como lo es la intangibilidad de los Derechos de la propiedad intelectual[931]. El último problema de fondo que quedaría por aclarar es si esta compensación beneficia directamente a los agentes de comercio que se ven perjudicados por medias que son incompatibles con los acuerdos abarcados y no sólo sus gobiernos[932].

198. La relación de la fase del cumplimiento del SSD con el «Derecho constitucional postnacional multilateral». En el presente capítulo se han tratado de exponer la naturaleza y el funcionamiento del SSD de la OMC por este motivo se han descrito de una manera exhaustiva los procedimientos de solución de diferencias previstos en el ESD. El proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD genera la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC, la UE y Estados miembros y reclama la elaboración de un sistema de fuentes de Derecho en el ámbito del comercio internacional que permita estabilizar las citadas relaciones jurídicas. La gobernanza del Derecho de la OMC y el Derecho de la UE-Estados miembros podría servir de base para el desarrollo del «Derecho constitucional

[930] PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 154.
[931] *Ibídem*, p. 154. En relación con las posibilidades que permiten el Acuerdo sobre los ADPIC, PIÉROLA señala la estrategia que tomó Ecuador en la diferencia CE - Banano III cuando solicitó al OSD la suspensión de concesiones comerciales no sólo en el marco del comercio de bienes y servicios, sino también en lo referente a la protección de Derecho de propiedad intelectual bajo el Acuerdo sobre los ADPIC. *Vide*, Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB/ECU de 24 de marzo de 2000.
[932] *Ibídem*, p. 155.

postnacional multilateral» así como una inspiración para estabilizar la relaciones del Derecho de la OMC con los ordenamientos jurídicos del resto de Miembros de la Organización.

CAPÍTULO TERCERO. TIPOLOGÍA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL SSD DENTRO DE LA UE

I. El concepto de «implementación» derivado de la actividad del SSD

199. Concepto de «implementación». Antes de comenzar con el análisis empírico de la implementación de las recomendaciones y resoluciones del OSD y de las soluciones mutuamente convenidas se aportará un concepto de implementación que guíe esta parte de la investigación.

En la presente investigación se entenderá por «implementación» la acción de aplicar las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el OSD o los acuerdos alcanzados entre las partes que ponen fin a una diferencia por la parte demandada y condenada. En el análisis que se propone la parte demandada y condenada será la UE y/o sus Estados miembros y el proceso de implementación variará en la práctica según el reparto competencial que exista dentro de la propia Unión y el ámbito material del Derecho de la OMC suscitado en cada diferencia[933]. Esta fase de implementación abarca el proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD que pongan fin a la diferencia, lo que supondrá en la mayoría de los casos la modificación de la normativa europea o la normativa nacional declarada inconsistente con los acuerdos abarcados para su puesta en conformidad con el Derecho de la OMC y la comprobación posterior por parte del OSD de que dicha modificación es consistente con el Derecho de la OMC.

Se propone a continuación una tipología de la «implementación» tomando como referencia los dieciséis momentos en los que se puede finalizar o estancar una diferencia atendiendo al ESD. Esta tipología va a guiar el análisis empírico posterior que se desarrollará sobre la implementación de aquellas diferencias en las que la UE-Estados miembros hayan sido parte demandada ante el SSD de la OMC. El objetivo de este análisis es demostrar el desarrollo como mínimo embrionario de un conjunto de normas y principios que organizan la interconexión de los ordenamientos jurídicos de los

[933] El procedimiento regulado por el ESD para logar el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de los informes del OSD se encuentra analizado en la presente investigación en la parte tercera, capítulo segundo, apartado III, «III. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD».

Miembros de la Organización y sienta las bases para la instauración de sistema de fuentes del «Derecho constitucional postnacional multilateral».

Una diferencia en el marco de la OMC suele finalizar con la adopción de un informe que declara la inconsistencia de una normativa interna de un Miembro de la Organización (parte demandada y condenada) con el Derecho de la Organización del que se deriva la obligación de modificar o suprimir dicha norma interna. Esta obligación de modificación o supresión puede que corresponda a las instituciones de la UE o bien a sus Estados miembros según el reparto competencial que exista dentro de la propia Unión y las materias del Derecho de la OMC objeto de la diferencia. El proceso de implementación llevado a cabo en el marco de la UE pondrá de manifiesto la interconexión que se produce entre el Derecho de la OMC y el ordenamiento jurídico de la UE y, por extensión, los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros con los dos anteriores.

El momento en que se adoptan las resoluciones y recomendaciones por el OSD o el acuerdo que pone fin una diferencia para el Derecho de la OMC y el momento en que comienza la implementación para el Derecho interno de sus Miembros están conectados en la práctica. Por tanto, en el presente capítulo se va a explicar cómo la fase de cumplimiento de los informes adoptados por el OSD o de los acuerdos alcanzados entre las partes que *a priori* ponen fin a una diferencia supone en la práctica la apertura de un proceso de interconexión entre el Derecho de la OMC y el Derecho interno de la UE y sus Estados miembros que dará paso a un diálogo entre las instituciones de la OMC y las instituciones de la Unión.

200. Momentos en los que se puede entender por finalizada una diferencia en el seno de la OMC. El procedimiento ordinario de solución de diferencias se puede dividir en las siguientes etapas procesales: 1) diferencias en fase de consultas; 2) GE establecido, pero aún no constituido; 3) GE constituido; 4) decisión de establecer el GE sin efecto; 5) informe del GE distribuido; 6) informe del GE en apelación; 7) informe(s) adoptado(s), no son necesarias más actuaciones; 8) informe(s) adoptado(s) con la recomendación de poner la medida(s) en conformidad; 9) aplicación notificada por el demandado; 10) solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación; 11) procedimiento sobre el cumplimiento en curso; 12) procedimiento sobre el

cumplimiento concluido sin constatación de incumplimiento; 13) procedimiento sobre el cumplimiento concluido con constataciones de incumplimiento; 14) autorización para adoptar medidas de retorsión solicitada (incluido el arbitraje del párrafo 6 del artículo 22); 15) autorización para adoptar medidas de retorsión concedida; 16) diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento). Dentro de este último supuesto se pueden encontrar a su vez, la siguientes sub-etapas procesales: a) retirada de la solicitud de celebración de consultas por la supresión de la medida objeto de controversia; b) solución mutuamente satisfactoria alcanzada entre las partes durante el período de la celebración de consultas; c) retirada de la solicitud del establecimiento del GE por la supresión de la medida objeto de controversia; d) antes de la adopción del informe del OA y/o del informe del GE se ha notificado el desistimiento de la solicitud por la supresión de la medida objeto de controversia; e) acuerdo entre las partes después de la adopción del informe por el OSD como consecuencia de la supresión de la medida objeto de controversia; f) acuerdo entre las partes después de la adopción las medidas regulados en el artículo 22 del ESD como consecuencia de la supresión de la medida objeto de controversia; g) solución mutuamente convenida de conformidad por el párrafo 6 del artículo 3 del ESD. En caso de que una diferencia se haya solucionado siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 5 del ESD o en el artículo 25 del ESD la parte demandada también deberá implementar el laudo arbitral o el acuerdo que haya puesto fin a dicha diferencia[934].

El ESD regula un proceso de solución de controversias jurídicas entre los Miembros de la Organización basado en la participación de las partes. El ESD contiene elementos diplomáticos por lo que algunas diferencias queden finalizadas en momentos que a priori podrían no parecer tales desde una perspectiva jurisdiccional. Así, algunas diferencias pueden parecer «estancadas». En estos casos las partes pueden haber llegado a un acuerdo para poner fin a la diferencia pero no se lo han comunicado al OSD y, por tanto, no se puede seguir nítidamente el itinerario de la implementación del acuerdo que ha puesto fin a la diferencia.

[934] Los momentos procesales concretos que se recogen en el cuadro subsiguiente encajan con supuestos regulados en el ESD que se pueden dar en el procedimiento de solución habitual de una diferencia en el marco de la OMC, <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_current_status_s.htm>, (última revisión, 23 de octubre de 2014).

201. Correlación entre las tipologías de «implementación». A continuación se elabora un cuadro de los tipos de «implementación» que se propondrán en el presente capítulo donde se encajan los distintos tipos la implementación con los momentos en que ésta puede iniciarse en el cumplimiento de una diferencia[935].

Este cuadro trata de llamar la atención sobre diversos aspectos del SSD y la de práctica de la UE-Estados miembros en el mismo. En primer lugar, este cuadro refuerza el argumento de que el SSD es un proceso que se suscita y se resuelve a instancia de parte y por tanto habrá momentos en los que algunas diferencias se quedarán estancadas y donde será altamente farragoso sino imposible comprobar el final de la misma. En segundo lugar, este cuadro también muestra la conveniencia de adoptar principios o incluso normas de actuación para reforzar el aspecto más importante de cualquier instancia judicial, el cumplimiento y la ejecución de sus sentencias. Por último, esta amalgama de supuestos en el momento de la implementación pone de manifiesto la descoordinación de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio y las posibles inconsistencias normativas que se pueden estar danto en su seno.

Tipos de implementación	Momentos del SSD donde se inició la implementación
Implementación «determinada», «perfecta» y «exitosa»	7) Informe(s) adoptado(s), no son necesarias más actuaciones
	9) Aplicación notificada por el demandado
	10) Solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación
	12) Procedimiento sobre el cumplimiento concluido sin constatación de incumplimiento
	16) Diferencia resuelta o terminada (solución

[935] Los momentos procesales concretos que se recogen en el cuadro subsiguiente encajan con supuestos regulados en el ESD que se pueden dar en el procedimiento de solución habitual de una diferencia en el marco de la OMC.

	mutuamente convenida o desistimiento)
Implementación «determinada», «imperfecta» y «problemática»	8) Informe(s) adoptado(s) con la recomendación de poner medida(s) en conformidad
	11) Procedimiento sobre el cumplimiento en curso
	14) Autorización para adoptar medidas de retorsión solicitada (incluido el arbitraje del párrafo 6 del artículo 22)
	15) Autorización para adoptar medidas de retorsión concedida
Implementación «indeterminada»	1) Diferencias en fase de consultas
	2) GE establecido, pero aún no constituido
	3) GE constituido
	4) Decisión de establecer el GE sin efecto
	5) Informe del GE distribuido
	6) Informe del GE en apelación
	13) Procedimiento sobre el cumplimiento concluido con constataciones de incumplimiento

II. **La implementación desde la perspectiva del SSD de la OMC**

202. Tipos de «implementación» desde la óptica del SSD de la OMC. La fase de la implementación no se regula por el ESD sino que se deja a disposición de los ordenamientos jurídicos internos de los Miembros de la Organización. Para el cumplimiento de los informes adoptados por el OSD o de los acuerdos alcanzados entre las partes que pongan fin a la diferencia la parte demandada y condenada deberá atender a su propio Derecho interno. Desde la perspectiva del SSD de la OMC se pueden encontrar dos tipos de implementación, la implementación «determinada» que se subdivide en «perfecta» o «imperfecta» y la implementación «indeterminada».

La implementación es una obligación de resultado, es decir, la parte demandada y condenada debe suprimir o modificar su normativa interna declarada inconsistente con el Derecho de la OMC. El párrafo 1 del artículo 19 del ESD recoge la posibilidad de que los GE puedan sugerir la forma en que el demandado aplique sus recomendaciones. Sin embargo, dichas sugerencias no son legalmente vinculantes para las partes de la diferencia, en concreto, para la parte demandada y condenada[936].

1. Implementación «determinada»

203. Implementación «determinada». Atendiendo a los dieciséis hitos procesales en los que se puede entender por finalizada una diferencia, la implementación «determinada» puede darse en uno de los siguientes: 7) informe(s) adoptado(s), no son necesarias más actuaciones; 8) informe(s) adoptado(s) con la recomendación de poner la medida(s) en conformidad; 9) aplicación notificada por el demandado; 10) solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación; 11) procedimiento sobre el cumplimiento en curso; 12) procedimiento sobre el cumplimiento concluido sin constatación de incumplimiento; 14) autorización para adoptar medidas de retorsión solicitada (incluido el arbitraje del párrafo 6 del artículo 22); 15) autorización para adoptar medidas de retorsión concedida; 16) diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento): a) retirada de la solicitud de celebración de consultas por la supresión de la medida objeto de controversia; b) solución mutuamente satisfactoria alcanzada entre las partes durante el período de la celebración de consultas; c) retirada de la solicitud del establecimiento del GE por la supresión de la medida objeto de controversia; d) antes de la adopción del informe del OA y/o del informe del GE se ha notificado el desistimiento de la solicitud por la supresión de la medida objeto de controversia; e) acuerdo entre las partes después de la adopción del informe por el OSD como consecuencia de la supresión de la medida objeto de controversia; f) acuerdo entre las partes después de la adopción las medidas regulados en el artículo 22 del ESD como consecuencia de la supresión de la medida

[936] Lo relativo a la capacidad de los GE para formular recomendaciones es considerado por parte de la doctrina lo entiende como una vía para juridificar el SSD de la OMC y reforzar su naturaleza jurisdiccional. *Vide* las partes primera y tercera presente investigación para profundizar en el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, parte primera, capítulo segundo, aparta IV, punto 4, «4. El Sistema de Solución de Diferencias» y parte tercera, capítulo segundo, «Capítulo segundo. El procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC».

objeto de controversia; g) solución mutuamente convenida de conformidad por el párrafo 6 del artículo 3 del ESD.

Dentro de este tipo de implementación a los efectos de la presente investigación interesan sobre todo aquellas diferencias finalizadas sobre la base de un documento público y aprobado por el OSD pone fin a la misma, sea un informe adoptado por el OSD o una solución mutuamente convenida entre las partes que ponga fin a la diferencia y que se haya comunicado a dicho Órgano. Este supuesto de implementación nace por la propia lógica evolutiva del ESD de la OMC reforzando su naturaleza jurisdiccional. En la fase de cumplimiento, la parte demandada y condenada comunicará al OSD el proceso concreto de implementación que llevará a cabo atendiendo a su Derecho interno. La parte demandada en este proceso de implementación estará obligada en cuanto al resultado, es decir, suprimir o modificar la norma declarada inconsistente con el Derecho de la OMC. En estos casos se entenderá que el OSD ha podido desarrollar el control respectivo en cada diferencia para poder asegurar el cumplimiento del informe o de los acuerdos celebrados entre las partes que han puesto fin a la diferencia[937]. La implementación «determinada» de una diferencia puede derivar en implementación «perfecta» o implementación «imperfecta» e incluso derivar en una implementación «indeterminada» expuestos *infra*.

2. Implementación «perfecta»

204. Implementación «perfecta». La implementación «perfecta» es un tipo de implementación «determinada» en el que una vez adoptado el informe por del OSD o una vez comunicado a dicho Órgano el acuerdo alcanzado entre las partes que ponga fin a la diferencia; la UE, los Estados miembros o ambos conjuntamente como parte(s) demandada(s) y condenada(s) llevará(n) a cabo todas las acciones pertinentes para cumplir el informe o el contenido del acuerdo. En los supuestos de implementación «perfecta», dentro del marco de la UE, se derivarán acciones por parte de las instituciones europeas para modificar su ordenamiento jurídico según las recomendaciones y resoluciones del OSD o de las soluciones mutuamente convenidas entre las partes lo que tendrá como consecuencia la interconexión pacífica entre

[937] Para profundizar en el proceso de control del OSD, *vide* la parte tercera, capítulo segundo de la presente investigación donde se analiza el funcinamiento del SSD de la OMC, «Capítulo segundo. El procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC».

ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio. En este tipo de implementación, tras las modificaciones pertinentes de su ordenamiento jurídico la parte perdedora (UE, Estados miembros o ambos conjuntamente) facilitará al OSD los documentos y las informaciones necesarias para poder completar el control sobre la implementación en el marco del SSD de la Organización. En estos casos la naturaleza del SSD como sistema judicial resulta altamente reforzada y la previsibilidad y seguridad del sistema multilateral del comercio se garantiza de una manera plena.

Atendiendo a los nueve supuestos en los que se puede entender por finalizada una diferencia con una implementación «determinada», la implementación «perfecta» abarca *a priori* los siguientes: 7) informe(s) adoptado(s), no son necesarias más actuaciones; 9) aplicación notificada por el demandado; 10) solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación; 12) procedimiento sobre el cumplimiento concluido sin constatación de incumplimiento; 16) diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento): a) retirada de la solicitud de celebración de consultas por la supresión de la medida objeto de controversia; b) solución mutuamente satisfactoria alcanzada entre las partes durante el período de la celebración de consultas; c) retirada de la solicitud del establecimiento del GE por la supresión de la medida objeto de controversia; d) antes de la adopción del informe del OA y/o del informe del GE se ha notificado el desistimiento de la solicitud por la supresión de la medida objeto de controversia; e) acuerdo entre las partes después de la adopción del informe por el OSD como consecuencia de la supresión de la medida objeto de controversia; f) acuerdo entre las partes después de la adopción las medidas regulados en el artículo 22 del ESD como consecuencia de la supresión de la medida objeto de controversia; g) solución mutuamente convenida de conformidad por el párrafo 6 del artículo 3 del ESD.

3. Implementación «imperfecta»

205. Implementación «imperfecta». La implementación «imperfecta» se ubica también dentro del marco de la implementación «determinada». En este supuesto, una vez adoptado el informe por del OSD o una vez comunicado al mismo el acuerdo alcanzado entre las partes; la UE, los Estados miembros o ambos conjuntamente como parte(s) demandada(s) en la diferencia no llevará(n) a cabo todas las acciones

pertinentes para cumplir el informe o el contenido del acuerdo. En este caso, por tanto, aunque la obligación de la parte perdedora de poner su normativa interna en conformidad con el Derecho de la OMC es pública desde la perspectiva del SSD, el proceso de implementación en la UE no se llevará a cabo de una manera perfecta tal y como se ha expuesto en el caso anterior. En los supuestos de implementación «imperfecta» puede suceder que la parte perdedora implemente en su propio ordenamiento jurídico interno pero que dicha implementación no sea vista como suficiente en el control del cumplimiento llevado a cabo por el OSD, que la parte perdedora no facilite al OSD los documentos necesarios para que pueda completar el control del cumplimiento del informe adoptado o del acuerdo alcanzado entre las partes en la diferencia o incluso se puede dar un tercer supuesto en el que la parte condenada no tenga una clara intención de cumplir con la decisión adoptada en el marco del SSD de la OMC que haya puesto fin a la diferencia.

Esta implementación «imperfecta» puede deberse a cuestiones de oportunidad política o económica que valorarán en cada caso la UE, los Estados miembros o ambos conjuntamente. La implementación «imperfecta» agrupará a aquellas diferencias en las que el proceso cumplimiento y control posterior previsto ESD se ve dilatado por dos posible escenarios. Uno, las partes no se pongan de acuerdo sobre la implementación llevada a cabo por la parte demandada y condenada. En este primer caso, la parte demandada y condenada intentará argumentar que la implementación se ha desarrollado satisfactoriamente y por tanto que ha cumplido con sus obligaciones ante el OSD. Dos, dicha implementación no se puesto en conocimiento de OSD bien porque la parte cumplidora no lo haya comunicado bien porque dicho cumplimiento no se haya llevado a cabo por la parte demandada y condenada en la diferencia. En este segundo escenario, la parte demandada y condenada no tiene una clara intención de hacer público su cumplimiento o incluso su intención de cumplir pero la parte reclamante utiliza todo los mecanismos disponibles en el ESD (mecanismos de retorsión) para forzar el cumplimiento de la parte demandada y condenada. Esta actitud de la parte demandada y condenada impide el control del cumplimiento por parte del OSD previsto en el ESD.

Atendiendo a los nueve hitos procesales en los que se puede entender por finalizada una diferencia con una implementación «determinada», la implementación «imperfecta» puede originarse en alguno de los siguientes: 8) informe(s) adoptado(s)

con la recomendación de poner la medida(s) en conformidad; 11) procedimiento sobre el cumplimiento en curso; 14) autorización para adoptar medidas de retorsión solicitada (incluido el arbitraje del párrafo 6 del artículo 22); 15) autorización para adoptar medidas de retorsión concedida.

Dentro de la propia UE los casos de implementación «imperfecta» pueden derivar en asuntos suscitados ante la justicia europea donde los actores privados o los Estados miembros de la UE intenten impulsar el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del ESD o las soluciones mutuamente convenidas entre las partes que pusieron fin a la diferencia dentro de la OMC. Estos casos supondrán una interconexión problemática entre ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio donde el Tribunal de la Justicia de la Unión en algunos supuestos se verá en la necesidad de pronunciarse sobre la efectividad de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro del ordenamiento jurídico de la Unión[938]. Esta compleja interacción entre ordenamientos jurídicos se retomará en el apartado siguiente, en el punto relativo a la implementación «problemática» dentro de la UE.

4. Implementación «indeterminada»

206. Implementación «indeterminada». La implementación «indeterminada» abarca las diferencias que en líneas precedentes se han calificado como diferencias «estancadas» entre las partes dentro del SSD de la OMC en estos supuestos, a diferencia de la implementación «imperfecta», hay una opacidad sobre la situación de la misma buscada por las partes. Atendiendo a los dieciséis hitos procesales en los que se puede entender finalizada una diferencia, la implementación «indeterminada» abarca los siguientes: 1) diferencias en fase de consultas; 2) GE establecido, pero aún no constituido; 3) GE constituido; 4) decisión de establecer el GE sin efecto; 5) informe del GE distribuido; 6) informe del GE en apelación; 13) procedimiento sobre el cumplimiento concluido con constataciones de incumplimiento.

[938] El conjunto de asuntos suscitados ante la justicia europea sobre la efectividad de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro de la UE ha sido analizado en la presente investigación en el punto 3 del apartado III, capítulo segundo, parte segunda, «3. La efectividad y el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del ESD dentro de la Unión».

No obstante, esta enumeración no constituye una lista cerrada ya que la implementación «indeterminada» puede darse en todas aquellas diferencias sobre las que no conste su fin. En estos supuestos las partes pueden haber llegado a un acuerdo para poner fin a la diferencia pero no se lo habrán comunicado al OSD y, por tanto no se podrá seguir fácilmente la implementación del acuerdo que ponga fin a la diferencia en el seno de la UE ni tampoco se podrá llevar a cabo el control sobre el cumplimiento regulado en el ESD. Esta indeterminación puede tener causas diversas, por ejemplo, atendiendo a motivos de interés económico o político nacionales, la parte reclamante en la diferencia decida no proseguir con el procedimiento previsto en el ESD o porque las partes hayan llegado a un acuerdo al margen del proceso de solución de diferencias de la Organización y no lo hayan puesto en conocimiento del OSD para mantener su carácter privado.

Desde el punto de vista de la fase de cumplimiento, en estos supuestos el mayor de los problemas radica en la incapacidad del OSD de controlar la modificación o supresión de la norma o de la medida inconsistente con los acuerdos abarcados y por tanto se rompe con uno de los objetivos principales de la del ESD de la OMC, aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral del comercio (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). En este tipo de implementación se ponen de manifiesto los rasgos de carácter diplomático del ESD y la opacidad que se deriva de su uso. En algunos los supuestos de implementación «indeterminada» los actores privados y los Estados miembros legitimados iniciarán acciones ante la justicia europea por la inacción o por la falta de cumplimiento de las instituciones europeas y/o nacionales[939]. Estos casos permitirán seguir profundizando en el intento de gobernanza de la interconexión problemática entre ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio perseguido por la presente investigación.

III. La implementación desde la óptica de las instituciones de la UE

207. «Implementación» desde la óptica de las instituciones de la UE. Los tipos de implementación analizados *supra* desde el punto de SSD de la OMC de

[939] El conjunto de asuntos suscitados ante la justicia europea sobre la efectividad de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro de la UE ha sido analizado en la presente investigación en el punto 3 del apartado III, capítulo segundo, parte segunda, «3. La efectividad y el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del ESD dentro de la Unión».

implementación «determinada», implementación «perfecta» e implementación «imperfecta» encajan en los supuestos de implementación «exitosa» e implementación «problemática» desde la óptica de las instituciones de la UE mientras que el tipo de implementación «indeterminada» se mantiene dentro de esta perspectiva[940].

1. Implementación «exitosa»

208. Implementación «exitosa» de los informes del SSD de la OMC en la UE. La implementación «exitosa» encaja con la implementación «determinada» y «perfecta» definida en el apartado precedente. Este tipo de implementación supone la forma más clara y jurídicamente previsible de interconexión pacífica entre el Derecho de la OMC y el ordenamiento jurídico de la UE. En términos generales en este supuesto de implementación la UE ha sido demandada y condenada por el OSD, implementará los informes adoptados de manera y permitirá el control posterior previsto en el ESD por lo que la implementación y el control posterior del cumplimiento en la OMC se producen de manera exitosa. Estas diferencias refuerzan la naturaleza judicial del SSD.

209. La actuación de la UE en la implementación «exitosa». En los casos de implementación «exitosa» las instituciones de la UE trasponen las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el OSD o las soluciones mutuamente convenidas para poner el ordenamiento jurídico de la UE de conformidad con el Derecho de la OMC y se sujetan a las previsiones del ESD para hacer público y someter a control dicha trasposición. En la práctica la implementación definida en la presente investigación como «exitosa» dentro de la UE encaja con los tipos de implementación «determinada» y «perfecta» analizadas desde la perspectiva del SSD.

La participación de las instituciones de la UE en la implementación se determinará atendiendo a la norma concreta que se haya declarado inconsistente con los acuerdos abarcados y la institución con competencia para tal modificación legislativa dentro de la Unión. Según el reparto de competencias y la norma europea declarada inconsistente en la diferencia puede que sea necesaria la intervención de los Estados

[940] Lo que en el título del presente apartado se ha denominado «instituciones de la UE» engloba no sólo a las instituciones de la UE sino también a las instituciones de los Estados miembros o a una acción combinada entre ambos según quien sea parte demandada y condenada en el SSD y el reparto competencial que exista dentro de la propia Unión. Se ha utilizado esta expresión para simplificar la exposición y evitar reiteraciones innecesarias.

miembros, por ejemplo en el supuesto en que sea necesaria la adopción de una Directiva por parte de la UE o incluso que la implementación tenga que ser llevada a cabo por los Estados miembros si se tratase de una competencia no delegada a la Unión.

2. Implementación «problemática»

210. Implementación «problemática». La implementación «problemática» agrupa las diferencias en las que las instituciones de la Unión o los Estados miembros no cumplen las decisiones adoptadas que pongan fin a una diferencia. Este supuesto encaja con la tipología de implementación «determinada» e «imperfecta» analizada en el apartado anterior.

211. La actuación de la UE en la implementación «problemática». En los casos de implementación «problemática» las instituciones de la UE no traspondrán las recomendaciones y resoluciones del OSD o las soluciones mutuamente convenidas porque el ordenamiento jurídico de la UE puede que no sea puesto en conformidad con el Derecho de la OMC o porque dicha implementación no pueda ser controlada por el OSD. Esta interconexión problemática en algunos supuestos se hará visible tanto ante los Tribunales de Justicia de la Unión como ante el OSD en la fase del control del cumplimiento del informe adoptado o de los acuerdos que se hubiesen alcanzado entre las partes para poner fin a la diferencia, ya sea por el inicio de asunto ante la justicia europea o de sucesivas diferencias en el marco del SSD. En última instancia, en aquellas diferencias donde se produzca una implementación «determinada», «imperfecta» y «problemática», se produce una interconexión no pacífica entre el ordenamiento jurídico de la UE y el Derecho de la OMC. Como ya se ha señalado en líneas precedentes, esta implementación «imperfecta» puede deberse a cuestiones de oportunidad política o económica que valorarán en cada caso la UE, los Estados miembros o ambos conjuntamente.

Ante la pasividad de las instituciones de la Unión, personas privadas dentro de la UE pueden ante la justicia de la Unión el cumplimiento de los informes adoptados por el OSD porque el mantenimiento de normas europeas inconsistentes con el Derecho de la OMC pueda estar perjudicando sus propios intereses económicos, piénsese por ejemplo en la autorización para adoptar medidas de retorsión a la parte reclamante en la diferencia. En caso de tratarse de una diferencia cuya materia forme parte de una

competencia nacional no transferida a la UE serán los Estados miembros los encargados de implementar dicha resolución y por tanto en caso de desarrollar una implementación «problemática» serán contra éstos contra quienes actúen bien personas privadas bien instituciones de la Unión según disponga el sistema judicial europeo y cada respectivo sistema judicial nacional.

3. Implementación «indeterminada»

212. Implementación «indeterminada». La implementación «indeterminada» encaja con el concepto dado en el aparato anterior, «A. La implementación perspectiva del SSD de la OMC». Dentro de la Unión, la indeterminación residirá en la imposibilidad de seguir el proceso de implementación llevado a cabo por las instituciones europeas porque ésta no seguirán la lógica evolutiva del SSD de la OMC para superar las inconsistencias de su Derecho con el Derecho de la OMC sino que las instituciones de la UE o de sus Estados miembros legislarán de manera «espontánea» una nueva norma jurídica sin remitirse a la diferencia que generó esa modificación o incluso puede que lleguen a acuerdos privados con la parte reclamante para estancar el proceso sin una comunicación formal posterior al OSD.

213. La actuación de la UE en la implementación «indeterminada». El ESD regula un proceso que se acciona por la propia iniciativa de la partes para solucionar una controversia, por tanto, cualquier procedimiento puede quedarse «estancado» en un momento procesal concreto por la inacción de las partes ya que la OMC no puede actuar de oficio. En algunas diferencias, esta característica va a imposibilitar discernir si la diferencia ha concluido por un acuerdo privado entre las partes adoptado al margen del ESD o simplemente por la inacción de la misma para impulsar el proceso de solución de diferencias porque ninguno de estos dos supuestos se va a poner en conocimiento del OSD. Por lo antedicho, una implementación «indeterminada» desde la perspectiva de la OMC será también «indeterminada» desde la perspectiva de las instituciones de la UE ya que no existirá ninguna decisión pública que ponga fin a la diferencia y por tanto el proceso de implementación propiamente dicho será inexistente.

En estos supuestos, por ejemplo cuando una diferencia que se encuentre en la fase de cumplimiento concluido con constataciones de incumplimiento, los actores privados y los Estados miembros legitimados interesados en que se modifique la norma

aparentemente inconsistente con el Derecho de la OMC podrán iniciar acciones ante la justicia europea por la inacción o por la falta de cumplimiento de las instituciones europeas y/o nacionales. Los pronunciamientos judiciales en esto casos permitirán seguir profundizando en el análisis de la interconexión entre ordenamientos jurídicos y sobre todo valorar la existencia *de facto* de una serie de normas y principios que traten de resolver la interconexión problemática entre el Derecho de la OMC, el Derecho de la UE y el Derecho de los Estados miembros similares a las que los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo poseen [941].

[941] El conjunto de asuntos suscitados ante la justicia europea sobre la efectividad de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro de la UE ha sido analizado en la presente investigación en el punto 3 del apartado III, capítulo segundo, parte segunda, «3. La efectividad y el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del ESD dentro de la Unión».

CAPÍTULO CUARTO. REVISIÓN DE LAS PRÁCTICAS EUROPEAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DECISIONES ADOPTADAS EN EL MARCO DE SSD

I. La UE como parte demandada y condenada en el SSD

214. La práctica europea en la implementación de las resoluciones adoptadas por el OSD. En términos generales el proceso de implementación derivado de la solución de diferencias en la OMC se inicia con la adopción de un informe del OSD o de un acuerdo alcanzado entre las partes en el marco del SSD que pone fin a una diferencia y su trasposición dentro del ordenamiento jurídico del Miembros de la Organización condenado y demandado para derogar la medida o acto declarado inconsistente con los acuerdos abarcados. El ESD prevé un control posterior de dicha implementación con el objetivo de que el OSD pueda asegurar que la nueva legislación nacional cumple con las decisiones adoptadas y es consistente con el Derecho de la OMC.

El proceso de implementación genera una interconexión entre ordenamientos jurídicos por las decisiones adoptadas en el marco del SSD y acciones de las instituciones del Miembro demandado y condenado para transponerlas en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. En el caso concreto de la UE, la implementación de las diferencias en las que la UE haya sido demandada y condenada deberá atender a las competencias entre la Unión y los Estados miembros para determinar qué instituciones y mediante qué procesos habrá que modificar bien el ordenamiento jurídico de la Unión, bien el ordenamiento jurídico nacional o bien ambos[942]. En algunos casos donde la UE sea reticente en la implementación, actores privados han iniciado asuntos ante la justicia europea para tratar de promover el cumplimiento por parte de la Unión. Este hecho ha derivado en que el propio Tribunal de Justicia de la Unión tenga que valorar la efectividad de los informes y acuerdos adoptados en el ordenamiento jurídico de la UE[943].

[942] Sobre el reparto competencial entre la UE y los Estados miembros en el ámbito de la PCC, *vide* la el apartado III, capítulo segundo de la parte primera de la presente investigación, «III. La Política Comercial de la Unión Europea».

[943] Para una revisión de la jurisprudencia europea sobre la cuestión del efecto directo de las decisiones adoptadas en marco del ESD *vide* la parte segunda, capítulo segundo, apartado III de la presente investigación, «III. La efectividad y el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del ESD dentro de la Unión».

215. El efecto «indirecto» desde la perspectiva del «Derecho constitucional postnacional multilateral». El concepto de efecto «indirecto» se ha propuesto en la presente investigación para destacar que existe una conexión pacífica cada vez más constante entre las decisiones adoptadas en el marco del SSD y las modificaciones legislativas del ordenamiento jurídico de la Unión como consecuencia de las primeras[944]. Este efecto «indirecto» refuerza la implementación perfecta, determinada y exitosa. Esta implementación constituye un proceso bidireccional que muestra la interconexión pacífica y ajustada al Derecho de la OMC desarrollada por la UE cuando ésta ha sido parte demandada y condenada en una diferencia. En la medida en que esta implementación sea cada vez más perfecta, determinada y exitosa permitirá que *de facto* se desarrollen patrones que ayuden a jerarquizar la interconexión entre ordenamientos en el ámbito del sistema multilateral del comercio. Estos nuevos patrones tendrán como consecuencia fundamental el fortalecimiento del «Derecho constitucional postnacional multilateral» en la línea definida en la presente investigación.

Tras abordar de una manera teórica la implementación de las decisiones adoptadas en el marco del SSD por parte de la UE, en el siguiente apartado se propone una revisión práctica de la cuestión.

II. La interacción entre el SSD y las instituciones europeas en la solución de las diferencias

216. Revisión general de las diferencias en las que la UE haya sido parte demandada y condenada. En sede judicial europea se han suscitado asuntos relacionados con el cumplimiento de los informes adoptados por el OSD o las resoluciones mutuamente convenidas en relación con las diferencias que se enumeran a continuación, diferencia de hormonas (DS26 y DS48), bananos (DS27), trozos de pollo (DS269 y DS286) ropa de cama (DS141), aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (DS291, DS292 y DS293)[945]. Sin embargo, existen otras diferencias en

[944] El concepto del efecto «indirecto» se ha desarrollado en el apartado IV, capítulo segundo de la parte segunda de la presente investigación, «IV. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto del Derecho del GATT/OMC en la UE».

[945] Para una revisión de la jurisprudencia europea sobre la cuestión del efecto directo de las decisiones adoptadas en marco del ESD *vide* en la parte segunda, capítulo segundo, apartado III, punto 3, «3. La efectividad y el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del ESD dentro de la Unión» y el y el apartado IV, «IV. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto del Derecho del GATT/OMC en la UE».

las que la UE ha sido parte demandada y condenada donde la implementación no ha dado lugar a dicha revisión por parte de la justicia europea sino que se puede encontrar las distintas vías de implementación propuestas *supra*[946]. Esta circunstancia refuerza el argumento de que en la medida en que la implementación de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC sea cada vez más perfecta, determinada y exitosa dentro de la UE *de facto* se jerarquizará y se ordenará la interconexión entre ordenamientos en el ámbito del sistema multilateral del comercio fortaleciendo el sistema de fuentes del «Derecho constitucional postnacional multilateral» defendido en la presente investigación.

En la presente investigación se propone en análisis de dos diferencias[947]. Por un lado la diferencia de bananos (DS27) porque su solución fue altamente compleja en el SSD de la OMC y controvertida dentro de la UE ya que se sucedieron multitud de cambios legislativos no satisfactorios (implementaciones problemáticas) y se suscitaron también numerosos asuntos ante la justicia europea por la falta de cumplimiento por parte de la UE de las recomendaciones y resoluciones del OSD[948]. La diferencia finalizó

[946] *Vide* el Anexo 1 de la presente investigación donde se recogen todas las diferencias en las que la UE y/o los Estado(s) miembro(s) han sido parte demandada y condenada clasificadas según la tipología de implementación propuesta en la presente investigación.

[947] La OMC recoge información sobre las diferencias antendiendo a criterios tales como «Unión Europea como país demandado» donde se recogen las setenta y nueve diferencias en las que la UE ha sido parte demandada, *vide* <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/find_dispu_cases_s.htm?year=none&subject=none&agreement=none&member1=EEC&member2=none&complainant1=false&complainant2=false&respondent1=true&respondent2=false&thirdparty1=false&thirdparty2=false#results> (última revisión, 12 de septiembre de 2014).

[948] La diferencia de bananos (DS27) ha generado un gran volumen de bibliografía. La doctrina ha ido analizando y valorando los sucesivos incumplimetos de la UE y así como los sucesivos procesos suscitados en el ESD, *vide*, entre otros, ALEMANNO, A.; SCHMAUCH, M., «At the end of the tunnel there is... darkness: The ECJ denies EC liability for WTO non-compliance», *European Law Reporter*, 2008 pp. 347-355; ANANIA, G., «The 2005 WTO arbitration and the new EU import regime for bananas: a cut too far?», *European Review of Agricultural Economics*, Vol. 33, Núm. 4, 2004, pp. 449-484; BESSKO, Z. K., «Going bananas over EEC preferences?: a look at the banana trade war and the WTO's understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 28, 1996, pp. 245-312; BHALA, R., *The bananas war*. Sacramento, McGeorge School of Law, California, 2000; BREUSS, F.; GRILLER, S.; VRANES, E. (eds)., *The banana dispute: an economic and legal analysis*, Springer; Wien, New York, 2003; BRIMEYER, B. L., «Bananas, beef, and compliance in the World Trade Organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance for superpower nations», *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 10, Núm. 1, 2001, pp. 133-168; BROUSSY, E.; DONNAT, F.; LAMBERT, C., «Chronique de jurisprudence communautaire. Responsabilité sans faute», *L'actualité juridique; droit administratif*, 2008, pp.2327-2329; CLARK, H. R., «The WTO banana dispute settlement and its implications for trade relations between the United States and the European Union», *Cornell International Law Journal*, Vol. 35, Núm. 2, 2002, pp. 291-306; CLEGG, P., *The Caribbean banana trade: from colonialism to globalization*, Palgrave Macmillan; Houndmills, New York, 2002; COUTRON, L., «Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en

por la adopción de una solución mutuamente convenida entre las partes. Por otro lado, se propone el análisis de la diferencia de focas que se encuentra todavía dentro del plazo prudencia del cumplimiento del SSD pero que parece que se está reforzando las sinergias de cumplimiento eficaz dentro de la UE que contrastan con los incumplimientos sistemáticos de las decisiones adoptadas a lo largo de la solución de algunas diferencias, como la diferencia de bananos[949]. Estas diferencias permitirán que el análisis se pueda ubicar dentro de toda la tipología de implementación propuesta en el apartado anterior de la presente investigación.

1. La diferencia de bananos desde la perspectiva de la UE

217. El encaje entre el SSD y el poder judicial de la UE en la diferencia de bananos. El cuadro que se propone a continuación recoge los puntos procesales fundamentales dentro de la diferencia de bananos que se sucedieron en el SSD de la

droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM. Note sous CJCE 8 septembre 2008, FIAMM, aff. jointes nº C-120/06 et C-121/06», *Revue française de droit administratif*, 2009, pp. 329-342; GARCÍA HEREDIA, A., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista española de Derecho Financiero*, 2009, pp. 607-611; ZONNEKEYN, G. A., «The Status of Adopted Panel and Appellate Body Reports in the European Court of Justice and the European Court of First Instance – The Banana Experience», *Journal of World Trade*, Vol. 34, 2000, p. 93; GUYOMARD, H.; LAROCHE, C.; LE MOUËL, C., «Impacts of the Common Market Organization for Bananas on European Union markets, international trade, and welfare», *Journal of Policy Modeling*, Vol. 21, Núm. 5, 1999, pp. 619-632; HIRSH, B. R., «The WTO bananas decision: cutting through the thicket», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 11, Núm. 2, pp. 201-227; JOSLING, T. E.; TAYLOR, T. G. (eds). *Banana wars: the anatomy of a trade dispute*, CABI Publishing; Wallingford, Cambridge, Mass., 2003; MCMAHON, J. A., «The longstanding banana saga: towards an acceptable solution (part 1)», *International trade law and regulation*, Vol. 11, Núm. 6, 2005, pp. 181-187; MCMAHON, J. A., «The longstanding banana saga: towards an acceptable solution (part 2)», *International trade law and regulation*, Vol. 12, Núm. 1, 2006, pp. 14-20; MYERS, G., *Banana wars: the price of free trade: a Caribbean perspective*, Zed Books, London, 2004; O'CONNOR, B., «Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – The Bananas and the Hormones Cases», *Journal of World Trade*, Vol. 38, Núm. 2, 2004, pp. 245-266; O'MEARA, N.; BURTENSHAW, C., «Banana Wars - ECJ will not make good damage resulting from EC's failure to comply with WTO agreements», *Bulletin of international legal developments*, Vol. 20, 2008, pp. 229-231; PALMETER, D.; SCHROPP, S., «Commentary on the Appellate body report in EC-bananas III (article 21.5): waiver-thin, or lock, stock, and metric ton», *World trade review*, Vol. 9, Núm. 1, 2010, pp. 7-58; PECHO, P.; VAN WAEYENBERGE, A., «La responsabilité "sans faute" en droit communautaire», *Journal des tribunaux / droit européen*, Núm. 158, 2009, pp. 93-99; PIÉROLA, F., «The issue of exclusion of jurisdiction in the light of the Appellate Body report in European Communities - Bananas III (article 21.5 II)», *Global trade and customs journal*, Vol. 4, Núm. 4, 2009, pp. 129-130; THOMAS, S., «La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission (Arrêt "FIAMM")», *Revue du droit de l'Union européenne*, Núm. 4, 2008, pp. 873-882; TRACHTMAN, J. P., «Bananas, direct effect and compliance», *European journal of international law*, Vol. 10, Núm. 4, 1999, pp. 655-678; WEISSE-MARCHAL, C., «Responsabilité extracontractuelle de la Communauté du fait de son activité normative», *Recueil Le Dalloz*, 2008, pp. 3129-3132.

[949] El plazo prudencia de cumplimiento expira el 18 de octubre de 2015 adoptado mediante el Acuerdo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD - CE - Medidas que prohíbe la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS401/16 de 8 de septiembre de 2014.

OMC y su correlación temporal con los asuntos suscitados ante la justicia europea sobre el cumplimiento de los informes adoptados en la OMC en el transcurso de la solución de la misma. Este cuadro persigue poner de manifiesto de la manera más gráfica y sumaria posible la interconexión que se ha producido entre el SSD y el Tribunal de Justicia europeo como consecuencia de la diferencia de bananos lo que ha derivado en un diálogo mediato entre ambas esferas judiciales[950].

DS27 en el SSD de la OMC	Asuntos suscitados ante la justicia europea como consecuencia de la DS27
	GATT - Asunto C-469/93, *Amministrazione delle Finanze dello Stato* y *Chiquita Italia SpA*, STJCE 12 diciembre 1995 [ECLI:EU:C:1995:435].
DS16 - 28 de septiembre de 1995 - Recepción de la solicitud de celebración de consultas.	
DS27 - 5 de febrero de 1996 - Recepción de la solicitud de celebración de consultas.	
DS27 - 22 de mayo de 1997 - Distribución del informe del GE	
DS27 - 9 de septiembre de 1997 - Distribución del informe del OA	
DS27 - 7 de enero de 1998 - Distribución del informe del arbitraje previsto en el párrafo 3c) del artículo 21.	
DS27 - 12 de abril de 1999 - Distribución del informe del Grupo Especial del	

[950] Para profundizar en el análisis de lo citados asuntos *vide* el capítulo segundo de la parte segunda de la presente investigación, «Capítulo segundo. La vinculación entre la UE y el sistema multilateral del comercio».

párrafo 5 del artículo 21 (Ecuador).	
	DS27 - Asunto T-254/97, *Fruchthandelsgesellschaft Chemnitz v. Comisión*, STPI 28 septiembre 1999 [ECLI:EU:T:1999:178].
DS27 - 24 de marzo de 2000 - Distribución del informe arbitral (recurso al párrafo 6 del artículo 22).	
DS27 - 2 de julio de 2001 - Notificación de la solución mutuamente convenida.	
	DS27 - Asunto T-19/01, *Chiquita Brands International y otros v. Comisión*, STPI 3 febrero 2005 [ECLI:EU:T:2005:31].
	DS27 - Asunto C-377/02, *León Van Parys NV* y *Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, STJCE 1 marzo 2005 [ECLI:EU:C:2005:121].
DS27 - 7 de abril de 2008 - Distribución del informe del Grupo Especial (segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21) (Ecuador).	
DS27 - 19 de mayo de 2008 - Distribución del informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 (EEUU).	
	DS27 - Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC*

	(C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión, STJCE 9 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:476].
DS27 - 26 de noviembre de 2008 - Distribución del informe del Órgano de Apelación (segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21) (Ecuador) (EEUU).	
DS16, DS27 – 8 de noviembre de 2012 - Diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento).	

218. La interconexión de ordenamientos jurídicos en la diferencia de bananos. La diferencia de bananos en realidad se compone de distintas diferencias iniciadas lo largo del tiempo por distintas partes reclamantes, entre las que se encontraron por ejemplo, Ecuador, EEUU, Panamá, Honduras, Guatemala, Honduras, México y Colombia. Las diferencias CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27, DS105) se iniciaron ante la Organización Mundial del Comercio por la regulación del sector del plátano Reglamento (CEE) nº 404/93 del Consejo de 13 de febrero de 1993 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (JO L 47 de 25 de febrero de 1993, página 1) y de la legislación, reglamentos y medidas administrativas posteriores, incluyendo aquellas que se derivaban de las disposiciones del Acuerdo Marco sobre bananos, que aplicaban, complementaban y enmendaban dicho régimen. La diferencia subsiguiente CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS158) amplió la reclamación de la normativa europea inconsistente con el Derecho de la OMC incluyendo Reglamento nº 1637/98 del Consejo de 20 de julio de 1998, y por el Reglamento (CE) nº 2362/98 de la Comisión de 28 de octubre de 1998 por la superación del plazo prudencial para la implementación de los informes adoptados en la diferencia DS27. Las diferencias CE - Régimen para la importación de bananos (DS361, DS364) reclamaban la inconsistencia del Reglamento (CE) nº 1964/2005 del Consejo, de 29 de

noviembre de 2005, sobre los tipos arancelarios aplicables a los plátanos y sus reglamentos de aplicación conexos[951].

El Acuerdo que puso fin a la diferencia fue suscrito por Brasil, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, el Perú, la República Bolivariana de Venezuela y la Unión Europea. Con el objetivo de alcanzar el mayor consenso posible entre los Miembros de la OMC relacionados con el sector del plátano se buscó la adopción del Acuerdo por Miembros que aunque no hubiesen sido parte en la diferencia tenían intereses económicos en el sector. Además algunas empresas transnacionales como *Chiquita* o *Dole United Fruit* también estuvieron implicadas en la resolución del conflicto[952].

Una de las causas que justifican lo intricando de esta diferencia es la importancia económica que tiene en el seno de la UE el sector del plátano y la influencia negativa en los productores europeos que podía tener la libre entrada de bananos de América del Sur[953]. De hecho, en el espacio de tiempo en que se resolvía la diferencia de bananos (DS27) en el marco del SSD la OMC, dentro de la UE se produjeron varios cambios normativos que trataban de cumplir de una manera efectiva (o de una manera aparente) los distintos informes adoptados por el OSD. La falta de cumplimiento efectivo por parte de la UE y los intereses políticos y económicos divergentes implicados en la diferencia tuvieron como consecuencia que dentro de propia Unión diversas empresas

[951] La principal diferencia es Banano III (DS27), por tanto, ésta se tomará como guía en la presente investigación. A continuación se recogen la totalidad de las controversias presentadas ante la Organización Mundial del Comercio por la regulación europea en el sector del plátano, DS16 - Régimen de la importación, venta y distribución de plátanos (servicios, GATT de 1994, trámite de licencias de importación); DS27 - Régimen para la importación, venta y distribución de Bananos (agricultura, servicios (AGCS), GATT de 1994, trámite de licencias de importación, medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC)); DS105 - Régimen para la importación, venta y distribución de Bananos (servicios (AGCS), GATT de 1994, trámite de licencias de importación, medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC)); DS158 - Régimen para la importación, venta y distribución de Bananos (licencias de importación); DS361, DS364 - Régimen para la importación de bananos (GATT de 1994).

[952] Estos elementos fueron señalados por el Director General Adjunto, D. Alejandro Jara, en un discurso pronunciado el 21 de febrero de 2012 en el marco del IV Congreso Internacional sobre Banano organizado por la Corporación Bananera Nacional (http://www.wto.org/spanish/news_s/news12_s/ddg_21feb12_s.htm, última revisión de 8 de mayo de 2012).

[953] BHALA, R., *The bananas war. Sacramento, McGeorge School of Law, op. cit.* BREUSS, F.; GRILLER, S.; VRANES, E. (ed.), *The banana dispute: an economic and legal analysis*, *op. cit.*; CLARK, H. R., «The WTO banana dispute settlement and its implications for trade relations between the United States and the European Union», *op. cit.*; GUYOMARD, H.; LAROCHE, C.; LE MOUËL, C., «Impacts of the Common Market Organization for Bananas on European Union markets, international trade, and welfare», *op. cit*.

privadas intentaron impulsar el cumplimiento por parte de la Unión respeto de los sucesivos informes adoptados en el procedimiento de solución de la diferencia acudiendo a la justicia europea. A continuación se trataré de poner de manifiesto esta interconexión de ordenamientos, de esferas judiciales y de intereses contrapuestos en cada una de las esferas (OMC-UE-sector privado).

219. Proceso principal de la diferencia de bananos en el marco del Sistema de Solución de Diferencias. En el procedimiento inicial *CE - Banano III* (diferencia de bananos, DS27), Ecuador, EEUU, Guatemala, Honduras y México impugnaron el régimen para la importación de bananos de las Comunidades Europeas en vigor en aquel momento. El GE que entendió en ese procedimiento y el OA declararon que la atribución de cuotas del contingente arancelario de conformidad con el Reglamento nº 404/93 de las CEE era incompatible con el artículo XIII del GATT de 1994 y no estaba justificada al amparo del Acuerdo Marco para el Banano, anexo a la Lista de la UE, ni del Acuerdo sobre la Agricultura. El OA constató que la «Exención relativa al Convenio de Lomé» no era aplicable a las infracciones del artículo XIII del GATT de 1994[954]. El OA y el GE inicial constataron también que el procedimiento de asignación de licencias infringía el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y los artículos II y XVII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios[955]. El 25 de septiembre de 1997, el OSD adoptó los informes del GE y del OA en el asunto CE - Banano III y recomendó que las Comunidades Europeas pusieran sus medidas en conformidad con los acuerdos abarcados[956]. El 20 de julio de 1998, la UE adoptó el Reglamento (CE) nº 1637/98 del Consejo que modificaba el Reglamento (CEE) nº

[954] Las referencias oficiales de los documentos jurídicos citados en el presente párrafo se reconge a continuación, Acuerdo Marco para el Banano, anexo a la Lista LXXX y a la Lista CXL de las Comunidades Europeas, negociado inicialmente en 1994 por las Comunidades Europeas con Colombia, Costa Rica, Nicaragua y Venezuela; Cuarto Convenio de Lomé entre los países ACP y la CEE, Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 9 de diciembre de 1994, L/7604, 19 de diciembre de 1994 (la "Exención relativa al Convenio de Lomé"); prorrogada por el Cuarto Convenio de Lomé entre los países ACP y la CEE, prórroga de la Exención, Decisión del Consejo General de la OMC de 14 de octubre de 1996, WT/L/186, 18 de octubre de 1996.

[955] Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997, párrafo 225. El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación constataron que esta infracción del párrafo 1 del artículo I no estaba justificada al amparo de la Exención relativa al Convenio de Lomé, porque no estaba exigida por el Convenio de Lomé.

[956] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 4, pp. 3, 4.

404/93 y, el 28 de octubre de 1998, adoptaron el Reglamento (CE) nº 2362/98 de la Comisión que derogaba el Reglamento (CEE) nº 1442/93 de la Comisión, de 10 de junio de 1993[957].

220. informe del GE del párrafo 5 del artículo 21 del ESD (Ecuador). El 18 de diciembre de 1998, Ecuador solicitó la iniciación de un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, alegando que las medidas adoptadas por la UE no daban aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD. El primer GE sobre el cumplimiento solicitado por Ecuador constató que las medidas adoptadas por la UE para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD eran incompatibles con los artículos I y XIII del GATT de 1994 y los artículos II y XVII del AGCS[958]. El informe del primer GE de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del solicitado por Ecuador no fue objeto de apelación y fue adoptado por el OSD el 6 de mayo de 1999. Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, el GE de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 solicitado por Ecuador sugirió que la UE podía poner en conformidad sus medidas: i) aplicando un sistema sólo arancelario, sin un contingente arancelario, con la posible inclusión de una preferencia para los países ACP amparada por una exención o un acuerdo de libre comercio compatible con el artículo XXIV del GATT de 1994; ii) aplicando un sistema sólo arancelario, con un contingente arancelario preferencial para los países ACP amparado por una exención apropiada; o iii) manteniendo sus actuales contingentes arancelarios NMF consolidados y autónomos, sin asignar cuotas para países determinados, o bien asignando esas cuotas mediante acuerdo con todos los proveedores que tengan un interés sustancial, de manera compatible con los requisitos del párrafo 2 del artículo XIII del GATT de 1994. El contingente arancelario NMF se podría combinar con la ampliación del trato de exención arancelaria en favor de los países ACP amparado por la Exención relativa al Convenio de Lomé respecto del artículo I del GATT de 1994 o con un contingente

[957] Reglamento (CE) nº 1637/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica el Reglamento (CEE) nº 404/93 del Consejo por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DOUE, serie L, nº 210, de 28 de julio de 1998); Reglamento (CE) nº 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 404/93 del Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad, (DOCE, serie L, nº 293, de 28 de octubre de 1998); Reglamento (CEE) nº 1442/93 de la Comisión, de 10 de junio de 1993, por el que se establecen disposiciones de aplicación del régimen de importación de plátanos en la Comunidad, (DOUE, serie L, nº 142/6, de 12 de junio de 1993).

[958] Informe del GE de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador), WT/DS27/RW/ECU de 12 de abril de 1999.

arancelario preferencial para los países ACP, siempre que se obtuviera una exención apropiada respecto del artículo XIII del GATT de 1994[959].

Tras la expiración del plazo prudencial fijado para que la UE cumpliese las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Banano III*, EEUU obtuvieron autorización para suspender concesiones de conformidad con el artículo 22 del ESD. Los árbitros, como cuestión previa, determinaron que el régimen revisado de las Comunidades Europeas para la importación de bananos era incompatible con los artículos I y XIII del GATT de 1994 y los artículos II y XVII del AGCS. De conformidad con los arbitrajes sobre el nivel de la suspensión de concesiones y otras obligaciones en los años 1999 y 2000, el OSD autorizó la suspensión de concesiones u otras obligaciones por un valor máximo de 191,4 millones de dólares EEUU por año en el caso de Estados Unidos y de 201,6 millones de dólares EEUU por año en el del Ecuador. En tanto que EEUU suspendieron concesiones arancelarias, Ecuador no ejerció su derecho a suspender concesiones y otras obligaciones[960].

221. Entendimientos sobre el banano (2001). El 11 y el 30 de abril de 2001, respectivamente, la UE adoptó dos Entendimientos sobre bananos, con EEUU y con Ecuador. El 22 de junio de 2001, la UE notificó al OSD que ambos Entendimientos constituían una «solución mutuamente convenida» en el sentido del párrafo 6 del artículo 3 del ESD[961]. Los días 2 y 9 de julio de 2001, respectivamente, Estados Unidos y Ecuador emitieron sendas comunicaciones en las que se manifestaba que, aunque en los Entendimientos se identificaban los medios por los cuales se podía resolver la prolongada diferencia respecto del régimen de la UE para la importación de bananos, éstos no constituían en sí mismos una «solución mutuamente convenida» en el sentido del párrafo 6 del artículo 3 del ESD[962].

[959] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/ECU de 12 de abril de 1999, párrafos 6.156-6.158.
[960] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 7, p. 5.
[961] Notificación de una solución mutuamente convenida de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/58 de 2 de julio de 2001.
[962] Comunicación de los Estados Unidos de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/59; G/C/W/270 de 2 de julio de 2001; Entendimiento sobre el banano

El 14 de noviembre de 2001, la Conferencia Ministerial, reunida en Doha, adoptó dos exenciones relativas al régimen de la UE para la importación de bananos. La primera de ellas, que eximía a la UE de la aplicación del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 (la «Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I»), era necesaria para permitirles otorgar un trato arancelario preferencial a los productos originarios de los Estados ACP, como exigían las disposiciones pertinentes del denominado «Acuerdo de Cotonou»[963]. La segunda, que eximía de la aplicación del artículo XIII del GATT de 1994 (la «Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo XIII»), se refería al contingente arancelario establecido por la UE de 750.000 toneladas métricas para los bananos de origen ACP. La Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo XIII se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2005, y abarcaba por tanto el período comprendido hasta la entrada en vigor del régimen exclusivamente arancelario de la UE el 1 de enero de 2006, según lo previsto en los Entendimientos sobre el banano[964].

El 21 de enero de 2002, la UE informó al OSD de la adopción del Reglamento (CE) nº 2587/2001 del Consejo[965]. En la reunión que celebró el OSD el 1 de febrero de

---

entre el Ecuador y las Comunidades Europeas de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/60, G/C/W/274 de 9 de julio de 2001.

[963] Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte y la UE y sus Estados miembros, por otra, suscrito en Cotonou, Benin, el 23 de junio de 2000. La excención de Doha respecto de la aplicación del artículo I se recoge en Cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial celebrada en Doha, Comunidades Europeas - Acuerdo de Asociación ACP-CE, Decisión de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/15; WT/L/436 (que se adjunta como anexo V al presente informe; este documento también fue presentado al Grupo Especial como Estados Unidos - Prueba documental 3 y CE - Prueba documental 2 (Ecuador). Esta exención expiraba el 31 de diciembre de 2007 con respecto a los productos de origen ACP distintos de los bananos.

[964] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 10, pp. 6 - 7. La exención de Doha respecto de la aplicación del artículo XIII de Cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial celebrada en Doha, CE - Régimen de transición para los contingentes arancelarios autónomos de las CE sobre las importaciones de bananos, Decisión de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/16; WT/L/437 (Estados Unidos – Prueba documental 5, presentadas al Grupo Especial). La Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo XIII expiró el 31 de diciembre de 2005.

[965] Reglamento (CE) nº 2587/2001 del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, que modifica el Reglamento (CEE) nº 404/93, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano, (DOCE, serie L, nº 345/13, de 29 de diciembre de 2001). Conforme al Reglamento (CE) nº 2587/2001 se modificaron los párrafos 1-4 del artículo 18 de la siguiente forma: i) se mantenía un contingente arancelario A de 2,2 millones de toneladas para importaciones originarias de terceros países; ii) se incrementaba el contingente arancelario B a 453.000 toneladas para importaciones originarias de terceros países; iii) dentro de los contingentes arancelarios A y B, los bananos de terceros países quedaban sujetos al pago de un Derecho de aduana de 75 euros por tonelada, en tanto que las importaciones de productos originarios de los países ACP quedaban sujetas a un Derecho nulo; y iv) el contingente arancelario C,

2002, la UE solicitó que se retirara del orden del día el punto relativo a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto al régimen de importación de bananos de las Comunidades. En esa reunión, Ecuador manifestó que el Entendimiento sobre los bananos constituía «una sólida base para que las CE apliquen un régimen de importación de bananos transitorio y para el 1 de enero de 2006 a más tardar, establezcan un régimen basado únicamente en aranceles que sea compatible con las normas de la OMC»[966]. Ecuador destacó también que en ese régimen había «varias fases, etapas y elementos que [habían] de ejecutarse» y manifestó además que se reservaba sus Derechos en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD[967]. En esa misma reunión del OSD, EEUU manifestaron que les complacía «observar que las CE [habían] aumentado en 100.000 toneladas el contingente de los países latinoamericanos exportadores de bananos, con efectos a partir del 1 de enero de 2002» y que «[p]or consiguiente, Estados Unidos [había] puesto fin a la suspensión de concesiones, en «desde 1999»[968]. EEUU declaró también que «seguir[ían] colaborando estrechamente con las CE y los demás Miembros para abordar las cuestiones que [pudieran] plantearse a medida que las CE [avanzaran] hacia un sistema basado en aranceles con respecto a los bananos y [cumplieran] las condiciones del Entendimiento bilateral sobre los bananos»[969].

El 31 de enero de 2005, la UE notificó a la OMC, de conformidad con el artículo XXVIII del GATT de 1994, su intención de reconsolidar su concesión arancelaria respecto de los bananos incluida en la Lista CXL de la UE (partida 0803 00 19) al nivel de 230 euros por tonelada[970]. En esa misma comunicación, la UE especificaba además que la notificación constituía el anuncio de la reconsolidación de su arancel sobre los bananos de conformidad con los términos del Anexo sobre el banano. El 30 de marzo de 2005, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Venezuela solicitaron un arbitraje de conformidad con el Anexo sobre el

---

abierto exclusivamente para las importaciones originarias de países ACP y sujetas a un Derecho nulo, se reducía a 750.000 toneladas. Se establecía una preferencia arancelaria extracontingentaria de 300 euros por tonelada para los bananos originarios de países ACP.

[966] Acta de la reunión del OSD, WT/DSB/M/119 de 1de febrero de 2002, párrafo 5.

[967] *Ibídem*.

[968] *Ibídem*, párrafo 8.

[969] *Ibídem*.

[970] Comunicación de las Comunidades Europeas, Negociaciones en virtud del párrafo 5 del artículo XXVIII, Lista CXL - Comunidades Europeas, Addendum, G/SECRET/22/Add.1 de 31 de enero de 2005.

banano con respecto a la reconsolidación prevista por la UE de su arancel sobre el banano[971].

El 1 de agosto de 2005, el Árbitro determinó que la reconsolidación del arancel de la UE para los bananos al nivel de 230 euros por tonelada no tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF, teniendo en cuenta todos los compromisos de acceso a los mercados en el marco de la OMC contraídos por la UE en relación con los bananos, como exige el Anexo sobre el banano. El 27 de octubre de 2005, en un segundo arbitraje de conformidad con las mismas normas del Anexo, el Árbitro llegó a la misma conclusión con respecto a la segunda reconsolidación prevista por la UE, consistente en un arancel NMF para los bananos de 187 euros por tonelada y un contingente arancelario libre de Derechos de 775.000 toneladas para las importaciones de bananos de origen ACP y constató en consecuencia que la UE no había rectificado la situación de conformidad con el quinto inciso del Anexo sobre el banano, que prescribía que la reconsolidación tuviera como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF.

A raíz del segundo arbitraje de conformidad con el Anexo sobre el banano, la UE modificó su régimen para la importación de bananos y adoptaron, entre otras disposiciones, el Reglamento nº 1964/2005 de la UE, la medida en litigio en la presente diferencia. Este Reglamento estableció un tipo arancelario NMF de 176 euros por tonelada para los bananos. Además, estableció un contingente arancelario preferencial de 775.000 toneladas para las importaciones en régimen de franquicia arancelaria de bananos originarios de países ACP[972]. El 20 de diciembre de 2007, la UE adoptó el Reglamento (CE) nº 1528/2007 del Consejo que derogó el Reglamento nº 404/93 de las CEE y modificó el Reglamento nº 1964/2005 de la UE, eliminando el contingente

[971] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 14, p. 8.
[972] Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, suscrito en Cotonou, Benin, el 23 de junio de 2000.

arancelario preferencial libre de Derechos de aduana de 775.000 toneladas para los países ACP[973].

222. Segundo recurso de Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD y primer recurso de los EEUU al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. El 23 de febrero de 2007 Ecuador solicitó, por segunda vez, el establecimiento de un GE de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en relación con la supuesta incompatibilidad de las medidas adoptadas por la UE, y en particular del Reglamento nº 1964/2005 de las CE y las medidas conexas[974]. El 29 de junio de 2007, Estados Unidos solicitaron el

[973] Reglamento (CE) nº 1528/2007 del Consejo, de 20 de diciembre de 2007, por el que se aplica el régimen previsto para las mercancías originarias de determinados Estados pertenecientes al grupo de Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP) en los acuerdos que establecen Acuerdos de Asociación Económica o conducen a su establecimiento, *Diario Oficial de la Unión Europa*, L 348/1, 31 de diciembre de 2007.

[974] Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD de la diferencia CE - Régimen para Importación, venta y distribución de bananos - Informe del GE, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008, párrafos 2.42-2.44; Segundo recurso del EEUU al párrafo 5 del artículo 21 del ESD de la diferencia CE - Régimen para Importación, venta y distribución de bananos - Informe del GE, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008, párrafos 2.39 y 2.40. Los reglamentos de aplicación adoptados por las Comunidades Europeas de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1964/2005 del Consejo, de 29 de noviembre de 2005 sobre los tipos arancelarios aplicados a los plátanos, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 316/1, 2 de diciembre de 2005 son los siguientes: Reglamento (CE) nº 2014/2005 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2005, relativo a los certificados en el ámbito del régimen a la importación de plátanos en la Comunidad para los plátanos despachados a libre práctica con el derecho arancelario establecido en el arancel aduanero común (DOUE, serie L, nº 324, de 10 de diciembre de 2005); Reglamento (CE) nº 2015/2005 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2005, relativo a las importaciones de plátanos originarios de los países ACP en el marco del contingente arancelario abierto por el Reglamento (CE) nº 1964/2005 del Consejo sobre los tipos arancelarios aplicables a los plátanos, durante enero y febrero de 2006 (DOUE, serie L, nº 324, de 10 de diciembre de 2005); Reglamento (CE) nº 2149/2005 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2005, por el que se fijan los coeficientes de reducción aplicables a las solicitudes de certificados de importación de plátanos originarios de los países ACP para enero y febrero de 2006, (DOUE, serie L, nº 342, de 24 de diciembre de 2005); Reglamento (CE) nº 219/2006 de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario para la importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 38, de 9 de febrero de 2006); Reglamento (CE) nº 325/2006 de la Comisión, de 23 de febrero de 2006, por el que se fijan los coeficientes de reducción aplicables a las solicitudes de certificados de importación de plátanos originarios de los países ACP para el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 54, de 24 de febrero de 2007); Reglamento (CE) nº 566/2006 de la Comisión, de 6 de abril de 2006, que modifica el Reglamento (CE) nº 2014/2005, relativo a los certificados en el ámbito del régimen a la importación de plátanos en la Comunidad para los plátanos despachados a libre práctica con el derecho arancelario establecido en el arancel aduanero común; establece excepciones a dicho Reglamento, y modifica el Reglamento (CE) nº 219/2006, relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario para la importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 99, de 7 de abril de 2006); Reglamento (CE) nº 966/2006 de la Comisión, de 29 de junio de 2006, que modifica el Reglamento (CE) nº 219/2006 relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario para la importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 176, de 30 de junio de 2006); Reglamento (CE) nº 1261/2006 de la Comisión, de 23 de agosto de 2006, que modifica el Reglamento (CE) nº 219/2006 relativo a la apertura y el modo

establecimiento de un GE de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 para examinar esas mismas medidas adoptadas por la UE[975].

El informe del GE solicitado por Ecuador se distribuyó a los Miembros de la OMC el 7 de abril de 2008, y el informe del GE solicitado por EEUU el 19 de mayo de 2008. A petición de las partes en ambos asuntos, el OSD acordó en la reunión que se celebró el 2 de junio de 2008 con el objeto de retrasar la fecha para la adopción del informe del GE solicitado por Ecuador hasta el 29 de agosto de 2008. Lo mismo sucedió con el informe solicitado por EEUU que finalmente se adoptó el 29 de agosto de 2008. Ambas partes apelaron los informes del GE. En la apelación que se analiza fueron pertinentes las siguientes constataciones y conclusiones del informe del GE solicitado por Ecuador:

> «En vista de las constataciones precedentes, el Grupo Especial rechaza la cuestión preliminar planteada por las Comunidades Europeas según la cual el Ecuador está impedido de impugnar el actual régimen de las Comunidades Europeas para la importación de bananos, incluida la preferencia para los países ACP, debido al Entendimiento sobre el banano firmado por ambos Miembros en abril de 2001»[976]; «c) El actual régimen de las Comunidades Europeas para la importación de bananos, en particular su contingente arancelario preferencial reservado para países ACP, es incompatible con el párrafo 1 y con la parte introductoria y el apartado d) del párrafo 2 del artículo XIII del GATT de 1994; d) El arancel aplicado por las Comunidades Europeas a las importaciones de bananos en régimen NMF, fijado en 176 euros por tonelada métrica, sin tomar en consideración el contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas métricas consolidado con un tipo arancelario dentro del contingente de 75 euros por tonelada métrica, constituye un Derecho de aduana propiamente dicho que excede del fijado en la Parte I de la Lista de las Comunidades Europeas. Ese arancel, por lo tanto, es incompatible con la

---

de gestión del contingente arancelario para la importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 230, de 24 de agosto de 2006); Reglamento (CE) nº 1789/2006 de la Comisión, de 5 de diciembre 2006, relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario de importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007 (DOUE, serie L, nº 339, de 6 de diciembre de 2006); Reglamento (CE) nº 34/2007 de la Comisión, de 16 de enero de 2007; Reglamento (CE) nº 47/2007 de la Comisión, de 19 de enero de 2007; y Reglamento (CE) nº 1549/2006 de la Comisión, de 17 de octubre de 2006 por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) no 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE, serie L, nº 274, de 18 de octubre de 2007).

[975] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfos. 16 - 17, pp. 9 - 10.

[976] Informe del GE solicitado por el Ecuador de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008, párrafo 8.1.

primera oración de apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT de 1994»[977]; «[e]l Grupo Especial recomienda que el Órgano de Solución de Diferencias pida a las Comunidades Europeas que pongan las medidas incompatibles en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994»[978].

Se sumaron en esta apelación las siguientes constataciones y recomendaciones del informe del GE solicitado por EEUU. Primero, la UE no había logrado acreditar *prima facie* que el Entendimiento sobre el banano, firmado entre ésta y los EEUU en abril de 2001, impidiese a los EEUU impugnar el régimen europeo para la importación de bananos, incluida la preferencia para los países ACP. Segundo, la UE no había conseguido establecer que la reclamación presentada por los EEUU de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD debiera ser rechazada, porque el régimen europeo para la importación de bananos, incluida la preferencia para los países ACP, no era una «medida destinada a cumplir» las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial[979]. Tercero, el régimen europeo para la importación de bananos, en particular su contingente arancelario preferencial reservado para países ACP, era también incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994[980]. Todo lo anterior hizo que el GE llegase a la conclusión de que, en la medida en que el régimen europeo para la importación de bananos contuviera medidas que eran incompatibles con diversas disposiciones del GATT de 1994, había anulado o menoscabado ventajas resultantes para los EEUU de dicho Acuerdo y dado que las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD en esta diferencia seguían estando vigentes en virtud de los resultados del actual procedimiento sobre el cumplimiento, el GE no hacía ninguna nueva recomendación[981].

El 28 de agosto de 2008, la UE notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su intención de apelar con respecto a determinadas cuestiones de Derecho tratadas en los informes de los grupos especiales solicitados por Ecuador y Estados Unidos e interpretaciones jurídicas formuladas en

[977] *Ibídem*, párrafos 8.2 c) y d).
[978] *Ibídem*, párrafo 8.5.
[979] Informe del GE solicitado por el EEUU de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008, párrafos 8.1 b) y c).
[980] *Ibídem*, párrafo 8.3 c).
[981] *Ibídem*, párrafos 8.12 y 8.13.

ellos y presentaron dos anuncios de apelación, de conformidad con la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación.

223. Apelación al segundo recurso del párrafo 5 del artículo 21 del ESD (Ecuador) y primer recurso de EEUU. El 4 de septiembre de 2008, la UE presentó una comunicación en cada una de las apelaciones. El 9 de septiembre de 2008, Ecuador notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, su intención de apelar con respecto a determinadas cuestiones de Derecho e interpretaciones jurídicas que figuran en el informe del GE solicitado por Ecuador y presentó un anuncio de otra apelación, de conformidad con los párrafos 1 y 2 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo. El 15 de septiembre de 2008, Ecuador presentó una comunicación en calidad de otro apelante. El 22 de septiembre de 2008 Ecuador, EEUU y la UE presentaron sendas comunicaciones del apelado.

Ecuador, la UE y EEUU solicitaron, el 29 de agosto de 2008, a la Sección que autorizara la observación de la audiencia por el público. Afirmaron que ni el ESD, ni los Procedimientos de trabajo, ni las Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias prohíben la observación de la audiencia por el público[982]. Los participantes manifestaron su preferencia por la transmisión por circuito cerrado de televisión en otra sala[983]. La audiencia de estas apelaciones se celebró los días 16 y 17 de octubre de 2008[984].

En el presente informe Ecuador planteó las siguientes cuestiones en apelación: a) en cuanto a las cuestiones de procedimiento: i) si el GE actuó de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 9 del ESD al mantener calendarios diferentes en los procedimientos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 entre la UE y Ecuador y entre la UE y Estados Unidos, respectivamente; y ii) si el GE incurrió en error al constatar que el Entendimiento sobre el banano no impedía al Ecuador iniciar el

[982] Las *Normas de conducta*, adoptadas por el OSD el 3 de diciembre de 1996 (*vide* el documento WT/DSB/RC/1), se incorporaron como anexo II a los *Procedimientos de trabajo* (*vide* los documentos WT/DSB/RC/2, WT/AB/WP/W/2).
[983] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 26, p. 14.
[984] *Ibídem*, pfo. 29, p. 14.

presente procedimiento sobre el cumplimiento; b) en cuanto al artículo XIII del GATT de 1994: i) si el GE incurrió en error al constatar que, en la medida en que la UE aduce que han aplicado una sugerencia hecha con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del ESD, nada impedía al GE llevar a cabo, conforme al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, la evaluación que había pedido el Ecuador; y que, en consecuencia, no era preciso que el GE evaluara si la UE ha aplicado efectivamente algunas de las sugerencias del primer GE sobre el cumplimiento solicitado por Ecuador; y ii) si el GE incurrió en error al constatar que el contingente arancelario libre de Derechos reservado para los bananos originarios de los países ACP era incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994; c) en cuanto al artículo II del GATT de 1994: i) si el GE incurrió en error al constatar que la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I constituyó un acuerdo ulterior entre las partes que dio lugar a una prórroga de la concesión de un contingente arancelario para los bananos, consignada en la Lista de la UE más allá del 31 de diciembre de 2002, hasta la reconsolidación del arancel de la UE aplicable a los bananos; ii) en caso de que el OA revoque la constatación del GE de que el acuerdo ulterior entre las partes dio lugar a una prórroga de la concesión de un contingente arancelario para los bananos más allá del 31 de diciembre de 2002 hasta la reconsolidación del arancel de la UE aplicable a los bananos, si el GE incurrió en error al constatar que la concesión por la UE de un contingente arancelario para los bananos estaba destinada a expirar el 31 de diciembre de 2002 de conformidad con el párrafo 9 del Acuerdo Marco para el Banano; iii) si el GE incurrió en error al constatar que el arancel aplicado por la UE a las importaciones de bananos NMF, fijado en 176 euros por tonelada métrica, sin tomar en consideración el contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas métricas consolidado con un tipo arancelario dentro del contingente de 75 euros por tonelada métrica, constituye un Derecho de aduana propiamente dicho que excede del fijado en la Lista de concesiones de la UE, y es en consecuencia incompatible con el párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994; y d) si el GE incurrió en error al constatar que la UE, al haber mantenido medidas incompatibles con distintas disposiciones del GATT de 1994, continúan anulando o menoscabando ventajas resultantes de ese Acuerdo para Ecuador[985].

[985] *Ibídem*, pfos. 183 - 184, pp. 73 - 74.

En el informe en apelación Estados Unidos amplió las cuestiones de procedimiento en relación con las planteadas por Ecuador (i) y ii)), así plantean: iii) si el GE incurrió en error al constatar que el régimen de la UE para la importación de bananos constituía una "medida destinada a cumplir" en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, y en consecuencia había sido debidamente sometida al GE; iv) si el GE incurrió en error al formular constataciones con respecto a una medida que había dejado de existir con posterioridad al establecimiento del Grupo Especial, pero antes de que éste emitiera su informe; y v) si el anuncio de apelación presentado por la UE cumple las prescripciones del párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación[986]. Estados Unidos plantearon cuestiones similares a las que estableció Ecuador en cuanto al artículo XIII del GATT de 1994 y no plantearon ninguna apelación en relación al artículo II del GATT de 1994[987].

224. Primer punto de la apelación: calendarios, párrafo 3 del artículo 9 del ESD. El OA abordó en primer lugar la cuestión de si el GE, al mantener calendarios diferentes para los procedimientos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD sustanciados entre la UE y Ecuador y entre la UE y los Estados Unidos respectivamente, actuó de forma incompatible con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9 del ESD[988]. El párrafo 3 del artículo 9 del ESD puede parecer formulado como una obligación; pero la palabra inglesa «*harmony*» («armonía») se define como una combinación o adaptación de las partes a fin de formar «un todo conjunto coherente y ordenado» («*a consistent and orderly whole*»)[989]. En contraste con la «sincronía», la «armonía» no exige una coincidencia exacta de los elementos en el tiempo. Por lo tanto, el OA consideró que el empleo del término «armonizará» en lugar de «sincronizará», en el párrafo 3 del artículo 9, confiere a los GE una apreciación de grado y viabilidad. Queda a cargo de los GE organizar las etapas del procedimiento de modo que se consiga que formen un conjunto coherente y ordenado. Aunque el empleo del futuro denota habitualmente una obligación, en este caso, si bien los GE deben tratar de armonizar, la apreciación de la medida en que ello resulta posible está dentro de sus facultades. No

[986] *Ibídem*, pfo. 185, p. 75.
[987] *Ibídem*, pfo. 185, pp. 75 - 76.
[988] *Ibídem*, pfos. 187 - 198, pp. 76 – 80.
[989] STEVENSON, A.; TRUMBLE, W. R. (ed.), *Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, volumen 1, página 1200 citado en *ibídem*, pfo. 192, p. 78.

consideramos que la «armonización» obligue, en los casos de múltiples procedimientos, a adoptar calendarios idénticos. A su entender, esta disposición responde a la preocupación práctica de que cada uno de los calendarios se establezca teniendo en cuenta los demás. La frase «en la medida en que sea posible», del párrafo 3 del artículo 9, también apoya la interpretación defendida por el OA. Esa frase figura como introducción de la cláusula principal de la oración. La expresión «en la medida en que sea posible» se refiere a los dos elementos de la cláusula principal -la elección de las mismas personas como integrantes de los grupos especiales y la armonización de sus procedimientos- y de ese modo se aplica a lo que deben hacer los grupos especiales para armonizar los calendarios. En consecuencia, el OA discrepaba de la interpretación de la UE según la cual el párrafo 3 del artículo 9 «no deja a los grupos especiales ningún margen discrecional al decidir si los calendarios deben armonizarse»[990]. Además, el OA observa que los párrafos 1 y 2 del artículo 12 del ESD otorgaban un margen de discrecionalidad a los GE para establecer sus procedimientos de trabajo[991].

Como este GE fue establecido en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el OA consideró que las obligaciones del párrafo 3 del artículo 9 del ESD deben interpretarse en el contexto del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que impone plazos reducidos. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD dispone que el GE distribuya su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si un GE del párrafo 5 del artículo 21 del ESD considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, debe notificarlo al OSD especificando los motivos del retraso e indicando el plazo en que estima podrá presentarlo. En contraste con esto, los párrafos 8 y 9 del artículo 12 del ESD prescriben que el procedimiento del grupo especial inicial «no excederá, por regla general, de seis meses» y en ningún caso «deberá exceder» (en inglés: «*should ... exceed*») de nueve meses. Se considera, en consecuencia, que el párrafo 5 del artículo 21 y, en particular, la obligación de distribuir el informe del grupo especial sobre el cumplimiento dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le

[990] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 193, p. 78.
[991] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 194, p. 78.

haya sometido el asunto, constituyen el marco de la discrecionalidad con que cuentan los grupos especiales sobre el cumplimiento[992].

A juicio del OA, la UE no indicó ningún aspecto concreto en el que se haya infringido su derecho a un procedimiento con las debidas garantías como consecuencia de la decisión del GE de mantener calendarios separados. La mera posibilidad de que los Derechos de la UE respecto de las garantías procesales resultasen afectados desfavorablemente por la decisión del GE de mantener calendarios separados en estas actuaciones no basta para establecer que el Derecho de la UE en materia de garantías procesales hayan resultado de hecho afectados. Por tanto, no hay fundamentos para terciar en el ejercicio por el GE de sus facultades de armonización, porque los actos del GE no infringieron el Derecho de la UE a un procedimiento con las debidas garantías. En consecuencia, el OA constata que el GE no actuó de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 9 del ESD al mantener calendarios diferentes en los dos procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 del ESD promovidos, respectivamente, por Ecuador y por Estados Unidos[993].

225. Segundo punto de la apelación: Entendimiento sobre el banano como soluciones mutuamente convenidas, párrafo 6 del artículo 3 del ESD. El OA se ocupa de la cuestión de si los Entendimientos sobre el banano, que la UE concertó con Estados Unidos y con Ecuador, impedían a los reclamantes iniciar el procedimiento sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD respecto del régimen de la UE para la importación de bananos establecido por el Reglamento (CE) nº 1964/2005, de 29 de noviembre de 2005 (en adelante, el «régimen de las CE para la importación de bananos»)[994].

Sobre la base de los párrafos 3, 4 y 7 del artículo 3 del ESD, el GE constató que los Entendimientos sobre el banano sólo podían impedir que los reclamantes

[992] *Ibídem*, pfo. 195, p. 79.
[993] *Ibídem*, pfos. 197 - 198, p. 80.
[994] *Ibídem*, pfos. 199 - 229, pp. 81 - 93. Estos párrafos se refieren a la siguiente normativa: Entendimiento sobre el banano entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, firmado el 11 de abril de 2001 (WT/DS27/59, G/C/W/270; WT/DS27/58, Apéndice 1), y Entendimiento sobre el banano entre las Comunidades Europeas y el Ecuador, firmado el 30 de abril de 2001 (WT/DS27/60, G/C/W/274; WT/DS27/58, Apéndice 2) y Reglamento (CE) nº 1964/2005 del Consejo, de 29 de noviembre de 2005, sobre los tipos arancelarios aplicables a los plátanos, Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L, nº 316 (2 de diciembre de 2005), página 1 (Pruebas documentales 1 presentadas por el Ecuador y por los Estados Unidos).

promovieran una impugnación sobre el cumplimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 si esos Entendimientos constituían «una solución positiva y eficaz de la respectiva diferencia»[995]. El GE constató que esa condición no se cumplía por las tres razones que siguen, tomadas en conjunto: a) los Entendimientos sobre el banano sólo establecen un medio, es decir, una serie de medidas futuras, para resolver y solventar la diferencia; b) la adopción de los Entendimientos sobre el banano fue posterior a recomendaciones, resoluciones y sugerencias del OSD; y c) las partes han hecho comunicaciones contradictorias a la OMC acerca del Entendimiento sobre el banano. El OA confirmó la primera razón emitida por el GE[996]. Sin embargo, no estaba de acuerdo con el segundo razonamiento del GE porque no hay en el párrafo 7 del artículo 3, ni en ningún otro lugar del ESD, ninguna disposición que impida a las partes en una diferencia llegar a una solución que impida recurrir al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 después de la adopción de recomendaciones y resoluciones por el OSD. De hecho, el párrafo 8 del artículo 22 del ESD estipula que la suspensión de concesiones sólo se aplicará hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. Por lo tanto, el propio ESD prevé claramente la posibilidad de concertar soluciones mutuamente convenidas después de que el OSD haya formulado recomendaciones y resoluciones. El OA no consideraba que la circunstancia de que los Entendimientos sólo se hayan concertado después de que el OSD haya formulado recomendaciones y resoluciones ayude a determinar si los Entendimientos impiden o no que las partes inicien un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21[997]. La tercera razón en que se apoyó el GE es que las partes habían hecho declaraciones contradictorias en la reunión del OSD acerca de la naturaleza jurídica de los Entendimientos después de la firma de éstos[998]. En relación con este último razonamiento del GE, el OA llegó a la conclusión de que el GE incurrió en error al conceder a las declaraciones contradictorias de las partes en la reunión del OSD la importancia que les concedió, porque lo que debía haber hecho era hacer una interpretación del texto de los Entendimientos. Tras constatar, sobre la base de la

[995] Informe del GE solicitado por el Ecuador, párrafo 7.75 y párrafo 7.107. *Vide* también el informe del GE solicitado por los Estados Unidos, párrafo 7.105 y párrafo 7.76.
[996] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 214, p. 87.
[997] *Ibídem*, pfo. 215, p. 87.
[998] *Ibídem*, pfo. 216, p. 87.

interpretación del texto de los Entendimientos, que éstos no contenían una renuncia al Derecho de promover el procedimiento sobre el cumplimiento, el OA llegaba a la misma conclusión que el GE, en el párrafo 7.136 del informe del GE solicitado por Ecuador y en el párrafo 7.165 del informe del GE solicitado por Estados Unidos, a saber, que los Entendimientos sobre el banano no impedían a los reclamantes iniciar el presente procedimiento[999].

Respecto a los Entendimientos sobre el banano el OA concluyó señalando que, con independencia del tipo de procedimiento, si un Miembro de la OMC no ha manifestado con claridad que no presentará una reclamación con respecto a una determinada medida, no se puede considerar que no haya actuado de buena fe si impugna esa medida. En los presentes casos, si se considerara que la preclusión impide a los reclamantes iniciar estos procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, esa preclusión habría que atribuirla a una manifestación realizada al margen del Entendimiento sobre el banano. Sin embargo, no es éste el caso. Por lo tanto, se consideró que Estados Unidos y Ecuador actuaron de buena fe al solicitar la iniciación de procedimientos sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD[1000].

226. Tercer punto en la apelación: medida a cumplir (Estados Unidos). El OA examina la apelación de la UE contra la constatación del GE de que el régimen de la UE para la importación de bananos constituía una «medida destinada a cumplir» en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y por lo tanto había sido sometida debidamente al GE. La UE apeló contra esta constatación únicamente en el procedimiento iniciado por Estados Unidos[1001].

Con respecto a si el régimen de la UE para la importación de bananos era en sí mismo una medida destinada a cumplir, el Reglamento (CE) nº 1964/2005, el GE examinó el proceso llevado a cabo por la UE para cumplir las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD mediante la adopción, el 1 de enero de 1999, del Reglamento (CE) nº 1637/98 del Consejo, y del Reglamento (CE) nº 2362/98 de la

[999] *Ibídem*, pfo. 222, p. 89.
[1000] *Ibídem*, pfo. 228, p. 92.
[1001] *Ibídem*, pfo. 230, p. 94.

Comisión[1002]. El Grupo Especial se refirió también a la Decisión de los Árbitros en la diferencia *CE - Banano III* (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE), al informe del GE en el asunto *CE - Banano III* (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador) y al informe del Grupo Especial en el asunto *CE - Banano III* (párrafo 5 del artículo 21 - CE) y llegó a la conclusión de que en esos procedimientos se había demostrado que la UE no había cumplido las recomendaciones y resoluciones iniciales adoptadas por el OSD en 1997 en la diferencia de bananos (DS27)[1003].

El análisis del OA comenzaba con la cuestión de si la medida en litigio en ese caso era en sí misma una medida destinada a cumplir. En caso de que se constate que la medida en litigio no constituye en sí misma una medida destinada a cumplir, pasaremos a analizar la cuestión de si existe una «relación especialmente estrecha» entre la medida en litigio y la medida destinada a cumplir declarada, lo que justificaría someter la medida en litigio al ámbito de aplicación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD[1004]. El OA constata que el Reglamento (CE) nº 1964/2005 es en sí mismo una «medida destinada a cumplir» en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Por lo tanto, en sentido estricto, no tendría que evaluar si el régimen de la UE para la importación de bananos estaba comprendido en el ámbito de aplicación del párrafo 5 del artículo 21 debido a una «relación especialmente estrecha» con la medida destinada a cumplir declarada -es decir, el régimen de la UE de 2002-2005 para la importación de bananos- y con las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD[1005]. No obstante, como el GE formuló constataciones a este respecto, y dado que las partes presentan varios argumentos relacionados con ellas, examina brevemente esas constataciones adicionales y concluye constatando que el régimen de la UE para la importación de bananos constituía, en sí mismo, una «medida destinada a cumplir». En consecuencia, el OA confirmó, aunque por razones distintas, la constatación del GE, que figura en el párrafo 7.531 del informe del GE solicitado por Estados Unidos, de que el régimen de las CE para la importación de bananos, establecido en el Reglamento nº 1964/2005 de las CE y los reglamentos de aplicación, constituía una medida destinada a cumplir por lo que

[1002] Reglamento (CE) nº 1637/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998, *op. cit.*; Reglamento (CE) nº 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, *op. cit.*
[1003] Informe del GE solicitado por los Estados Unidos, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008, párrafo 7.352 citado en *ibídem*, pfo. 232, pp. 93 - 94.
[1004] *Ibídem*, pfo. 245, p. 98.
[1005] *Ibídem*, pfo. 252, p. 101.

había sido sometido debidamente al GE en el presente procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y no se debía iniciar otra diferencia sino seguir en la resolución de la diferencia que nos ocupa[1006].

227. Cuarto punto en la apelación: Derogación de la medida impugnada (Estados Unidos). El OA analiza si el GE incurrió en error, en el asunto planteado por Estados Unidos[1007], al no haber tenido en cuenta la derogación del Reglamento (CE) nº 1964/2005 por el Reglamento (CE) nº 1528/2007[1008]. En la presente apelación, el Reglamento (CE) nº 1964/2005 seguía estando en vigor cuando se estableció el GE y únicamente expiró hacia el final del procedimiento del GE[1009]. El ESD no prohíbe a un GE que formule constataciones con respecto a medias que expiren en el curso de las actuaciones [1010] . El OA considera que la declaración del GE de que las «recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD en esta diferencia siguen estando vigentes» no fue incorrecta. Las recomendaciones y resoluciones del OSD derivadas del procedimiento inicial siguen estando vigentes hasta que la UE logre el cumplimiento sustantivo. La declaración del GE no afecta en modo alguno a la naturaleza jurídica de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia inicial. Por lo tanto, constata que el GE no incurrió en error al formular constataciones con respecto a una medida que había dejado de existir después del establecimiento del GE, pero antes de que éste emitiera su informe[1011].

228. Apelación respecto del artículo XIII del GATT de 1994 (Ecuador y Estados Unidos). La UE modificó su régimen para la importación de bananos para aplicar el artículo XIII del GATT de 1994, Reglamento (CE) nº 216/2001, Reglamento (CE) nº 2587/2001, Reglamento (CE) nº 1964/2005, Reglamento (CE) nº 1528/2007.

[1006] *Ibídem*, pfos. 252 - 260, pp. 101 - 104.
[1007] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Recurso de los EEUU al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008, párrafo 6.42.
[1008] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfos. 261 - 262, p. 104.
[1009] *Ibídem*, pfo. 269, p. 107.
[1010] *Ibídem*, pfos. 269 - 270, pp. 107 - 108.
[1011] *Ibídem*, pfo. 273, pp. 109.

Sin embargo, Ecuador y Estados Unidos consideran el Reglamento (CE) nº 1964/2005 incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994[1012].

El GE de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD recogió en su informe una serie de recomendaciones en relación con la forma de llevar a cabo la aplicación de las resoluciones y recomendaciones[1013]. El OA señala que las sugerencias formuladas por los GE o por el OA de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD en relación con la forma de llevar a cabo la aplicación forman parte de los informes de los grupos especiales o del OA adoptados por el OSD en procedimientos anteriores. El ESD no aborda expresamente la cuestión del valor jurídico de las sugerencias que forman parte de los informes adoptados por el OSD, ni especifica las consecuencias jurídicas cuando un Miembro decide aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD siguiendo una sugerencia de aplicación. Los Miembros pueden optar o no por seguir una sugerencia. La utilización de la palabra «podría» en el párrafo 1 del artículo 19 del ESD aclara que los Miembros no están obligados a seguir las sugerencias de aplicación[1014]. Sin embargo, el OA recuerda que las sugerencias formuladas con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 no son en sí mismas el objeto de examen de los grupos especiales sobre el cumplimiento. Por consiguiente, lo que importa en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 es si el resultado de la aplicación, independientemente de los medios que se elijan, da lugar a un cumplimiento sustantivo de las recomendaciones y resoluciones del OSD[1015]. Las sugerencias formuladas por los grupos especiales o por el OA pueden proporcionar una orientación útil y servir de ayuda a los Miembros, además de facilitar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, en particular en casos complejos. Sin embargo, el hecho de que un Miembro haya decidido seguir una sugerencia no da lugar

[1012] *Ibídem*, pfos. 294 - 298, pp. 116 - 118.
[1013] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008; Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso de EEUU al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008.
[1014] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 321, pp. 127.
[1015] *Ibídem*, pfos. 322 - 323, pp. 127 - 128.

a una presunción de cumplimiento en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21[1016].

En estas circunstancias, el OA consideró que el GE no incurrió en error cuando decidió examinar si el régimen de la UE para la importación de bananos era compatible con los acuerdos abarcados, en lugar de examinar si habían cumplido las sugerencias sobre la aplicación formuladas por el primer GE de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 solicitado por el Ecuador[1017]. Por consiguiente el OA confirmó la constatación del GE, expuesta en los párrafos 7.263 y 7.265 del informe del GE solicitado por el Ecuador, de que, en la medida en que la UE aducía que había aplicado una sugerencia de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, nada impedía al GE llevar a cabo, conforme al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, la evaluación solicitada por Ecuador; y de que, en consecuencia, no era preciso que el GE evaluara si la UE había aplicado efectivamente alguna de las sugerencias del primer GE sobre el cumplimiento solicitado por el Ecuador[1018].

En relación con la incompatibilidad de los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994 con el régimen europeo de la importación del banano, fundamentalmente el Reglamento (CE) nº 1964/2005, el GE en el procedimiento inicial constató que los contingentes arancelarios no son «restricciones cuantitativas *per se*» y que las normas del GATT los permiten, pero «según se desprende claramente del párrafo 5 del artículo XIII (...) el artículo XIII es aplicable a la administración de los contingentes arancelarios»[1019]. El OA constató que «aunque tanto el artículo I como el artículo XIII del GATT de 1994 son disposiciones de no discriminación, la relación entre ellos no es de tal naturaleza que una dispensa de las obligaciones derivadas del artículo I lleve aparejada una dispensa de las obligaciones derivadas del artículo XIII», y que, por tanto, la Exención relativa al Convenio de Lomé de la aplicación del artículo I no eximía al régimen de la UE de la incompatibilidad con el artículo XIII del

[1016] *Ibídem*, pfo. 325, p. 129.
[1017] *Ibídem*, pfo. 326, p. 129.
[1018] *Ibídem*, pfo. 327, pp. 129 - 130.
[1019] Informe del GE de la diferencia CE – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación del Ecuador –, WT/DS27/R/ECU; Reclamación de los Estados Unidos – Informe del GE, WT/DS27/R/USA de 22 de mayo de 1997, párrafo 7.68 en ambos informes.

contingente arancelario libre de Derechos aplicable a los países ACP en ese momento[1020].

Por último, el OA señala que el primer GE de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 solicitado por Ecuador constató que «la reserva de la cantidad de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP en el marco del régimen revisado es incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT»[1021]. El OA estaba de acuerdo con el GE en que la principal diferencia entre el régimen de contingente arancelario examinado por el primer GE de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 solicitado por Ecuador y el régimen de las CE para la importación de bananos en litigio en el presente procedimiento es el nivel de la limitación cuantitativa (857.700 toneladas métricas frente a 775.000 toneladas métricas de importaciones libres de Derechos)[1022]. Sin embargo, esta diferencia no era pertinente a la cuestión de si es aplicable el artículo XIII[1023]. En conclusión, el OA recordaba que el GE constató que el régimen de la UE para la importación de bananos era incompatible con el párrafo 1 del artículo I y con el artículo XIII del GATT de 1994, y que tanto la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I como la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo XIII expiraron el 31 de diciembre de 2005. El OA observó que la UE no apeló las constataciones del GE relativas al párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 y la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I, ni cuestiono que la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo XIII expirase el 31 de diciembre de 2005. Por consiguiente, la UE no cuestionó en apelación que el contingente arancelario ACP con un Derecho nulo sea incompatible con el párrafo 1 del artículo I y que no estuviese amparado por una exención adecuada. Considerando que, en virtud del párrafo 5 del artículo XIII, todo contingente arancelario está sujeto a las disciplinas del artículo XIII, y por las razones expuestas, el OA concluye que el contingente arancelario libre de

[1020] Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997, párrafo 183.
[1021] Informe del GE de la diferencia CE – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación del Ecuador –, WT/DS27/R/ECU de 22 de mayo de 1997, párrafo 6.29.
[1022] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008, párrafo 7.304; Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso de EEUU al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008, párrafo 7.659.
[1023] Informe del Órgano de Apelación segundo recurso de Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2/ECU; recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 352, p. 139.

Derechos para los países ACP es también incompatible con el párrafo 1 y con la parte introductoria y el apartado d) del párrafo 2 del artículo XIII del GATT de 1994 y confirma las constataciones del GE[1024].

229. Apelación respecto del artículo II del GATT de 1994 (Ecuador). La apelación en torno a la compatibilidad o no de las Listas de concesiones de la UE con el artículo II del GATT de 1994 y la concesión por la UE de un contingente arancelario para los bananos debía expirar el 31 de diciembre de 2002 de conformidad con el párrafo 9 del Acuerdo Marco para el Banano anexo a la Lista de concesiones de la UE. En este punto el OA revisó la apelación de la UE contra la constatación del Grupo Especial de que, mediante la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I, los Miembros de la OMC acordaron prorrogar más allá del 31 de diciembre de 2002 la concesión del contingente arancelario (a un nivel de 2,2 millones de toneladas métricas, con un tipo dentro del contingente de 75 euros por tonelada métrica) en la Lista de concesiones de la UE; y la apelación de la UE contra la constatación consiguiente del GE de que el arancel de 176 euros por tonelada métrica aplicado por la UE a las importaciones de bananos NMF es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994 porque excede de las consolidaciones arancelarias para los bananos[1025]. Después se examina la otra apelación de Ecuador contra la constatación del GE de que la concesión por la UE de un contingente arancelario para los bananos debía expirar el 31 de diciembre de 2002 de conformidad con el párrafo 9 del Acuerdo Marco para el Banano anexo a la Lista de concesiones de la UE[1026].

El GE llegó a conclusiones que se recogen en las líneas subsiguientes[1027]. El GE observó que el contingente arancelario consolidado de 2,2 millones de toneladas métricas y el tipo arancelario dentro del contingente de 75 euros por tonelada métrica en la Lista de la UE estaba sujeto a los términos y condiciones «según lo indicado en el

[1024] *Ibídem*, pfos. 353 - 354, pp. 139 - 140.
[1025] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008, párrafos 7.492 y 7.504.
[1026] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfos. 363 - 365, pp. 142 - 143.
[1027] *Ibídem*, pfos. 367 - 370, pp. 144 - 146.

Anexo»[1028]. El Anexo contenía el Acuerdo Marco para el Banano, en cuyo párrafo 9 se estipulaba que «este acuerdo se aplicará hasta el 31 de diciembre de 2002». El GE observó asimismo que el párrafo 1 b) del artículo II permite a los Miembros establecer «condiciones o cláusulas especiales» en las concesiones arancelarias que figuran en sus Listas, y que «ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC impediría a un Miembro establecer cláusulas especiales para una concesión consignada en su Lista sujetándola a una fecha de expiración»[1029]. El GE constató, por tanto, que el contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas métricas con un tipo arancelario consolidado de 75 euros por tonelada métrica en la Lista de la UE estaba inequívocamente destinado a expirar el 31 de diciembre de 2002[1030]. Sin embargo, el GE constató seguidamente que, al adoptar la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I, «los Miembros de la OMC acordaron prorrogar la duración de la concesión por las Comunidades Europeas de un contingente arancelario para los bananos más allá del 31 de diciembre de 2002» y «hasta que se completaran las negociaciones previstas en el artículo XXVIII a los efectos de la reconsolidación del arancel de las Comunidades Europeas aplicables a los bananos»[1031].

El GE estimó que la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I, «en cuanto se refiere a los compromisos de las Comunidades Europeas en el marco de la OMC en materia de acceso a los mercados para el banano, constituye un "acuerdo ulterior entre las partes" en el Acuerdo Marco para el Banano (es decir, los Miembros de la OMC), acerca de la aplicación de las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC en lo relativo a esos compromisos de acceso a los mercados», que no se podía desconocer «para verificar la intención común de los Miembros de la OMC acerca de los compromisos de las Comunidades Europeas en el marco de la OMC sobre acceso a los mercados en relación con el banano»[1032]. A ese respecto, el GE constató que en la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I «se reconoce la intención común de los Miembros de la OMC de que, hasta la entrada en vigor del nuevo régimen

[1028] CE – Régimen para la importación, venta y distribución de banano – Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD - Informe del GE solicitado por el Ecuador, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008, párrafo 7.421.
[1029] *Ibídem*, párrafos. 7.423 y 7.429.
[1030] *Ibídem*, párrafo 7.436.
[1031] *Ibídem*, párrafo 7.446.
[1032] *Ibídem*, párrafo 7.443.

exclusivamente arancelario de las Comunidades Europeas, el arancel aplicado a los bananos dentro del contingente "no será superior a 75 euros por tonelada métrica" así como la intención común de que cualquier reconsolidación del arancel de las Comunidades Europeas para el banano conforme al procedimiento del artículo XXVIII del GATT "deberá tener como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF"»[1033].

El GE también recurrió a medios de interpretación complementarios, en el sentido del artículo 32 de la CVDT, para confirmar la conclusión a la que había llegado «acerca de la intención común de los Miembros de la OMC: que la concesión por la UE de un contingente arancelario para los bananos permaneciera en vigor, en lo sustancial, mientras no se hubiera efectuado una reconsolidación ulterior de su arancel para los bananos»[1034]. El GE constató, en particular, que los siguientes elementos confirmaban sus constataciones sobre los compromisos de la UE con respecto al acceso a los mercados para los bananos. Primero, el «Documento sobre las Modalidades» para las negociaciones sobre acceso a los mercados de los productos agrícolas «obligab[a] a consolidar contingentes arancelarios en una cantidad y con un nivel de Derechos suficientes para permitir un acceso por lo menos equivalente al que había existido en el período de base» [1035] . Segundo, las Comunidades Europeas habían iniciado negociaciones de conformidad con el artículo XXVIII del GATT de 1994, que eran necesarias para aumentar la consolidación arancelaria (del nivel dentro del contingente de 75 euros por tonelada métrica) y no para reducirlo (del nivel fuera del contingente de 680 euros por tonelada métrica)[1036]. Tercero, en el primer laudo arbitral emitido con arreglo al procedimiento previsto en el «Anexo sobre el banano» de la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I se indicaba que la Lista de concesiones de

[1033] *Ibídem*, párrafo 7.444.
[1034] *Ibídem*, párrafo 7.478.
[1035] Segunda comunicación escrita del Ecuador al Grupo Especial, párrafo 59. El «Documento sobre modalidades» se refiere al Modalidades para el establecimiento de compromisos vinculantes específicos, Nota del Presidente del Grupo de Negociación sobre el Acceso a los Mercados, MTN.GNG/MA/W/24, 20 de diciembre de 1993.
[1036] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008, párrafo 7.485.

la UE incluía un contingente de 2,2 millones de toneladas métricas con un tipo arancelario fuera del contingente de 75 euros por tonelada métrica[1037].

El OA revocó la constatación del GE de que, mediante la Exención de Doha respecto de la aplicación del artículo I, los Miembros de la OMC convinieron en prorrogar la concesión del contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas métricas consolidado con el tipo arancelario dentro del contingente de 75 euros por tonelada métrica de la Lista de concesiones de la UE más allá del 31 de diciembre de 2002. Revocó también la constatación del GE de que esa concesión del contingente arancelario estaba destinada a expirar el 31 de diciembre de 2002 de conformidad con el párrafo 9 del Acuerdo Marco para el Banano y constató, en lugar de ello, que la concesión por la UE del contingente arancelario sigue en vigor hasta que hayan terminado el proceso de reconsolidación y las negociaciones en virtud del artículo XXVIII y que el tipo arancelario resultante haya quedado consolidado en la Lista de la UE[1038]. En consecuencia, el OA confirmó la constatación del GE, recogida en el párrafo 7.504 del informe del GE solicitado por Ecuador, de que el arancel aplicado por la UE a las importaciones de bananos NMF, fijado en 176 euros por tonelada métrica, sin tomar en consideración el contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas métricas consolidado con un tipo arancelario dentro del contingente de 75 euros por tonelada métrica, es incompatible con la primera oración del apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT de 1994, en la medida en que constituye «un Derecho de aduana propiamente dicho que excede del fijado en la Parte I de la Lista de las Comunidades Europeas y que tiene como resultado un trato para el comercio de bananos con los países NMF (es decir, los Miembros de la OMC que no son países ACP) menos favorable que el previsto en la Parte I de la Lista de las Comunidades Europeas»[1039].

230. Final de la diferencia de bananos. Finalmente, el conjunto de las diferencias de bananos concluyeron mediante una solución mutuamente convenida de conformidad con el párrafo 6 del artículo 3 del ESD, que las partes notificaron al OSD el 8 de noviembre de 2012 (WT/L/784 de 15 de diciembre de 2009). El Acuerdo de

[1037] *Ibídem*, párrafo 7.491.
[1038] Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008, pfo. 454, p. 178.
[1039] *Ibídem*, pfo. 455, pp. 178 - 179.

Ginebra sobre el Comercio de Bananos supuso el final de todas las diferencias relativas al sector del plátano dentro de la UE analizadas *supra*. Sin embargo, este acuerdo no afecta al Derecho de cualquier parte a iniciar un nuevo procedimiento de solución de diferencias en el marco del ESD ni a los Derechos futuros en el marco de los procedimientos de los artículos XXIV y XXVIII del GATT de 1994[1040].

La entrada en vigor del Acuerdo de Ginebra sobre el Comercio de Bananos se aplazó para dotar los signatarios del mismo del tiempo requerido para implementarlo en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos[1041]. Tras la implementación interna era necesaria una notificación posterior al Director General de la Organización para el control del cumplimiento. El propio acuerdo recogía una sucesión cronológica que orienta la adaptación prolongada en el tiempo del Derecho de la Unión al Derecho de la OMC:

> «3. La UE conviene en lo siguiente: a) Sin perjuicio de lo estipulado en la letra b), la UE aplicará a los bananos aranceles no superiores a los que a continuación se indican[1042]: del 15 de diciembre de 2009 al 31 de diciembre de 2010 148 EUR/t; 1 de enero de 2011 143 EUR/t; 1 de enero de 2012 136 EUR/t; 1 de enero de 2013 132 EUR/t; 1 de enero de 2014 127 EUR/t; 1 de enero de 2015 122 EUR/t; 1 de enero de 2016 117 EUR/t; 1 de enero de 2017 114 EUR/t; b) Si al 31 de diciembre de 2013 no se hubieran establecido las Modalidades de Doha[1043], los recortes arancelarios previstos en el punto 3, letra a), se aplazarán hasta su establecimiento. En ningún caso ese aplazamiento se prolongará más allá del 31 de diciembre de 2015. El tipo arancelario aplicable durante ese aplazamiento será de 132 EUR/t. Una vez que haya expirado el plazo de dos años, o inmediatamente después de que se hayan establecido las Modalidades de Doha, si se establecen antes, el tipo arancelario será de 127 EUR/t. Los aranceles aplicables durante los tres años siguientes, a partir del 1 de enero de cada año, no serán superiores a 122 EUR/t, 117 EUR/t

[1040] Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de bananos - Comunicación del Brasil, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, el Perú, la República Bolivariana de Venezuela y la Unión Europea, WT/L/784 de 15 de diciembre de 2009, para. 5.
[1041] *Ibídem*, para. 8.a).
[1042] A la firma del presente Acuerdo, la UE aplicará retroactivamente el (los) arancel(es) indicado(s) en el punto 3, letra a), durante el período comprendido entre el 15 de diciembre de 2009 y la fecha de la firma. Las autoridades aduaneras competentes, previa petición, reembolsarán los Derechos pagados en exceso de la cuantía estipulada en la presente disposición.
[1043] A efectos del presente Acuerdo, las Modalidades de Doha suponen que se haya alcanzado en el Comité de Negociaciones Comerciales un consenso para proceder a la consignación en listas en las negociaciones sobre la agricultura y el acceso a los mercados de los productos no agrícolas.

y 114 EUR/t, respectivamente; c) La UE mantendrá un régimen basado exclusivamente en Derechos NMF para la importación de bananos[1044]».

Atendiendo a la tipología de implementación propuesta en la presente investigación se puede considerar que la diferencia de bananos finalmente se ha implementado de una manera determinada, perfecta y exitosa por parte de la UE con lo que la interconexión entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la Unión se ha desarrollado de una manera pacífica. Durante el tiempo que se prolongó la solución de la diferencia en el marco del SSD se mantuvo una interconexión constante entre el Derecho de la Organización y el ordenamiento jurídico de la Unión por los sucesivos cambios legislativos dentro de la UE sobre la regulación del comercio del sector del plátano. Interconexión que se mantendrá también en el proceso de implementación del Acuerdo de Ginebra sobre el Comercio de Bananos.

2. La diferencia de focas desde la perspectiva de la UE

231. La interconexión de ordenamientos jurídicos en la diferencia de focas. El análisis de la diferencia de focas constituye un contrapunto a las diferencias analizadas *supra* ya que este caso parece que refuerza las vías de implementación determinada, perfecta y exitosa y por tanto simplifica la interconexión entre ordenamientos jurídicos en la línea del efecto «indirecto» expuesto ya en la presente investigación.

232. El encaje entre el SSD y el poder judicial de la UE en la diferencia de focas. A continuación se propone un cuadro para resaltar los puntos procesales paradigmáticos de la diferencia de focas dentro del ESD y su enlace con las acciones llevadas a cabo dentro de la UE. En este caso, en la columna de la derecha no se van a incluir un listado de «asuntos ante la justicia de la UE» ya que no existen asuntos suscitados ante la justicia europea donde se reclame el efecto directo de los informes adoptados por el OSD tal y como sucedió en la diferencia de bananos[1045]. En relación

[1044] No se interpretará que esta disposición autoriza la aplicación a los bananos de medidas no arancelarias incompatibles con las obligaciones de la UE en el marco de los Acuerdos de la OMC.

[1045] Esta circunstancia se ha dado también en relación con la diferencia de aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (DS291, DS292 y DS293) donde aunque se han suscitado numerosos asuntos ante la justicia europea sobre los organimos genéticamente modificados en ellos no se tienen en cuenta las diferencias suscitadas en la OMC. La única referencia que se ha hecho a dichas diferencias en estos asuntos en debe a una nota a pie de página de la Sr. Eleanor SHARPSTON en sus conclusiones

con la regulación europea sobre el comercio de productos derivados de la foca se han iniciado asuntos donde se reclama directamente la anulación de dicha normativa. En la columna de la derecha se incluyen los cambios legislativos en dicha normativa tras ser declarada como inconsistente con el Derecho de la OMC por su OA bajo la rúbrica de «acciones dentro del marco de la UE» y encajarán cronológicamente en el cuadro siguiendo la columna de la izquierda donde se recogerán los puntos procesales fundamentales de la diferencia de focas en el marco del ESD.

ESD de la OMC	Acciones dentro del marco de la UE
DS400, DS401 - 5 de noviembre de 2009 - Recepción de la solicitud de celebración de consultas.	
	Medidas controvertidas: Reglamento (CE) nº 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el comercio de productos derivados de la foca (DO L 286, p. 36) y Reglamento (UE) nº 737/2010 de la Comisión, de 10 de agosto de 2010, por el que se establecen disposiciones específicas de aplicación del Reglamento (CE) nº 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el comercio de productos derivados de la foca (DO L 216, p. 1).

genales para descatar un gráfico del Anexo A-2 del informe del GE que explica el régimen europeo sobre esta material, CE - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos - Informe del GE, WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R de26 de junio de 2007. Dicha referencia de la AG se encuentra en Asuntos acumulados C-439/05 P y C-454/05 P, *Land Oberösterreich y República de Austria v. Comisión de las Comunidades Europeas*, Conclusiones del Abogado General Sra. Eleanor SHARPSTON 15 mayo 2007 [ECLI:EU:C:2007:285], nota a pie de página 3.

	Asunto T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Auto del TG 6 septiembre 2011 [ECLI:EU:T:2011:419].
	Asunto T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Comisión Europea*, STG 25 abril 2013 [ECLI:EU:T:2013:215].
	Asunto C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, STJUE 3 octubre 2013 [ECLI:EU:C:2013:625].
	Asunto pendiente C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Comisión Europea* [Recurso de casación interpuesto el 12 de julio de 2013: asunto ante el Tribunal General T-526/10].
DS400, DS401 - 25 de noviembre de 2013 - Distribución del informe del GE.	
DS400, DS401 - 22 de mayo de 2014 - Distribución del informe del OA.	
DS400, DS401 - 5 de septiembre de 2014 - Acuerdo entre las partes sobre el plazo prudencial (18 de octubre de 2015).	
	Propuesta de la Comisión Europea para la modificación del Reglamento (CE) nº 1007/2009 del Parlamento Europeo y del

	Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el comercio de productos derivados de la foca de 6 de febrero de 2015.

233. Proceso principal de la diferencia de focas en el marco del SSD. La diferencia de focas se inició por la supuesta inconsistencia del régimen europeo de para los productos derivados de las focas, concretamente, el Reglamento (CE) nº 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el comercio de productos derivados de la foca, adoptado el 16 de septiembre de 2009, por el que se establece un régimen armonizado de las CE para la importación y comercialización de productos derivados de las focas ; y toda medida conexa adoptada por la UE o sus Estados miembros por la que se orienten, modifiquen, complementen, sustituyan y/o apliquen las normas establecidas en el Reglamento, con independencia de que haya sido adoptada o no en virtud del Reglamento[1046].

La problemática en relación con la normativa europea para los productos derivados de las focas generó la solicitud de un recuso de la anulación del Reglamento (CE) nº 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el comercio de productos derivados de la foca (DO L 286, p. 36) por parte de las empresas Inuit Tapiriit Kanatami y otras dedicadas al sentirse afectadas y perjudicadas por la legislación europea. El TG declaró la inadmisibilidad del recurso por considerar que el citado Reglamento no afectaba directamente a las partes demandantes[1047]. La aprobación del Reglamento (UE) nº 737/2010 de la Comisión, de 10 de agosto de 2010, por el que se establecen disposiciones específicas de aplicación del Reglamento (CE) nº 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el comercio de productos derivados de la foca (DO L 216, p. 1) originó un nuevo asunto ante la justicia europea donde las mismas empresas que en el caso anterior reclamaban la anulación de esta

[1046] Solicitud de celebración de consultas presentada por Canadá de la diferencia CE - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS400/1; G/L/909; G/TBT/D/36; G/AG/GEN/87 de 4 de noviembre de 2009; y Solicitud de celebración de consultas presentada por Noruega de la diferencia CE - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS401/1; G/L/912 G/TBT/D/37; G/AG/GEN/88 de 10 de noviembre de 2009.

[1047] Asunto T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Parlamanteo Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Auto del TG 6 septiembre 2011 [ECLI:EU:T:2011:419]. Este asunto fue recurrido en casación y el TJUE lo desestimo, Asunto C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, STJUE 3 octubre 2013 [ECLI:EU:C:2013:625].

nueva legislación europea y en el que el TG se pronunció en la misma línea que el asunto citado *supra*[1048]. En ambos asuntos las partes no se remitieron a la posible inconsistencia de los Reglamentos impugnados con el Derecho de la OMC. Sin embargo, la sola oposición del conjunto de empresa que formaban la parte demandante es una prueba suficiente para entender el alcance y las implicaciones internacionales de la normativa europea y el malestar que ésta generaba en empresas y Estados competidores en el sector del comercio de productos derivados de las focas como Canadá y Noruega.

234. Informe del GE y del OA. En su reunión de 21 de abril de 2011, el OSD estableció un GE. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 del ESD con respecto a la pluralidad de partes reclamantes, el OSD acordó que el GE establecido en su reunión de 25 de marzo de 2011 para examinar la reclamación presentada por el Canadá (DS400) examinaría la reclamación presentada por Noruega (DS401)[1049]. El informe del OA concluyó declarando la inconsistencia de la normativa europea con respecto al Acuerdo OTC y al GATT de 1994 y el OSD en su reunión el 18 de junio de 2014 adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación[1050].

235. Plazo prudencial de cumplimiento. El 18 de octubre de 2015 ha sido el plazo prudencial de cumplimiento acordado por las partes de la diferencia. El 6 de febrero de 2015 la Comisión europea ha presentado una propuesta para la modificación del Reglamento (CE) nº 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el comercio de productos derivados de la foca para adaptar la legislación europea sobre esta material al Derecho de la OMC. En el contexto de la propuesta («*Explanatory memorandum*») la Comisión se ha remitido a la diferencia de focas (DS400 y DS401) para justificar la orientación de esta modificación legislativa

[1048] Asunto T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Comisión Europea*, STG 25 abril 2013 [ECLI:EU:T:2013:215]. Este asunto está pendiente de un recurso de casación interpuesto el 12 de julio de 2013, asunto pendiente C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Comisión Europea* (última revisión, 5 de marzo de 2015).

[1049] Constitución del GE establecido a petición del Canadá y Noruega de la diferencia CE - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas - Nota de la Secretaría, WT/DS400/5; WT/DS401/6 de 5 de octubre de 2012.

[1050] Informes del OA e informes del GE - Actuación del OSD de la diferencia CE - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS400/13; WT/DS401/14 de 19 de junio de 2014.

dentro de la Unión. Sin embargo, habrá que atender a la redacción definitiva del Reglamento modificado porque parece que sólo en caso de que éste se remita explícitamente se remita a la diferencia de focas se podría entender dentro de las excepciones de la jurisprudencia *Nakajima*/*Fediol* para reconocer efecto directo al informe del OA.

236. Hipótesis sobre el final de la diferencia de focas. El momento actual de la diferencia de focas la sitúa dentro del punto «8. Informe(s) adoptado(s) con la recomendación de poner la medida(s) en conformidad» de la clasificación propuesta *supra* sobre los momentos en que se puede poner fin a una diferencia y por tanto se ubica dentro de lo que se ha denominado una implementación «problemática». Sin embargo, la actividad legislativa de las instituciones de la UE parece indicar que esta diferencia no se va a quedar estancada en este punto sino que la Unión pretende alcanzar el plazo prudencial de cumplimiento con una reforma legislativa que se adecúe a las recomendaciones y resoluciones del OSD. Esta disposición de la Unión muestra cómo la interconexión de ordenamientos puede producirse de una manera pacífica y perfilar como la muestra de la aparición de una cierta jerarquía entre los informes adoptados por el OSD dentro del ordenamiento jurídico de la UE.

La aparente perfección en la implementación de la diferencia de focas habrá que contrastarse a medida que se vayan cumpliendo los plazos dentro del SSD. En primer lugar, atendiendo al plazo prudencial de cumplimiento de 18 de octubre de 2015. Este espacio temporal abre el campo a distintas hipótesis. Si la UE cumpliese las recomendaciones y resoluciones del OA para dicho plazo y cumpliese las disposiciones para el control por parte del OSD se podría clasificar este caso como una implementación «determinada», «perfecta» y «exitosa» y la interconexión entre ordenamientos se producirá de una manera «pacífica».

En caso de la UE no cumpliese dentro del plazo prudencial de cumplimiento o se generasen problemas respecto del control del cumplimiento la implementación «determinada», «perfecta» y «exitosa» aún podría alcanzarse si se plantease un asunto ante la justicia europea y el Tribunal siguiese los principios propuestos en las últimas sentencias en que se ha tratado la cuestión de la aplicabilidad directa de los informes

adoptados por el OSD, como son el principio de interpretación conforme, la acción de incumplimiento o el efecto «indirecto»[1051].

La diferencia de focas podría derivar en una implementación «determinada», «imperfecta» y «problemática» si la UE no participase en la fase de cumplimiento prevista en el ESD. En esta diferencia, como ya se ha constatado la inconsistencia de la legislación europea con el Derecho de la OMC, la parte reclamante podría solicitar incluso medidas de retorsión. Sin embargo, aún en este escenario, se podría reconducir la solución de la diferencia a una implementación «determinada», «perfecta» y «exitosa» si las partes alcanzasen un acuerdo que pusiese fin a la diferencia o si la UE recondujese su actuación hacia el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD. La posibilidad de que el ESD permita alcanzar una solución mutuamente convenida entre las partes ha sido criticada por parte de la doctrina al definirla como un rasgo diplomático y no jurisdiccional del SSD; sin embargo en este punto del análisis se muestra cómo esta apertura puede ser una vía abierta para el cumplimiento y permita reconducir una situación de implementación problemática a una implementación exitosa desde la perspectiva de la UE y determinada y perfecta desde la perspectiva del SSD si una vez alcanzado el acuerdo entre las partes, la UE modificase la legislación inconsistente y sometiese su nueva legislación al control del OSD.

[1051] La jurisprudencia europea sobre el efecto de los informes adoptados por el OSD se ha tratado en la presente investigación, *vide* el apartado IV del capítulo segundo, parte segunda, «IV. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto del Derecho del GATT/OMC en la UE».

CONCLUSIONES

Primera. La interrelación de ordenamientos derivada de la práctica del Sistema de Solución de Diferencias y de la implementación de las decisiones que ponen fin a cada diferencia se puede reconducir al concepto de «interconexión».

La «implementación» constituye la acción de aplicar las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD) o los acuerdos alcanzados entre las partes que ponen fin a una diferencia por la parte demandada y condenada (decisiones adoptadas). Esta fase de implementación abarca el proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del sistema de solución de diferencias (en adelante, SSD) que resuelvan la diferencia, lo que supone en la mayoría de los casos la modificación de la normativa europea o la normativa nacional declarada inconsistente con los acuerdos abarcados para su puesta en conformidad con el Derecho de la OMC y la comprobación posterior por parte del OSD de que dicha modificación es consistente con el Derecho de la OMC. El momento en que se adoptan las resoluciones y recomendaciones por el OSD o el acuerdo que pone fin una diferencia para el Derecho de la OMC y el momento en que comienza la implementación para el Derecho interno de sus Miembros están conectados en la práctica. Por tanto, la fase de implementación de las decisiones adoptadas en el marco del SSD supone en la práctica la apertura de un proceso de interconexión entre el Derecho de la OMC y el Derecho interno de la UE y sus Estados miembros que da paso a un diálogo entre las instituciones de la OMC y las instituciones de la Unión.

El concepto de «interconexión» concreta y simplifica el punto de contacto entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE dejando al margen el momento exacto en que éste se produzca dentro del ESD. Con este término se pretende resaltar la colisión entre ordenamientos y permitir valorarlo de una manera independiente para centrarse en las consecuencias prácticas efectivas de dicho solapamiento dejando al margen cómo o por qué se haya producido en la práctica de la solución de una diferencia. Este concepto simplifica el concepto de implementación dejando al margen el momento en que se produce el solapamiento de ordenamientos jurídicos, el momento en que se encuentre la diferencia dentro del proceso regulado por el ESD o las razones de interés político para que se haya producido en un momento concreto de la solución de una diferencia.

Esta simplificación persigue hacer más perceptibles las posibles prácticas constitucionales que se hayan desarrollado como consecuencia de esta interconexión normativa. El nivel de fricción entre el Derecho de la OMC, el Derecho de la UE y el Derecho de sus Estados miembros como consecuencia del cumplimiento y de la implementación de las decisiones adoptadas en el marco del SSD se reducirá a medida que se vayan clarificando las normas que resuelven las antinomias dentro de este complejo sistema de fuentes dentro de un de «Derecho constitucional postnacional multilateral».

Segunda. La falta de implementación por parte de la Unión o la falta de publicidad de dicha implementación ponen de manifiesto un fallo en la conexión entre el ordenamiento jurídico europeo y el Derecho de la Organización Mundial del Comercio que fractura el principio de seguridad jurídica desencadenando una interconexión «fallida» o una interconexión «problemática».

Los procesos que se enmarcan dentro de la tipología de implementación «indeterminada» recaerán en lo que se va a denominar como interconexión «fallida». Esta interconexión «fallida» enfatiza los rasgos diplomáticos del ESD y puede darse en todas aquellas diferencias sobre las que no conste su fin. En estos supuestos las partes podrían haber llegado a un acuerdo para poner fin a la diferencia pero no se lo habrían comunicado al OSD y, por tanto, no se puede seguir fácilmente la implementación del acuerdo que ponga fin a la diferencia en el seno de la UE ni tampoco se puede llevar a cabo el control sobre el cumplimiento regulado en el ESD.

Los procesos de implementación incluidos dentro de la tipología de implementación «determinada», «imperfecta» y «problemática» conforman una interconexión «problemática». En estos supuestos parece que la UE o los Estados miembros se muestran reticentes a cumplir con decisiones adoptadas en el marco del SSD, por motivos políticos o económicos, pero la parte reclamante sigue accionando los mecanismos previstos en el ESD para impulsar el cumplimiento de la parte demandada y condenada. Esta interconexión «problemática» refuerza el carácter jurisdiccional del SSD de la OMC ya que muestra cómo la parte reclamante cuenta con mecanismos suficientes para promover el cumplimiento de la parte demandada y condenada, las llamadas medidas de retorsión. Sin embargo, como contrapartida los supuestos de

interconexión «problemática» ponen de manifiesto cómo la falta de aplicabilidad directa de las decisiones adoptadas impide su cumplimiento efectivo y como consecuencia obstaculiza una interconexión pacífica entre ordenamientos jurídicos que refuerce la seguridad jurídica y la previsibilidad del sistema multilateral del comercio.

Los supuestos de interconexión «fallida» y los casos de interconexión «problemática» fracturan las bases del desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral». Estos tipos de interconexión podrían superarse modificando algunos aspectos del propio ESD y reforzando su carácter judicial, como es, reconociendo a los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación la capacidad de incoar de oficio la solución de una diferencia, o adoptando un acuerdo en el que los Miembros de la Organización reconozcan la efectividad o aplicabilidad directa de las decisiones adoptadas en el marco del ESD. En el ámbito concreto de la justicia de la Unión, estos supuestos de interconexión se han justificado bajo el argumento del margen de maniobra y del respeto a la libertad de las instituciones de la UE.

Tercera. La interconexión «pacífica» constituye la base empírica para extraer las normas y principios que regulen el complejo sistema de fuentes del «Derecho constitucional postnacional multilateral».

Los procesos de implementación incluidos dentro de la tipología de implementación «determinada», «perfecta» y «exitosa» constituyen la interconexión «pacífica». En estos casos el papel del SSD tiene un marcado carácter judicial ya que la parte demandada y condenada cumple con las resoluciones y recomendaciones del OSD o con las soluciones mutuamente convenidas que ponen fin a una diferencia, además una vez depurada la contradicción con el Derecho de la OMC, la parte demandada y condenada se somete al control del cumplimiento regulado en el ESD.

La interconexión «pacífica» constituye un punto de partida fundamental para la elaboración de normas y principios que resuelvan las colisiones entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la Unión. La construcción de este sistema de fuentes del Derecho embrionario dentro de un «Derecho constitucional postnacional multilateral» tiene como objetivo gobernar de una manera segura y previsible las normas del sistema multilateral del comercio de la OMC dentro de los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. La institución garante de esta interconexión «pacífica» debería ser el

Tribunal de Justicia de la Unión bajo la tutela del OSD de la OMC. Este último sería el encargado de señalar las normas europeas inconsistentes con el Derecho de la OMC y la justicia europea debería adquirir funciones similares a las que se asignan a un Tribunal Constitucional en un sistema de justicia constitucional concentrada, como sucede por ejemplo dentro del sistema constitucional español, para ejecutar las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro de la UE.

Aplicando una argumentación similar a la seguida por el TC en su Dictamen 1/2004 para ordenar la relación entre el Derecho primario de la UE y la Constitución española de 1978, para regular la relación entre el Derecho de la Unión y las decisiones adoptadas en el marco del SSD se aplicaría el principio de primacía de éstas sobre aquél. Esta primacía queda acotada a las decisiones adoptadas en el marco del SSD con el límite de las competencias atribuidas por los Miembros de la Organización al mismo. Tal primacía no se entendería como una superioridad jerárquica del Derecho de la OMC sobre el Derecho de la Unión sino como una exigencia lógica del reparto de competencias entre la OMC y la UE para el aseguramiento del mecanismo de solución de diferencias y en definitiva de la propia Organización. Esta primacía supondría en la práctica el reconocimiento del efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD y además tendría como consecuencia alcanzar una aplicación uniforme de dichas decisiones dentro de la UE y por extensión en todos los Miembros de la Organización.

Cuarta. La progresiva normativización del sistema multilateral del comercio está flexibilizando la negativa inicial del Tribunal de Justicia de reconocer el efecto directo del Derecho del GATT/OMC reforzando *de facto* el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral».

El TJCE no reconoció el efecto directo del GATT de 1947 salvo que el acto de la Unión se refiriese a una disposición concreta del GATT o las Comunidades Europeas (en adelante, CE) mostrase su intención de implementar una disposición concreta del citado acuerdo entendiendo que la obligación general cumplimiento del GATT de 1947 por parte de la CE no era suficiente para reconocerlo como parámetro de validez del Derecho comunitario ni que dicho acuerdo atribuyese derechos a los particulares dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Profundizando en esta posición el Tribunal determinó que habría que atender a las normas comunitarias en cada caso concreto y a

la remisión que en cada caso concreto ésta hiciesen al GATT de 1947 para permitir dichas posibilidades.

Por lo que se refiere al Acuerdo sobre la OMC, el juez europeo ha rechazado la posibilidad de invocarlo tanto en el marco de un procedimiento prejudicial sobre apreciación de validez como en un recurso de anulación o en un recurso de indemnización y ha mantenido las mismas excepciones que en el caso del GATT de 1947. Para negar el efecto directo al Derecho de la OMC, el Tribunal de Justicia se ha basado en la siguiente argumentación. La jurisprudencia europea entiende que el Derecho de la OMC deja un amplio margen de libertad política a sus Miembros y por tanto el reconocimiento de efecto directo a tales acuerdos dentro del Derecho europeo podría constreñir dicho margen de maniobra en exceso, desequilibrando las opciones de las instituciones de la Unión y de sus Estados miembros en el cumplimiento y la implementación de sus obligaciones derivadas del Derecho de la Organización (margen de maniobra y principio de reciprocidad). Por todo lo antedicho, el Tribunal de Justicia concluye que no puede inmiscuirse en las prerrogativas del poder político sin menoscabar el equilibrio institucional. Esta jurisprudencia clásica europea en torno a la cuestión del efecto directo del Acuerdo sobre la OMC está cambiando sobre la base de dos argumentos: la aplicación creciente de la hipótesis de invocación de la interpretación conforme y la invocación de los Acuerdos de la OMC en contra de los Estados miembros en la hipótesis de una acción de incumplimiento.

El sistema multilateral del comercio se ha construido sobre valores que comparten tanto la OMC como la UE y el resto de Miembros de la misma Organización. Este hecho debería reforzar la interconexión pacífica y facilitar la aplicación del principio de primacía entre las decisiones adoptadas en el marco del SSD y el ordenamiento jurídico de la Unión. En este panorama la justicia europea debería actuar como una justicia constitucional paradigmática asegurando de manera efectiva la ejecución de las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro del ordenamiento jurídico de la UE.

Quinta. La progresiva juridicidad del Entendimiento de Solución de Diferencias está flexibilizando la negativa inicial del Tribuanl de Justicia de la Unión Europea de reconocer efecto directo a las decisiones adoptadas que ponen

fin a una diferencia en el marco del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio reforzando la interconexión «pacífica» entre el Derecho de la Organización Mundial del Comercio, el Derecho de la Unión Europea y los Derechos de los Estados miembros.

Al igual que ocurre en el caso del Acuerdo sobre la OMC, la jurisprudencia europea no reconoce el efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD. Como norma general el Tribunal de Justicia no admite dichas decisiones como parámetro de control para ejercer el control de legalidad del Derecho de la Unión, salvo que se entienda que se encuentran en alguna de las excepciones acogidas en los asuntos *Fediol* y *Nakajima*.

Las motivaciones de la negativa a la invocación de las recomendaciones y resoluciones del OSD por parte del TJUE se pueden resumir fundamentalmente en tres. Primera, la voluntad de no afectar a los márgenes de maniobra de las instituciones europeas en las negociaciones en el seno del SSD para alcanzar una solución mutuamente convenida. Los informes adoptados por el OSD tienen efectos *ex nunc*, no se reconoce la retroactividad en cuanto a sus efectos y éstos empiezan a regir desde el momento en que se pone fin a la diferencia. Este momento en el que se ponga fin a la diferencia y la manera en que se vayan a poner las medidas en conformidad con el Derecho de la OMC, como ya hemos comprobado, tiene distintas posibilidades. El TJUE no quiere limitar el margen de negociación de la UE en esta última fase de solución y cumplimiento de la diferencia porque dejaría a esta organización en desventaja (ruptura de equilibrio) en relación con el resto de sus socios comerciales.

Segunda, el reconocimiento de la invocación de las recomendaciones y resoluciones del OSD ante el TJUE le daría una capacidad ejecutoria a dichos informes y por extensión al propio Tribunal que rompería con el equilibrio de la separación de poderes dentro de la UE, además de limitar sobremanera la capacidad negociadora de la UE en el seno del SSD. La garantía de equilibrio entre los Miembros de la Organización enlaza también con el principio de reciprocidad en el sentido de que una situación de mayor fuerza obligatoria de los informes adoptados por el OSD o por las soluciones mutuamente convenidas para la UE podría tener consecuencias negativas para la política y la economía europeas.

Tercera, la necesidad de preservar la autonomía del orden jurídico de la Unión. El TJUE justifica su rechazo a la invocación sobre su voluntad de proteger la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión. Esta negativa, de manera implícita, niega el carácter jurisdiccional del SSD de la OMC. El TJUE busca en última instancia la protección de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE.

La jurisprudencia europea no es estática y en algunos de los últimos casos, aunque directamente no se admite el efecto directo de los informes del SSD, sí se deja sentir que las resoluciones de éstos, cuando menos, inspiran la jurisprudencia europea, en la práctica parece haber esfuerzos por poner su normativa interna de conformidad con ellos, y de esta forma les da cumplimiento. Indudablemente, al no emitir una declaración explícita de su posición ante dichas obligaciones internacionales, las instituciones europeas se reservan el derecho de separarse de las decisiones adoptadas en el seno de la OMC en caso de considerarlo conveniente.

No obstante lo anterior, existen dos supuestos donde se puede reconocer el efecto «indirecto» de las decisiones adoptadas en el SSD en la UE. Por un lado, en los supuestos en los que se produce un diálogo velado del TJUE con las decisiones derivadas del SSD de la OMC fundamentado en el principio de la interpretación conforme y, por otro lado, ante la posibilidad de incoar una acción por daños por las personas privadas para tratar de obtener compensación económica por parte de la UE. La importancia del debate en torno a la posibilidad del efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC reside en el hecho de que los individuos puedan invocar directamente una disposición del Derecho de la OMC, incluyendo dichas decisiones adoptadas en el seno del SSD, ante los Tribunales nacionales y el propio TJUE. De hecho, un aspecto que promueve la crítica por parte de los agentes privados en el contexto geográfico de la UE reside en el hecho de que el TJUE no permite que las personas privadas (o cualquier legitimado para iniciar un procedimiento ante el TJUE) cuestionen la validez o aplicabilidad de actos normativos europeos por su posible inconsistencia con el Derecho de la OMC, incluso cuando el SSD la haya reconocido (se trata de agentes privados que pueden estar directamente afectados por dicho incumplimiento y que no tienen instancia jurisdiccional ante la que reclamar).

Sexta. La importancia del comercio internacional en la sociedad precisa la creación de un poder público de nivel global capaz de organizar el solapamiento de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio.

La globalización es un fenómeno de carácter multidimensional y multinivel que ha sido capaz de desbordar los contenedores nacionales e internacionales que organizaban el mundo tras la Segunda Guerra Mundial y convertirnos en ciudadanos de una aldea global con problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de control obsoletos e insuficientes. La globalización constituye un proceso natural e irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación constante a este nuevo escenario mundializado e interconectado. Ante esta nueva realidad se deben proponer nuevos marcos conceptuales de investigación y organización de nuestras sociedades modernas que superen los dogmas estatistas.

La globalización supone un fenómeno a nivel mundial que hace patentes las debilidades del Estado para controlar los problemas globales. Desde la esfera política, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo, erigiéndose como los nuevos entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales que se han generado como consecuencia de la globalización. Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y normas de carácter internacional y conflictos que a su vez se repiten entre algunas normas internacionales. Estos conflictos normativos surgen por el solapamiento de las distintas organizaciones internacionales y los Estados en los sectores concretos de actuación y por la inexistencia de un sistema constitucional que sea capaz de superar las antinomias una manera análoga a como se regulan los sistemas de fuentes en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el ámbito estrictamente económico, la globalización de los flujos comerciales, de la actividad empresarial y del comercio ha generado graves problemas globales. El comercio internacional reclama mayor seguridad y predictibilidad en su

desarrollo. En este contexto, la OMC constituye una pieza fundamental para regular el sistema multilateral del comercio, inabarcable para las legislaciones nacionales de manera autónoma e independiente.

En el desarrollo del sistema multilateral del comercio promovido por la OMC son fundamentales las legislaciones nacionales que de una manera clara y segura deben abrir sus mercados a la entrada de competidores y productos extranjeros. El Derecho de la OMC constituye el marco de apertura básico mediante el cual se promueve esta liberalización del comercio basada en normas. En algunos casos, sin embargo, los Estados abusan de leyes proteccionistas inconsistentes con el Derecho de la OMC perjudicando al libre desarrollo del comercio internacional (sistema multilateral del comercio) y en última instancia a sus consumidores nacionales. Para juzgar las posibles inconsistencias de las normas nacionales con el Derecho de la OMC dentro de la Organización se instauró un sistema de solución de controversias de naturaleza cuasi-judicial que trata de garantizar el respeto del Derecho de la OMC por todos los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. Este SSD es fundamental para el aseguramiento y la predictibilidad del sistema multilateral del comercio a escala global. Este mecanismo de solución de diferencias constituye una institución original en el ámbito del Derecho internacional donde la laxitud en la aplicación del Derecho es una característica inherente al propio sistema jurídico internacional. Este SSD constituye una superación del marco jurídico internacionalista y puede entenderse como una vía incipiente de adopción de principios constitucionales dentro del sistema multilateral del comercio de la OMC.

El «Derecho constitucional postnacional multilateral» se erige como modelo incipiente para estabilizar las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho de la UE dentro del ámbito del sistema multilateral del comercio (Derecho de la OMC). Este Derecho se sustenta en los principios de primacía y jerarquía normativa para estabilizar las relaciones entre los citados ordenamientos jurídicos. Profundizando en esta línea, el «Derecho constitucional postnacional multilateral» constituye un concepto emergente que, en esencia, sintetiza el proceso de constitucionalización externa o federalización del Derecho del GATT/OMC proponiendo normas y principios de resolución de antinomias similares a las que los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y

europeo poseen para crear un sistema de fuentes apto ordenar las relaciones entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE derivadas de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC.

ANEXO. DIFERENCIAS CLASIFICADAS DESDE LA ÓPTICA DE LA TIPOLOGÍA DE IMPLEMENTACIÓN

237. Clasificación de las diferencias en las que la UE es parte demandada desde la óptica de los tipos de implementación de la presente investigación. En la presente investigación se propone el cuadro siguiente (cuadro empírico) como guía para analizar el montante de las diferencias en las que la UE, los Estados miembros o la UE y alguno de sus Estados miembros de manera conjunta hayan sido partes demandas ante la OMC que se encuentren dentro de los supuestos de clasificación del concepto de «implementación» propuestos en el apartado precedente.

1. LA IMPLEMENTACIÓN «EXITOSA»

238. Diferencias con implementación «exitosa». Dentro del tipo de implementación «exitosa» se encuentran las siguientes diferencias en las que la UE, Estados miembros o ambos sujetos hayan sido parte demandada. El listado que se recoge a continuación se ordena también respetando la situación actual en las que se encuentren dichas diferencias dentro del SSD de la OMC[1052].

7)	**Informe(s) adoptado(s), no son necesarias más actuaciones**
	DS62 - Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático; DS67 - Reino Unido - Clasificación aduanera de determinado equipo informático; DS68 - Irlanda - Clasificación aduanera de determinado equipo informático (GATT de 1994).
	DS135 - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (GATT de 1994; MSF; OTC).
9)	**Aplicación notificada por el demandado**

[1052] Para completar el cuadro que se propone a continuación en la presente investigación se ha revisado la situación actual de las diferencias publicada por la OMC, < https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_current_status_s.htm >, (última revisión 2 de julio de 2015).

	DS174, DS290 - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (GATT de 1994, ADPIC)
	DS219 - Accesorios de tubería (antidumping, GATT de 1994)
	DS246 - Preferencias arancelarias (GATT de 1994)
	DS269, DS286 - Trozos de pollo (GATT de 1994).
	DS299 - Medidas compensatorias sobre las microplaquetas para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea (GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias)
	DS315 - Determinadas cuestiones aduaneras (GATT de 1994)
	DS375, DS376, DS377 - Productos de tecnología de la información (GATT de 1994)
	DS405 - Medidas antidumping sobre determinado calzado procedente de China (antidumping; GATT de 1994; Acuerdo de la OMC; protocolo de adhesión)
10)	**Solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación**
	DS26, DS48 - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos **(**hormonas) (agricultura; MSF; OTC)
	DS301 - Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales (GATT de 1994, subvenciones y medidas compensatorias)
12)	**Procedimiento sobre el cumplimiento constituido sin constatación de incumplimiento**
	No hay ninguna diferencia en este supuesto dentro de los parámetros señalados en la presente investigación.
16)	**Diferencia resulta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento)**
a)	**Retirada de la solicitud de celebración de consultas por la supresión de la**

	medida objeto de controversia
	DS313 - Derechos antidumping sobre determinados productos laminados planos de hierro o de acero sin alear procedentes de la India (antidumping).
	DS326 - Medida de salvaguardia definitiva relativa al salmón (GATT de 1994; medidas de salvaguardia)
	DS389 - Determinadas medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos de aves de corral procedentes de los Estados Unidos (agricultura, GATT de 1994, MSF, OTC)
b)	**Solución mutuamente satisfactoria alcanzada entre las partes durante el período de la celebración de consultas**
	DS37 - Portugal - Protección mediante patente al amparo de la Ley de Propiedad Industrial (ADPIC)
	DS82 - Irlanda - Medidas que afectan a la concesión del Derecho de autor y Derechos conexos (ADPIC) DS115 - Medidas que afectan a la concesión del Derecho de autor y Derechos conexos (ADPIC)
	DS83 - Dinamarca - Medidas que afectan a la observancia de los Derechos de propiedad intelectual (ADPIC)
	DS86 - Suecia - Medidas que afectan a la observancia de los Derechos de propiedad intelectual (ADPIC)
	DS124 - Observancia de los Derechos de propiedad intelectual por estaciones de televisión (ADPIC) DS125 - Grecia - Observancia de los Derechos de propiedad intelectual por estaciones de televisión (ADPIC)
c)	**Retirada de la solicitud del establecimiento del GE por la supresión de la medida objeto de controversia**

	DS13 - Derechos aplicados a las importaciones de cereales
	DS72 - Medidas que afectan a ciertos productos de mantequilla (GATT de 1994; trámite de licencias de importación; OTC)
d)	**Antes de la adopción del informe del OA y/o del informe del GE se ha notificado el desistimiento de la solicitud**
	DS7 - Moluscos (GATT de 1994, OTC) DS12 - Moluscos (GATT de 1994, OTC) DS14 - Moluscos (GATT de 1994, OTC)
	DS469 - Unión Europea - Medidas relativas al arenque atlántico-escandinavo (GATT de 1994)
e)	**Acuerdo entre las partes después de la adopción del informe por el OSD como consecuencia de la supresión de la medida objeto de controversia**
	No hay ninguna diferencia en este supuesto dentro de los parámetros señalados en la presente investigación.
f)	**Acuerdo entre las partes después de la adopción las medidas regulados en el artículo 22 del ESD como consecuencia de la supresión de la medida objeto de controversia**
	No hay ninguna diferencia en este supuesto dentro de los parámetros señalados en la presente investigación.
g)	**Solución mutuamente convenida o solución mutuamente satisfactoria alcanzada de conformidad por el párrafo 6 del artículo 3 del ESD**
	DS16 - Régimen de la importación, venta y distribución de plátanos (servicios (AGCS), GATT de 1994, trámite de licencias de importación); DS27 - Régimen para la importación, venta y distribución de Bananos (agricultura, servicios (AGCS), GATT de 1994, trámite de licencias de importación, medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio

	(MIC)); DS105 - Régimen para la importación, venta y distribución de Bananos (servicios (AGCS), GATT de 1994, trámite de licencias de importación, medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC)); DS158 - Régimen para la importación, venta y distribución de Bananos (licencias de importación); DS361, DS364 - Régimen para la importación de bananos (GATT de 1994)
	DS210-Bélgica-Administración de las medidas por las que se establecen Derechos de aduana aplicables al arroz (agricultura; GATT de 1994; OTC; valoración en aduana)
	DS231 - Denominación comercial de sardinas (GATT de 1994, OTC)
	DS292, DS293 - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (agricultura, MSF, OTC)

2. LA IMPLEMENTACIÓN «PROBLEMÁTICA»

239. Diferencias con implementación «problemática». Dentro del grupo de diferencias en las que la UE, Estados miembros o ambos sujetos hayan sido parte en una diferencia que se hallen dentro del tipo de implementación «problemática» se encuentran las siguientes,

8)	**Informe(s) adoptado(s) con la recomendación de poner la medida(s) en conformidad**
	DS69 - Productos avícolas (agricultura; GATT de 1994; trámite de licencias de importación).
	DS265, DS266, DS283 - Subvenciones a la exportación de azúcar (agricultura; GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias).
	DS337 - Salmón (Noruega) (antidumping)
	DS400, DS401 - Productos derivados de las focas (agricultura, GATT de 1994,

	OTC)
11)	**Procedimiento sobre el cumplimiento en curso:**
	DS316 - Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias)
	DS397 - Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China (antidumping; GATT de 1994; Acuerdo de la OMC; protocolo de adhesión)
14)	**Autorización de adoptar medidas de retorsión solicitada (incluido el arbitraje del párrafo 6 del artículo 22 del ESD)**
	DS291 - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (agricultura; MSF; OTC)
15)	**Autorización para adoptar medidas de retorsión concedida**
	No hay ninguna diferencia en este supuesto dentro de los parámetros señalados en la presente investigación.

3. LA IMPLEMENTACIÓN «INDETERMINADA»

240. Diferencias con implementación «indeterminada». Diferencias en las que la UE, Estados miembros o ambos sujetos hayan sido parte en una diferencia que se encuentre dentro del tipo de implementación «indeterminada»,

1)	**Diferencias en fase de consultas**
	DS17 - Derechos aplicados a las importaciones de arroz (GATT de 1994; OTC). DS25 - Aplicación de los compromisos de la Ronda Uruguay relativos al arroz (GATT de 1994). DS134 - Derechos aplicados a las importaciones de arroz (agricultura, GATT de 1994; trámite de licencias de importación; MSF; OTC; valoración en aduana (Artículo VII del GATT de 1994)).

	DS80 - Bélgica - Medidas que afectan a los servicios de directorios telefónicos comerciales (AGCS).
	DS104 - Medidas que afectan a la exportación de queso fundido (agricultura; subvenciones y medidas compensatorias).
	DS127-Bélgica- Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones (subvenciones y medidas compensatorias). DS128-Países Bajos-Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones (subvenciones y medidas compensatorias). DS129-Grecia-Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones (subvenciones y medidas compensatorias). DS130-Irlanda- Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones (subvenciones y medidas compensatorias). DS131-Francia-Determinadas medidas relativas al impuesto sobre la renta que constituyen subvenciones (subvenciones y medidas compensatorias).
	DS137 - Medidas que afectan a las importaciones de madera de coníferas del Canadá (GATT de 1994, MSF, OTC)
	DS140 - Investigaciones antidumping relativas a los tejidos de algodón crudo originarios de la India (antidumping; GATT de 1994)
	DS153 - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (ADPIC)
	DS154 - Medidas que afectan al trato diferencial y favorable concedido al café (GATT de 1994)
	DS172-Medidas relacionadas con el desarrollo de un sistema de gestión de vuelo (GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias) DS173 - Francia - Medidas relacionadas con el desarrollo de un sistema de gestión de vuelo

	DS209 - Medidas que afectan al café soluble (GATT de 1994)
	DS223 - Contingente arancelario aplicado a los piensos de gluten de maíz procedentes de los Estados Unidos (GATT de 1994, salvaguardias)
	DS242 - Sistema Generalizado de Preferencias (GATT de 1994)
	DS263 - Medidas que afectan a las importaciones de vino (GATT de 1994; OTC; Acuerdo por el que se establece la OMC)
	DS307 - Ayuda para las embarcaciones comerciales (GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias)
	DS328 - Medida de salvaguardia definitiva sobre el salmón (GATT de 1994; salvaguardias)
	DS349 - Medidas que afectan al contingente arancelario para los ajos frescos o refrigerados (GATT de 1994; Acuerdo por el que se establece la OMC)
	DS385 - Exámenes por extinción de los Derechos antidumping y compensatorios impuestos a las importaciones de politereftalato de etileno (PET) procedentes de la India (Antidumping; subvenciones y medidas; Acuerdo por el que se establece la OMC)
	DS408, DS409 - UE y Países Bajos - Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito (GATT de 1994; ADPIC)
	DS443 - Unión Europea y un Estado Miembro - Determinadas medidas relativas a la importación de biodiesel (GATT de 1994; MIC; Acuerdo por el que se establece la OMC)
	DS452 - Unión Europea y determinados Estados Miembros - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable (GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias; MIC)
	DS459 - Unión Europea y determinados Estados Miembros - Determinadas medidas relativas a la importación y comercialización de biodiesel y medidas de apoyo al sector del biodiesel (GATT de 1994; OTC; Acuerdo por el que se

	establece la OMC; subvenciones y medidas compensatorias; MIC)
	DS476 - Unión Europea y determinados Estados Miembros - Determinadas medidas relativas al sector de la Energía (AGCS; GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias; MIC; Acuerdo por el que se establece la OMC)
	DS480 - Unión Europea - Medidas antidumping sobre el biodiésel procedente de Indonesia (Antidumping; Acuerdo por el que se establece la OMC; GATT de 1994)
	DS492 - Unión Europea - Medidas que afectan a concesiones arancelarias relativas a determinados productos de carne de aves de corral (GATT de 1994)
	DS494 - Unión Europea - Métodos de ajuste de costos y determinadas medidas antidumping sobre importaciones procedentes de Rusia - (Segunda reclamación) (Antidumping; Acuerdo por el que se establece la OMC; GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias)
2)	**GE establecido, pero aún no constituido**
	DS9 - Comunidades Europeas - Derechos aplicados a las importaciones de cereales (GATT de 1994; valoración en aduana)
	DS442 - Comunidades Europeas - Medidas antidumping sobre las importaciones de determinados alcoholes grasos procedentes de Indonesia (antidumping; GATT de 1994)
	DS474 - Unión Europea - Métodos de ajuste de costos y determinadas medidas antidumping sobre importaciones procedentes de Rusia (Antidumping; subvenciones y medidas compensatorias; GATT de 1994 y Acuerdo por el que se establece la OMC)
3)	**GE constituido**
	DS473 - Unión Europea - Medidas antidumping sobre el biodiesel procedente de la Argentina (Antidumping; GATT de 1994 y Acuerdo por el que se establece la OMC)

	DS486 - Unión europea - Medidas compensatorias sobre determinado tereftalato de polietileno procedente del Pakistán (GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias)
4)	**Decisión de establecer un GE sin efecto**
	DS347 - Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación) (GATT de 1994; subvenciones y medidas compensatorias)
5)	**Informe del GE distribuido**
	No hay ninguna diferencia en este supuesto dentro de los parámetros señalados en la presente investigación.
6)	**Informe del GE en apelación**
	No hay ninguna diferencia en este supuesto dentro de los parámetros señalados en la presente investigación.
13)	**Procedimiento sobre el cumplimiento constituido con constataciones de incumplimiento**
	DS141 - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India (antidumping; GATT de 1994)

FUENTES

1. FUENTES DOCTRINALES

ABE, Y., «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *Journal of East Asia & International Law*, Vol. 6, Núm. 1, 2013, pp.7-28.

ALDECOA LUZÁRRAGA, F.; SOBRINO HEREDIA, J. M.; GONZÁLEZ ALONSO, L.N.; PASTOR PALOMAR, A.; FORNER, J.; HERRANZ BALLESTEROS, M. (coord.), *50 Aniversario de la firma de los Tratados de Roma. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

ALEMANNO, A., « Private parties and WTO Dispute Settlement System», Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 1, 2004. Disponible en <http://scholarship.law.corneL. L.edu/lps_clacp/1/> (última revisión, 18 octubre 2014).

ALEMANNO, A.; SCHMAUCH, M., «At the end of the tunnel there is... darkness: The ECJ denies EC liability for WTO non-compliance», *European Law Reporter*, 2008, pp. 347-355.

ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

ALSTON, P., «Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann», *European Journal of International Law*, Vol. 13, Núm. 4, 2002, pp. 815-844.

ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, J. M., *La Política Comercial del Mercado Común*, McGraw-Hill, Madrid, 1992.

ALVAREZ-JIMÉNEZ, A., «Mutually agreed solutions under the WTO Dispute Settlement Understanding: an analytical framework after the *Softwood Lumber Arbitration*», *World Trade Review*, Vol. 10, Núm. 3, 2011, p. 343-373.

AMAN, Jr.; ALFRED, C., *The Democracy Deficit: Taming Globalization through Law Reform*, New York University Press, New York, 2004.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Legal and Economic Principles of World Trade Law: The Genesis of the GATT, the Economics of Trade Agreements, Border Instruments, and National Treatment*, American Law Institute, Philadelphia, 2011.

ANANIA, G., «The 2005 WTO arbitration and the new EU import regime for bananas: a cut too far?», *European Review of Agricultural Economics*, Vol. 33, Núm. 4, 2004, pp. 449-484.

ANDERSON, K.; HOEKMAN, B. (ed.), *The WTO's core rules and disciplines*, Ed. Elgar, Cheltenham, 2006.

ANTONIADIS, A., «The European Union and WTO law: a nexus of reactive, coactive, and proactive approaches», *World Trade Review*, Vol. 6, Núm. 1, 2007, pp. 45-87.

ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, Paidós, Barcelona, 2001.

AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

AUVRET-FINCK, J., «Jurisprudence. Cour de justice des Communautés européennes Arrêt du 26 mars 1987, Commission des Communautés Européennes C. Conseil des Communautés européennes (*aff. 45/86*). Note», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 14, Núm. 3, 1987, pp. 721-730.

ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A.; DÍAZ MIER, M. A., *Política Comercial Exterior de la Unión Europea*, Pirámide, Madrid, 1997.

BAGWELL, K.; STAIGER, R. W., «Reciprocity, non-discrimination and preferential agreements in the multilateral trading system», *European Journal of Political Economy*, Vol. 17, Núm. 2, 2001, pp. 281-326.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2007.

BAREA, M.; BILLÓN, M., *Globalización y nueva economía*. Ediciones Encuentro, Madrid, 2002.

BARRILLON, M., *ATTAC. Encore un effort pour réguler la mondialisation?*, Castelnau-le-Lez, Climats, 2001.

BARTELS, L., «The WTO Legality of the EU's GSP+Arragement», *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Núm. 4, Octubre 2007, pp. 869-886.

BARTELS, L., «The Separation of Power in the WTO: How to Avoid Judicial Activism», *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, Núm. 4, 2004, pp. 861-895.

BARTELS, L., «Applicable law in WTO dispute settlement proceeding», *Journal of World Trade*, Vol. 35, Núm. 3, 2001, pp. 499-519.

BAUMAN, Z., *La posmodernidad y sus descontentos*, Akal, S.A., Madrid, 2001.

BAYLIS, J.; SMITH, S.; OWENS, P., *The Globalization of World Politics. An introduction to international relations*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

BEBR, G., «Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: from International Fruit Company to Kupferberg», *Common Market Law Review*, Vol. 20, 1993, pp. 35-75.

BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Paidós, Barcelona, 2005.

BECK, U., *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, Paidós, Barcelona, 2002.

BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.

BELLO, W., *Desglobalización. Ideas para una nueva economía mundial*, Icara editorial, Barcelona, 2004.

BELLO, W., *Lack of transparency in the WTO*, Development dialogue Núm.1, 2002.

BERGER, P. L.; HUNTINGTON, S. P., *Globalizaciones múltiples: la diversidad cultural en el mundo contemporáneo*, Paidós, Barcelona, 2002.

BERKEY, J., «The European Court of Justice and Direct Effect of GATT: A Question worth Revisiting», *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, pp. 626-657.

BESSKO, Z. K., «Going bananas over EEC preferences?: a look at the banana trade war and the WTO's understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 28, 1996, pp. 245-312.

BESSON, S., «European Legal Pluralism after *Kadi*», *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, Núm. 2, 2009, pp. 237-264.

BHAGWATI, J. N., *En defensa de la globalización: el rostro humano de un mundo global*, Debate, Madrid, 2005

BHALA, R., *The bananas war*, Sacramento, McGeorge School of Law, California, 2000.

BHUIYAN, S., National Law in WTO Law. Effectiveness and Good Governance in the World Trading System, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

BIERSYEKER, T. J.; HALL, R. B.; MURPHY, C.N. (ed.), *Private Authority and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

BILLIET, S., «The EC and WTO Dispute Settlement: The Initiation of Trade Disputes by the EC», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 10, Núm. 3, 2005, pp. 197-214.

BLÁZQUEZ NAVARRO, I., *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

BLIND, O., «La stratégie communautaire dans l'Organisation Mondiale du Commerce», *Journal de droit international*, Vol. 1, 2006, pp. 89-126.

BLIN, O., «L'article 113 CE après Amsterdam», *Revue du Marche Commun et de l'Union Européenne*, Núm. 420, 1998, pp. 447-456.

BOHANES, J.; SACERDOTI, G.; YANOVICH, A., *The WTO at ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, World Trade Organization, Geneva, 2006.

BOISSON DE CHAZOURNES, L.; MOÏSE MBENGUE, M., «The *Amici Curiae* and the WTO Dispute Settlement System: The Doors are Open», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 2, 2003, pp. 205-248.

BOSMANS, W., *Information flow and networks in the WTO: the transparency issue: report of internship*, WTO, Geneva, 2002.

BOU FRANCH, V. (coord.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de* solución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

BOURGEOIS, J. H. J., «Some Reflections on the WTO Dispute Settlement System from a Practitioner's Perspective», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2001, pp. 145-154.

BOURGEOIS, J. H. J., «The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: an Echternach Procession», *Common Market Law Review*, Vol. 32, Núm. 3, 1995, pp. 763-787.

BOURGEOIS, J. H. J.; BERROD, F.; GIPPINI FOURNIER, E. (dir.), *The Uruguay Round Results, A European Layers' Perspective*, European Interuniversity Press, Bruxelles, 1995.

BOURRINET, J., «La politique commerciale commune de l'Union Européenne et la mondialisation. La recherche d'une libéralisation maîtrisée des échanges

internationaux», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, Núm. 484, 2005, pp. 19-25.

BOWN, C. P., *Self-Enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2009.

BOYS, G., *Una nueva servidumbre. Ensayo sobre la mundialización*, Editorial Universidad de Granada y Campus Universitario de Cartuja, Granada, 2004.

BREUSS, F.; GRILLER, S.; VRANES, E. (ed.), *The banana dispute: an economic and legal analysis*, Springer; Wien, New York, 2003.

BRIMEYER, B. L., «Bananas, beef, and compliance in the World Trade Organization: the inability of the WTO dispute settlement process to achieve compliance for superpower nations», *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 10, Núm. 1, 2001, pp. 133-168.

BRONKERS, M., «From "direct effect" to "muted dialogue"», *Journal of Ineternational Economic Law*, Vol. 4, Núm. 11, 2008, pp. 885-898.

BRONCKERS, M.; QUICK, R. (ed.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honor of John H. Jackson*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 2000.

BROUSSY, E.; DONNAT, F.; LAMBERT, C., «Chronique de jurisprudence communautaire. Responsabilité sans faute», *L'actualité juridique; droit administratif*, 2008, pp.2327-2329.

BROWN, C. P.; PAUWELYN, J. (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge Universtiy Press, Cambridge, 2014.

BURGOS, G., «El acceso a la solución de controversias en la OMC: obstáculos para los países en desarrollo», *Opinión Jurídica - Universidad de Medellín*, Vol. 10, Núm. 20, 2001, pp. 105-124.

BURRI NENOVA, M., «The Law of the World Trade Organization and the Communications Law of the European Community: On a Path of Harmony or Discord?», *Journal of World Trade*, Vol. 41, Núm. 4, 2007, pp. 833-878.

BUSH, M. L.; MANSFIELD, E. D. (ed.), *The WTO, economic interdependence, and conflict*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007.

CAMERON, J.; CAMPBELL, K. (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Cameron May, London, 1998.

CAMERON, J.; GRAY, K. R., «Principles of international law in the WTO dispute settlement body», *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, Núm. 2, 2001, pp. 248-298.

CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, Universidade, Santiago de Compostela, 2001.

CANCIO MELIÁ, M. (ed.), *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005)*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, con la colaboración del Colegio Notarial de Madrid y del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

CANNIZARO, E.; PALCHETTI, P.; WESSEL, R. A., *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff, Lieden/Boston, 2012.

CANOVAN, M., *National and Political Theory*, Edward Elgar, 1996, p. 80; GRIMM, D., «The Constitution in the Process of Denationalization», *Constellations*, Núm. 12, 2005, pp. 447-463.

CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M., WEILER, J. H. H. (ed.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, I, Berlin-Nueva York, W. De Gruyter, 1985.

CARDERERA SOLER, L., «La política comercial, componente básico de la política exterior de la UE», *Información Comercial Española*, 75 años de la Política Económica Española, Núm. 826, Noviembre 2005, pp. 195-207.

CARRÉ DE MARBERG, R., *Teoría General del Estado*, UNAM, México, 1998.

CASADEI, R., *Los mitos de la nueva izquierda: las profecías incumplidas de la antiglobalización*, Encuentro, Madrid, 2005.

CASS, D. Z., *The Constitucionalization of World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005.

CASS, D., *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

CASS, D., «The "Constitutionalization" of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade», *European Journal of International Law*, Vol. 12, Núm. 1, 2001, pp. 39-75.

CASTELLS, M., *La era de la identidad. Vol. I. La sociedad red*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2005.

CASTELLS, M., *La era de la identidad. Vol. II. El poder de la identidad*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003.

CASTELLS, M.; GIDDENS, A.; TOURAINE, A., *Teorías para una nueva sociedad*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, 2001.

CASTILLO DE LA TORRE, F., «OMC, Competencia prejudicial y Efecto Directo – La Sentencia *Dior/Assco*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 5, Núm. 9, 2001, pp. 281-302.

CASTILLO DE LA TORRE, F., «The Status of GATT in EC Law Revisited - The Consequences of the Judgment on the Banana Import Regime for the Enforcement of the Uruguay Round Agreements», *Journal of World Trade*, Vol. 29, Núm. 1, 1995, pp. 53-68.

CEBADA ROMERO, A., «El efecto directo de los Acuerdos OMC: la sentencia de 23 de noviembre de 1999 o la obstinación del TJCE», *Revista de Derecho comunitario europeo*, Núm. 7, Enero/Junio 2010, pp. 171-193.

CEBADA ROMERO, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2002.

CEBADA ROMERO, A., «La redefinición de la política comercial común en el Tratado de Niza», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Núm. 212, 2001, pp. 12-21.

CEPILLO GALVÍN, M. A., *Política Comercial Europea y preferencias arancelarias*, Dykinson, Madrid, 2008.

CEVA, E.; FRACASSO, A., «Seeking mutual understanding: a discourse-theoretical analysis of the WTO Dispute Settlement System», *World Trade Review*, Vol. 9, Núm. 3, 2010, pp. 479-481.

CHARNOVITZ, S., «Rethinking the WTO Trade Sanctions», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 4, 2001, pp. 792-832.

CHARNOVITZ, S., «Opening the WTO to Nongovernmental Interests», *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, Núm. 1 & 2, Noviembre-Diciembre 2000, pp. 173-216.

CHEYNE, J., «Risk and Precaution in World Trade Organization Law», *Journal of World Trade*, Vol. 40, Núm. 5, 2006, pp. 837-864.

CLARK, H. R., «The WTO banana dispute settlement and its implications for trade relations between the United States and the European Union», *Cornell International Law Journal*, Vol. 35, Núm. 2, 2002, pp. 291-306.

CLAYTON, W. L., United States. General Accounting Office., *America and the International Trade Organization*, Chamber of Commerce of the United States, Washington, D.C., 1948.

CLEGG, P., *The Caribbean banana trade: from colonialism to globalization*, Palgrave Macmillan; Houndmills, New York, 2002.

COLLANTES, J. L. (coord.), *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Estudio Mario Castillo Freire, Perú, 2007.

CONCEIÇAO-HELDT, E., *Negotiating trade liberalization at the WTO: domestic politics and bargaining dynamics*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2011.

CONSTANTINESCO, V., «Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés europeénnes. Avis 1/75», *Journal Droit International*, Núm. 1, 1997, pp. 249-253.

COOMBES, D., *Politics and Burocracy in the European Community: a Portrait of the Commission of the E.E.C.*, Allen & Unwi, Londres, 1970.

CORDERA CAMPOS, R.; RUESGA BENITO, S. M. (coord.), *El Estado ante la globalización. Políticas macroeconómicas. Migraciones y empleo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

COTTIER, T., «International Trade Law: the Impact of Justiciability and Separations of Powers in EC Law», *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, Núm. 2, 2009, pp. 307-326.

COTTIER, T., «From Progressive Liberalization to Progressive Regulation in WTO law», *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, Núm. 4, December 2006, pp. 779-822.

COTTIER, T., *The Challenge of the WTO Law: Collected Essays*, Cameron May, London, 2006.

COTTIER, T., «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 35, Núm. 3, 1998, pp. 333-350.

COTTIER, T., «The WTO Dispute Settlement System - New Horizons», *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 92, Abril 1-4, 1998, pp. 86-91.

COTTIER, T.; MAVROIDIS, P. C. (ed.), *Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2000.

COTTIER, T.; NADAKAVUKAREN, K., «The relationship Between World Trade Organization Law, National Law and Regional Law», *Journal of International Economic Law*, Vol. 83, Núm. 1, 1998, pp. 83-122.

COTTIER, T; MAVROIDIS, P. C. (ed.), *The Role of the Judge in the International Trade Regulation*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2003.

COUTRON, L., «Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM. Note sous CJCE 8 septembre 2008, FIAMM, aff. jointes nº C-120/06 et C-121/06», *Revue française de droit administratif*, 2009, pp. 329-342.

CRAIG, P.; DE BÚRCA, G. (ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

CRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

CROOME, J., *Reshaping the World Trading System – A History of the Uruguay Round*, World Trade Organization, Cambridge, 1995.

CUTLER, C. A.; HAUFLER, V.; PORTER, T. (ed.), *Private Authority in International Affairs*, Sarasota Springs, Suny Press, New York, 1999.

DADUSH, U., «Resurgent Protectionism: Risks and Possible Remedies», *Policy Outlook, Carnegie Endowment for International Peace*, 2009, disponible en <http://carnegieendowment.org/files/Resurgent_Protectionism.pdf> (última revisión, 25 de mayo de 2015).

DAHRENDORF, R., *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.

DAHRENDORF, R., *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Crítica, Barcelona, 2002.

DANI, M., «Remedying European Legal Pluralism: The FIAMM and Fediol Litigation and the Judicial Protection of International Trade Bystanders», *The European Journal of International Law*, Vol. 21, Núm. 2, 2010.

DAS, B. L., *An introduction to the WTO agreements*, Zed Books, London, New York, 1998.

DASHWOOD, A.; DOUGAN, M,; RODGER, B.; SPAVENTA, E.; WYATT, D. (ed.), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, London, 2011.

DAVEY, W. J., «Compliance Problems in WTO Dispute Settlement», Cornell International Law Journal, Vol. 42, Núm. 1, 2009, pp.119-128.

DAVEY, W. J., «The WTO Dispute Settlement System», *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Núm. 1, 2000, pp. 15-18.

DAVEY, W. J., «Dispute Settlement in GATT», *Fordham International Law Journal*, Vol. 11, Núm. 1, 1987, pp. 51-109.

DAVEY, W. J.; PORGES, A., «Performance of the system I: consultation and deterrence», *The International Lawyer*, Vol. 35, Núm. 3, 1998, pp. 695-707.

DE BÚRCA, G.; SCOOT, J. (ed.), *The EU and the WTO: Legal and Constitucional Issues*, Hardt Publishing, Oxford, 2001.

DE MEESTER, B.; WOUTERS, J., *The World Trade Organization: a legal and institutional analysis*, Intersentia, Antwerpen, 2007.

DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005.

DE SOUSA SANTOS, B.; GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. *Tomo I*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001.

DE SOUSA SANTOS, B.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (ed.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2007.

DEL ÁGUILA, R. (ed.), *Manual de Ciencia Política*, Trotta, Madrid, 2003.

DEMARET, P (ed.), *Relations extérieurs de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Colloque 1986, Story-Scientia Bruxelles, 1988.

DENDAUW, I., «New WTO Agreement on Government Procurement: Analysis of the Framework for Bid Challenge Procedures and the Question of Direct Effect», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 18, Núm. 3, 2000, pp. 254-266.

DEZELAY, Y.; GARTH, B., *Dealing in Virtue* The University of Chicago Press, Chicago, 1996.

DI GIANNI, F.; ANTONINI, R., «DSB Decision's and Direct effect of WTO Law: Should the EC Court Be more Flexible when the WTO Flexibility Comes to an End», *Journal of World Trade*, Vol. 40, Núm. 4, 2006, pp. 777-793.

DIEBOLD, W., *The end of the ITO*, Princeton, N.Y., 1952; United Nations, United Nations Conference on Trade and Employment (1st: 1946: London, United Kingdom), *Report of the first session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, United Nations, London, 1946.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2005.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; EXPÓSITO, C., «La falta de eficacia directa de los Acuerdos OMC (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 en el Asunto C-149/96, Portugal c. Consejo)», *Gaceta Jurídica de la UE*, Núm. 206, Marzo/Abril 2000, pp. 10-23.

DONALDSON, V., JANOW, M. E.; YANOVICH, A. (ed.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, Juris Publishing, New York, 2008.

DUNOFF, J. L., «Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law», *European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 3, 2007, pp. 647-675.

DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, Oxford University Press, 2011.

EECKHOUT, P., *External relations of the European Union. Legal and Constitutional foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

EECKHOUT, P.; TRIDIMAS, Y. (dir.), *Yearbook of European Law*, Oxford University Press, 1998.

EHLERMANN, C. D., «Reflections on the Appellate Body of the WTO», *Journal of International Economic Law*, Vol. 97, Abril 2-5, 2003, pp. 77-92.

EHLERMANN, C. D., «The Scope of Article 113 of the EEC Treaty», en *Études de Droit des Communautés Européennes, Mélanges offerts à P.H. Teitgen*, Paris, 1984, pp. 145-169.

ELAZAR, D. J., *Idee e forme del federalismo*, Milano, Mondadori, 1998.

ELEFTHERIADIS, P., «The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues», *Yearbook of European Union*, Vol. 1, Núm. 16, 1996, pp. 205-221.

EMILIOU, N., «The Death of Exclusive Competence?», *European Law Review*, Vol. 21, 1996, pp. 294-311.

EMILIOU, N.; O'KEEFFE, D. (ed.), *The European Union and World Trade Law. After the GATT Uruguay Round*, Wiley, New York, 1996.

ESCOBAR-GARCÍA, C., «¿Constitucionalismo Global? Vicisitudes y contingencias del proceso a partir del algunas experiencias en América Latina», *Díkaion: Revista de actualidad jurídica*, Vol. 21, Núm. 1, Junio 2012, pp. 79-118.

ESPÓSITO, C., (ed.), *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo*, Dykinson, Madrid, 2001.

ESPÓSITO, C., «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, pp. 264-265.

ESTEVE, F.; PI, M. (ed.), *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado Constitucional. ¿Mejora o maquillaje?*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2005.

EVENETT, S. J.; HOEKMAN, B., *Government procurement: market access, transparency, and multilateral trade rules*, CEPR, London, 2003.

FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, Siglo XXI de España, Madrid, 2002.

FALK, R., *Predatory Globalization: Critique*, Polity Press, London, 2000.

FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, S.A., Madrid, 2001.

FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

FAUCHALD, O. K., «Flexibility and predictability under the WTO's non-discrimination clauses». *Journal of World Trade*, Vol. 37, Núm. 3, June 2003, pp. 443-482.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R.; DÍAZ BARRADO, C. M.; ALCOCEBA GALLEGO, M. A.; Manero Salvador, A. (coord.), *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2006.

FLORY, T., «Les accords du Tokio Round du GATT et la réforme des procédures de règlement dans le système comercial intératitique», *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, pp. 235-253.

FLORY, T., «L'avis 1/78 de la CJCE (accord international sur le caoutchouc naturel)», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 16, 1980, pp. 21-30.

FLORY, T.; MARTIN, F. P., «Remarques à propos des avis 1/94 et 2/92 de la Cour de Justice des Communautés Européennes au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune», *Cahiers de Droit Européen*, Núm. 3-4, 1996, pp. 379-400.

FRIEDMAN, T. L., *The Lexus and the Olive Tree*, Anchor, New York, 2000.

FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América. Vol. I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.

FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América. Vol. II*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.

FRIEDRICH, C. J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Londres, Pall Mall, 1968.

FUKUYAMA, F., *The End of History and the Last Man*, Free Press, New York, 1992.

GAGLIARDI, A. F., «The Right of Individuals to Invoke the Provision of Mixed Agreements Before the National Courts: A New Message from Luxemburg?», *European Law Review*, 1999, pp. 276-292.

GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J. C., «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria», *Información Comercial Española, El Comercio Internacional como motor de la recuperación*, Núm. 851, Noviembre-Diciembre 2009, pp. 77-95.

GARCÍA DELGADO, J. L. (dir.), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y*

España (Elementos comparativos para un debate), Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000.

GARCÍA HEREDIA, A., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista española de Derecho Financiero,* 2009, pp. 607-611.

GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos,* Alianza, Madrid, 1986.

GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

GARCÍA RUBIO, M., «On the application of customary rules of States responsibility by the WTO dispute settlement organs. A general international law perspective», *Etudes et travaux, Institut Universitarie de Hautes Études Internationales,* Genève, 2001.

GARRETT, G., «International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market», *International Organization,* Vol. 46, Núm. 2, 1992, pp. 533-560.

GARZÓN CLARIANA, G., «Settlement of Disputes in International Commodity Agreements, 1949-1979», *Rivista di Diritto Internazionale,* Vol. LXIII, 1980, pp. 392-410.

GEORGE, S.; WOLF, M., *La globalización liberal. A favor y en contra*, Editorial Anagrama, S.A., Barcelona, 2002.

GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Santillana, Madrid, 2000.

GIPPINI FOURNIER, E. (dir)., *The Uruguay Round Results, A European Lawyer's Perspective*, European University Press, Bruxelles, 1995.

GOCO, J. B., «Non-discrimination, "likeness", and market definition in World Trade Organization jurisprudence», *Journal of World Trade,* Vol. 40, Núm. 2, 2006, pp. 315-340.

GOLDBLATT, D.; HELD, D.; MCGREW, A.; PERRATON, J., *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, Polity Press, Cambridge, 2005.

GOLDESTEIN, J; MARTIN, L. L., «Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note», *International Organization*, Vol. 54, Núm. 3, 2000, pp. 603-632.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «Política comercial y globalización: la Unión Europea ante el inicio de una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Núm. 2, 2002, pp. 249-257.

GONZÁLEZ ALONSO, N. L., «El Tratado de Ámsterdam y las relaciones económicas exteriores de la Comunidad», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, Núm. 1, octubre 1997, pp. 18-30.

GONZÁLEZ ALONSO, N. L., *Política comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vicens-Vives, Barcelona, 1989.

GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, Vol. 53/2, Julio-Diciembre 2005, pp. 253-306.

GORDILLO PÉREZ, L. I.; MARTINICO, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el país de las hadas», *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 32, 2013, pp. 429-478.

GRAHAME, T.; HIRST, P., *Globalization in Question: The International Economy and the Possibilities of Governance*, Polity Press, London, 1996.

GRAIG, P.; DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

GRAMMING, S., *Trade liberalization and development: WTO and the Doha Round*, FES, Geneva, 2007.

GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000.

GRAZ, J. C., «The political economy of international trade: the relevance of the international trade organization project», *Journal of International Relations and Development*, Vol. 2, Núm. 3, September 1999, pp. 288-306.

GRILLER, S., «Judicial enforceability of WTO Law in the European Union. Annotation to Case C-149/69, Portugal v. Council», *Journal of Interational Economic Law*, Vol. 3, Núm. 3, 2000, pp. 441-472.

GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000.

GUTMAN, K., «The evolution of the Action for Damages against the European Union and its place in the System of Judicial Protection», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011.

GUYOMARD, H.; LAROCHE, C.; LE MOUËL, C., «Impacts of the Common Market Organization for Bananas on European Union markets, international trade, and welfare», *Journal of Policy Modeling*, Vol. 21, Núm. 5, 1999, pp. 619-632.

GUZMAN, A.; SIMMONS, B. A., «To Settle or Empanel? An Empirical Analysis of Litigation at the World Trade Organization», *Journal of School Leadership*, Vol. 31, Núm. 1, 2002, pp. 205-227.

HABERMAS, J., *El Derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común (en colaboración con Jacques Derrida)*, Katz Editores, Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, Madrid, Barcelona, 2003.

HALL, R. B., *Private Authority in the Changing Structure of Global Governance*, presentado en el taller sobre «Private Authority and International Order» realizado en el Watson Institute of International Studies, Brown University, 1999.

HALTERN, U., «Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination», *European Law Journal*, Vol. 9, Núm. 1, 2003, pp. 14-44.

HARDT, M.; NEGRI, A., *Imperio*, Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 2005.

HARRISON, J., «GSP conditionality and non-discrimination», *International Trade Law and Regulation*, Vol. 9, Núm. 6, 2003, pp. 159-166.

HAY, P., *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, Urbana, University of Illinois Press, 1966.

HECTH, J. C., «Operation of WTO Dispute Settlement panels: assesing proposals for reform», *Law and Policy of International Business*, Vol. 31, Núm. 3, (2000), pp. 657-664.

HELD, D., *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington*, Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2005.

HELD, D., *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.

HELD, D.; MCGREW, A., *Globalización, antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003.

HERRMANN, C. W., «Common Commercial Policy after Nice: Sisyphus would have done a better job», *Commom Market Law Review*, Vol. 39, 2002, pp. 7-29.

HEXNER, E., *The International Trade Organization and the Monetary Fund*, IMF, Washington, D.C., 1950.

HILF, M., «Power, rules and principles: which orientation for WTO/GATT law?», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2001, pp. 111-130.

HILF, M.; JACOBS, F. G.; PETERSMANN, E. U. (ed.), *The European Community and GATT*, Kluwer, Deventer/The Netherlands, 1986.

HILLION, C.; KOUTRAKOS, P. (dir.), *Mixed Agreements Revisited*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

HIPPLER BELLO, J., «The WTO Understanding – Less is More», *American Journal of International Law*, Vol. 90, Núm. 3, 1996, pp. 416-418.

HIRSH, B. R., «The WTO bananas decision: cutting through the thicket», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 11, Núm. 2, pp. 201-227.

HOEKMAN, B.; VINES, D. (ed.), «The WTO and Multilateral Trade Cooperation», *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 23, Núm. 3, Atumn 2007, pp. 311-527.

HOFMANN, R.; TONDL, G. (eds.), *The European Union and the WTO Doha Round*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

HOLDGAARD, R., «Principles of Recepcion of International Law in Community Law», en *Yearbook of European Law*, Vol. 25, Núm. 1, 2006, pp. 263-315.

HOLRLICK, G. N.; BUTTERTON, G. R., «A problem in process in WTO jurisprudence: identifying disputed issues in panel and consultations», *Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 573-582.

HOWSE, R, «Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann», *European journal of international law*, Vol. 13, Núm. 3, 2002, pp. 651-659.

HOWSE, R., «The House that Jackson Built: Restructuring the GATT System», *Michigan Journal of International Law*, Vol. 20, Núm. 2, 1999, p. 107-119.

HUDEC, R. E., «The New Dispute Settlement Process: An Overview of the First Three Years», *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 8, Núm. 2, 1999, pp. 1-53.

HUDEC, R. E., «The New WTO Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years», *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 8, Núm. 1, 1999, pp. 1-54.

HUDEC, R. E., *Adjudication of International Trade Disputes*, Thames Essay, Núm. 16, London, 1978.

HUDEC, R. E., *The GATT Legal System and the World Trade Diplomacy*, Praeger Publishers, New York, 1975, pp. 185-261.

HUESH, C. W., *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.

HUGHES, V., «¿Por qué tiene tanto éxito el sistema de solución de diferencias de la OMC?», Conferencia de la ANZSIL, Universidad de Victoria Wellington, Nueva Zelandia, 6 de julio de 2012, disponible en <http://mdsweb.vuw.ac.nz/Mediasite/Viewer/Viewers/Viewer320TL.aspx?mode=Default&peid=375b3db3-0b6d-4d8e-b3b0-7d45a9d2d904&pid=3daf095e-e1a8-4f1f-8ec2-0abfd39640be&playerType=WM7> (última revisión, 11 de abril de 2013).

HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2001.

HUNTINGTON, S. P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuter, New York, 1996.

INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Accreditation schemes and other arrangements for public participation in international fora: a contribution to the debate on WTO and transparency*, ICSTD, Geneva, 1999.

JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

JACKSON, J. H., *The Jurisprudence of GATT and the WTO. Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

JACKSON, J. H., «The WTO "constitution" and proposed reforms: the seven "mantras" revisited», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2007, pp. 67-78.

JACKSON, J. H., «International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"?», *American Journal of International Law*, Núm. 98, 2004, pp. 109-125.

JACKSON, J. H. (ed.), «Issues of *Amicus Curiae* Submissions: Note by the Editors», *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Núm. 4, December 2000, pp. 701-706.

JACKSON, J. H., «Fragmentation or Unification among International Institutions: The World Trade Organization», *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Núm. 4, 1999, pp. 823-831.

JACKSON, J. H., *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, Royal Institute of International Affairs, London, 1998.

JACKSON, J. H., *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, Chatham House Papers, The Royal Institute of International Affairs, London, 1998.

JACKSON, J. H., *The World Trading System. Law and policy of international economic relations*, MIT Press, Cambridge, London, 1997.

JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding - Misunderstanding on the Nature of Legal Obligations», *American Journal of International Law*, Vol. 91, Núm. 1, 1997, pp. 60-64.

JACKSON, J. H., «The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Núm. 1/2, 1997, pp. 157-188.

JACKSON, J. H., «Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A policy Analysis», *American Journal of International Law*, Vol. 86, Núm. 2, 1992, pp. 310-340.

JACKSON, J. H., *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press, New York, 1990.

JACKSON, J. H., «The Birth of the GATT-MNT System: A Constitutional Appraisal», *Law and Politics in International Business*, Núm. 12, 1980, pp.21-58.

JACKSON, J. H., «Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of GATT», *Journal of World Trade*, Vol. 13, Núm. 1, 1979, pp. 1-21.

JACKSON, J. H., «The Jurisprudence of International Trade: the DISC Case in GATT», *American Journal of International Law*, Vol. 72, Núm. 4, 1978, pp. 747-781.

JACKSON, J. H., *World Trade and the Law of GATT*, Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1969.

JACKSON, J. H.; SYKES, A. O., (ed.), *Implementing the Uruguay Round*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

JACKSON, V. C.; TUSHNET, M., *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999.

JACYK, D., «The Integration of Article 25 Arbitration in WTO Dispute Settlement: The Past, Present and Future», *Australian International Law Journal*, Vol. 15, pp. 235-266.

JIMINIÁN, M. V.; PRATS, E. J. (coord.), *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Liber Amicorum Juan Manual Perrellano Gómez*, Librería Jurídica Internacional, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, República Dominicana, 2014.

JOERGES, C.; FALKE, J. (ed.); *Karl Polanyi, globalisation and the potential of law in transnational markets*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2011.

JOERGES, C.; PETERSMANN, E. U., *Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2011.

JOERGES, C.; SAND, I. J.; TEUBNER, G. (ed.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, Oxford, 2004.

JONES, A., *Dictionary of Globalization*, Polity Press, Cambridge, 2006.

JONES, K., *Who's afraid of the WTO?*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2004.

JORGENSEN, K. E. (ed.), *The European Union and International Organizations*, London, Routledge, 2010.

JOSLING, T. E.; TAYLOR, T. G. (eds.), *Banana wars: the anatomy of a trade dispute*, CABI Publishing; Wallingford, Cambridge, Mass., 2003.

KASTO, J., *The function and future of the World Trade Organization: international trade law between GATT and WTO*, The Author, Hounslow, 1996.

KEARNS, J.; CHARNOVITZ, S., «Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5», *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, Núm. 2, Julio 2002, pp. 331-352.

KELLY, T., *The Impact of the WTO. The Enviroment, Public Health and Sovereignty*, Edward Publishing Limited, UK, 2007.

KENNEDY, D. L. M.; SOUTHWICK, J. D. (ED.), *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

KENNEDY, M., «Why are WTO Panels Taking Longer? And What Can Be Done About it?», *Journal of World Trade*, Vol. 45, Núm. 1, pp. 221-253.

KINGSBURY, B.; KRISCH, N., «Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order», *European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 1, 2006, pp. 1-13.

KRASNER, S. D., «Global Communications and National Power: Life on the Pareto Frontier», *World Politics*, Vol. 43, Núm. 3, 1991, pp. 336-366.

KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010.

KRENZLER, H. G.; PITSCHAS, CH., «Progress or Stagnation?: The Common Commercial Policy after Niza», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 6, 2001, pp. 291-313.

KRISCH, N., «The Pluralism of Global Administrative Law», *The European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 1, 2006, pp. 247-278.

KUHN, T. S., *Las estructuras de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

KUIJIPER, P. J., «The New WTO Dispute Settlement - The impact on the European Community», *Journal of World Trade*, Vol. 29, Núm. 6, 1995, pp. 49-72.

KWIECIEN, R., «The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty», *German Law Journal*, Vol. 6/11, 2005, pp. 1479-1496.

LACARTE, J. A., «Transparency, public debate and participation by NGOs in the WTO: a WTO perspective», *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Núm. 3, 2004, pp. 683-686.

LAING, E. A., *Equal access/non-discrimination and legitimate discrimination in International Economic Law*, University of Wisconsin, Madison, 1996.

LAS DAS, B., *La OMC y el sistema multilateral de comercio. Pasado, presente y futuro*, Icaria Editorial, Barcelona, 2004.

LAWRENCE, J. C., «Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO», *Global Constitutionalism*, Vol. 2, Núm. 1, 2013, pp. 63-90.

LEAL-ARCAS, R., *Theory and practice of EC external trade law and policy*, Cameron May, London, 2008.

LEE, P; KENNEDY, B. «The Potential Direct Effect of GATT in European Community Law», *Journal of World Trade*, Vol. 30, Núm. 1, 1996, pp. 67-89.

LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, Swett & Maxwell, London, 2011.

LIÑÁN NOGUERAS, D. J.; ARACELI MANGAS, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012.

LIU, X., «GATT/WTO promotes trade strongly: sample selection and model specification», *Review of International Economics*, Vol. 17, Núm. 3, August 2009, pp. 428-446.

LO, C., «The Shrinking role of article 25 arbitration in DSU : A proper understanding of "clearly defined" issues to enhance efficiency of WTO dispute

settlement procedure», *US-China Law Review*, Vol. 8, Núm. 10, Octubre 2010, pp. 879-897.

LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991.

LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

LÓPEZ ESCUDERO, M.; MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (coord.), *Derecho Comunitario Europeo*, McGraw Hill, Madrid, 2000.

LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LOUGHLIN, M., *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

LOUGHLIN, M., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1976.

MAAS, H. H., «The External Powers of the EEC with regard to Commercial Policy: Comment on Opinion 1/75», *Common Market Law Review*, Vol. 13, 1976, pp. 379-387.

MACCORMICK, N., *Institutions of Law. An essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007.

MAIHOFFER, W. (ed.), *Noi si mura*, European University Institute, Florence, 1986.

MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la UE*, Tecnos, Madrid, 2005.

MANSFIELD, E. D.; SISSON, R. (ed.), *Contemporary Debates in International Relations*, The Ohio State University Press, Columbia, 2003.

MARCEAU, G., «Conflict of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship Between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties», *Journal of World Trade*, Vol. 35, Núm. 6, 2001, pp. 1081-1131.

MARCEAU, G.; STILWELL, M.; «Pratical Suggestions for *Amicus Curiae* Briefs before WTO Adjudicating Bodies», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, pp. 155-187.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (dir.); MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (coord.), *Derecho Internacional y Tratado Constitucional europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MARTÍN DE LA VEGA, A., «En torno a la teoria de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo, Estudios de Deusto», Vol. 57, Núm. 2, 2009, pp. 167-191.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La competencia de la CE para celebrar el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (Comentario al Dictamen TJCE 1/94. Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994)», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 22, Núm. 2, 1995, pp. 593-618.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.; URREA CORRES, M., *Tratado de Lisboa. Textos consolidados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

MARTINES, F., «Direct Effect of International Agreements of the European Union», *European Journal of International Law*, Vol. 25, Núm. 1, 2014, pp. 129-147.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, D.; VEGA RUÍZ, Mª L.; Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, *La globalización gobernada: estado, sociedad y mercado en el siglo XXI*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2001.

MAVROIDIS, P. C., «Highway XVI re-visited: the road from non discrimination to market access in GATS», *World Trade Review*, Vol. 6, Núm. 1, 2007, pp. 1-24.

MAVROIDIS, P. C.; MONTOÑÁ MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del Sistema del GATT*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

MAVROIDIS, P. C.; PALMETER, D., *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.

MAVROIDIS, P. C.; PALMETER, D., «The WTO legal system: sources of law», *American Journal of International Law*, Vol. 92, Núm. 3, 1998, pp. 398-413.

MAVROIDIS, P. C.; SYKES, A. O. (ed.), *The WTO and international trade law/dispute settlement*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2005.

MAVROIDIS, P. C.; ZDOUC, W., «Legal Means to Protect Private Parties' Interest in the WTO», *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, Núm. 3, 1998, pp. 407-432.

MAXFIELD, S., *Gatekeepers of Growth*, Princenton University Press, Princenton, 1997.

MAYNE, R.; PICCIOTTO, S., *Regulating International Business: Beyond Liberalization*, Macmilian y Oxfam, London, 1999.

MCCALL SMITH, J., «WTO dispute settlement: the politics of procedure in Appellate Body Rulings», *World Trade Review*, Vol. 2, Núm. 1, Marzo 2003, pp. 65-100.

MCMAHON, J. A., «The longstanding banana saga: towards an acceptable solution (part 2)», *International trade law and regulation*, Vol. 12, Núm. 1, 2006, pp. 14-20.

MCMAHON, J. A., «The longstanding banana saga: towards an acceptable solution (part 1)», *International trade law and regulation*, Vol. 11, Núm. 6, 2005, pp. 181-187.

MCRAE, D., «What is the Future of WTO Dispute Settlement?», *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Núm. 1, 2004, pp. 3-21.

MEILÁN GIL, J. L., *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.

MELÉNDEZ-ORTIZ. R.; SHAFFER, G. C. (ed.), *Dispute Settlement at the WTO: The Developing Country Experience, Cambridge University Press, Cambridge*, 2010.

MELLONI, M., *The principle of national treatment in the GATT: a survey of the jurisprudence, practice and policy*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

MITCHELL, A. D.; VOON, T., «Operationalizing Special and Differential Treatment in the World Trade Organization: Game Over?», *Global Governance*, Vol. 15, Núm. 3, 2009, pp. 343-358.

MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002*, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, Cedma, Ediciones de Intervención Cultural, Málaga, 2002.

MONTAÑÁ I MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT. Una nueva era en la solución de diferencias comerciales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

MONTAÑA I MORA, M., «*Equilibrium*. A Rediscovered Basis for the Court of Justice of the EC to Refuse Direct Effect to the Uruguay Round Agreement?», *Journal of World Trade*, Vol. 30, Núm. 5, 1996, pp. 43-59.

MONTAÑA I MORA, M., «A GATT with Teeth: Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 31, 1993, pp. 103-106.

MOSOTI, V., «Non-discrimination and its dimensions in a possible WTO framework agreement on investment: reflections on the scope and policy space for the development of poor economies», *Journal of World Investment*, Vol. 4, Núm. 6, 2003, pp. 1011-1046.

MOSTESQUIEU, C. DE S., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995.

MYERS, G., *Banana wars: the price of free trade: a Caribbean perspective*, Zed Books, London, 2004.

NEFRAMI, E., «La politique commercial commune selon le Traité de Nice», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 35, Núm. 5-6, 2001, pp. 605-646.

NEFRAMI, E., «Quelques réflexions sur la réforme de la politique commerciale par le Traité d'Amsterdam: Le maintien du *statu quo* et l'unité de représentation internationale de la Communauté», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 34, Núm. 1-2, 1998, pp. 137-160.

NI CHATHAIN, C., «The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?», *European Law Journal*, Vol. 5, Núm. 4, 1999, pp. 461-478.

NUESCH, S., *Voluntary export restraints in WTO and EU law: consumers, trade regulation and competition policy*, Peter Lang, Bern, 2010.

NUGENT, N., *The European Commission*, Palgrave, New York, 2001.

NUTTAL, S.; NOËL, E., «The Functioning of the Commission on the EC's», *In Memoriam J.D.B. Mitchell*, Sweet and Maxwell, Cambridge, 1983.

O'CONNOR, B., «Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – The Bananas and the Hormones Cases», *Journal of World Trade*, Vol. 38, Núm. 2, 2004, pp. 245-266.

OLIET PALÁ, A. (coord.), *Globalización, Estado y democracia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2003.

OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid, 2004.

OLSEN, B. E.; STEINICKE, M.; SORENSEN, K. E. (ed.), *WTO Law: From a European Perspective*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2012.

OMC, *Diez malentendidos frecuentes sobre la OMC*, División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación, Ginebra, 2007. Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/res_s/doload_s/10mis_s.pdf> (última revisión, 5 de marzo de 2011).

OMC, *Handbook on the Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

O'MEARA, N.; BURTENSHAW, C., «Banana Wars - ECJ will not make good damage resulting from EC's failure to comply with WTO agreements», *Bulletin of international legal developments*, Vol. 20, 2008, pp. 229-231.

ORTINO, F., *Basic legal instruments for the liberalisation of trade: a comparative analysis of EC and WTO law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2004.

ORTINO, F.; PETERSMANN, E. U.; POLLACK, M. A. (dir.), *Transatlantic Economic Dispute*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

ORTINO, F.; RAGOSTA, J. A., PETERSMANN, E. U. (ed.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer, The Hague, 2004.

OSTERHOUDT BERKEY, J., «The European Court of Justice and Direct Effect of GATT: A Question worth Revisiting», *European Journal of International Law*, 1998, Vol. 9, pp. 626-657.

PACE, V., *L'OMC et le reforcement de la reglamentation juridique des echanges comerciaux internaux*, L'Harmattan, Paris, 2000.

PALMETER, D., *Dispute Settlement in the WTO: Practices and Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

PALMETER, D., «The WTO dispute settlement mechanism. Compliance with WTO ruling and other procedural problems», *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 4, Núm. 2, March 2001, pp. 291-294.

PALMENTER, D.; MADROIDIS, P. C., «The role of law», *American Journal of International Law*, Vol. 92, Núm. 3, 1998, pp. 398-413.

PALMETER, D.; SCHROPP, S., «Commentary on the Appellate body report in EC-bananas III (article 21.5): waiver-thin, or lock, stock, and metric ton», *World trade review*, Vol. 9, Núm. 1, 2010, pp. 7-58.

PARLIN, C., «Operation of consultations, deterrence and mediation», *Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 565-572.

PAUWELYN, J. H., «The Transformation of World Trade», *Michigan Law Review*, Vol. 104, Núm. 1, 2005, pp. 1-70.

PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates so Other Norms of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

PAUWELYN, J., «A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective Nature?», *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 5, 2003, pp. 907-951.

PAUWELYN, J., «Limits of Litigation: "Americanization" and Negotiation in the Settlement of WTO Disputes», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, Núm. 1, 2003, pp. 121-140.

PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO – Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *American Journal of International Law*, Vol. 94, Núm. 2, 2000, pp. 335-347.

PAUWELIN, J., «The WTO legal system: source of public international law in the WTO: How far can we go?», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 3, 2001, pp. 535-578.

PAUWELYN, J., «The role of public international law in the WTO: How can we go?», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 3, 2001, pp. 595-578.

PÁZTOR, T., «Redressing the Legitimacy Deficit within the World Trade Organization: The Aspect of External Transparency», *Legal Núm. of Economic Integration*, Vol. 38, Núm. 2, 2001, pp. 165-168.

PECHO, P.; VAN WAEYENBERGE, A., «La responsabilité "sans faute" en droit communautaire», *Journal des tribunaux / droit européen*, Núm. 158, 2009, pp. 93-99.

PEDERSEN, P. N., «The WTO decision-making process and internal transparency», *World Trade Review*, Vol. 5, Núm. 1, March 2006, pp. 103-131.

PELZMAN, J.; SHOHAM, A., «WTO Enforcement Issues», *Global Economy Journal*, Vol. 7, Núm. 1, 2007, pp. 1-27.

PÉREZ TREMPS, P., «Unidad del ordenamiento y derecho comunitario», *Revista Vasca de Administración Pública*, Vol. 65, Núm. 2, 2003, pp. 123-144.

PESCATORE, P., «Opinion 1/94 on "Conclusion" of the WTO Agreement: Is there an Escape from a Programmed Disaster?», *Common Market Law Review*, Vol. 36, Núm. 2, 1999, pp. 21-33.

PESCATORE, P., «The GATT Dispute Settlement Mechanism – Its Present Situation and its Prospects», *Journal of World Trade*, Vol. 27, Núm. 1, 1993, pp. 5-20.

PESCATORE, P., «The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community», *European Law Review*, Vol. 8, 1983, p. 155.

PETERS, A., «The Position of International Law within the European», *German Yearbook of International Law*, Vol. 40, 1997, pp. 9-77.

PETERSMANN, E. U., «Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: A Rejoinder», *European Journal of International Law*, Vol. 19, Núm. 5, 2008, pp. 955-960.

PETERSMANN, E. U., «Justice in International Economic Law? From the "International Law among States" to "International Integration Law" and "Constitutional Law"», *EUI Working Papers*, Núm. 46, 2006, p. 1-37.

PETERSMANN, E. U., «The WTO Constitution and Human Rights», *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Núm. 3, 2000, pp. 19-25.

PETERSMANN, E. U., «Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration», *European Journal of International Law*, Vol. 13, Núm. 3, 2002, pp. 621-650.

PETERSMANN, E. U. (dir.), *Preparing the Doha Development Round: Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding*, IEI/RSC, Florence, 2002.

PETERSMANN, E. U. (ed.), *Studies in Transnational Economic Law. Volume 11. International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.

PETERSMANN, E. U., «Dispute settlement in international economic law - lessons for strengthening international dispute settlement in non-economic areas», *Journal of International Economic Law*, Vol. 2, Núm. 2, 1999, pp. 188-248.

PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

PETERSMANN, E. U., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer International Law, London, The Hague, Boston, 1997.

PETERSMANN, E. U., *The GATT Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, London, 1997.

PETERSMANN, E. U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System, International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, London, 1997.

PETERSMANN, E. U., «Constitutionalism and International Organizations», *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 17, Núm. 1, 1997, pp. 398-469.

PETERSMANN, E. U., «How to Reform the UN System? Constitutionalism, International Law, and International Organizations», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10, Núm. 3, 1997, p. 421-474.

PETERSMANN, E. U., «The transformation of the World Trading System through 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization», *European Journal of International Law*, Vol. 6, 1995, pp. 161-221.

PETERSMANN, E. U. «Economic, legal and political functions of the principle of non-discrimination», *World Economy*, Vol. 9, Núm. 1, 1986, pp. 113-124.

PETERSMANN, E. U., *The European Communitty and the GATT*, Kluwer, Deventer, 1986.

PETERSMANN, E. U., «Application of GATT by the Court of Justice of the European Communities», *Common Market Law Review*, Vol. 20, Núm. 3, 1983, pp. 397-437.

PIÉROLA, F., «Some Thoughts about the Usefulness of Mutually-Agreed Solutions in WTO Dispute Settlement», *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 3, Número 2, 2008, pp. 81-83.

PIÉROLA, F., «The issue of exclusion of jurisdiction in the light of the Appellate Body report in European Communities - Bananas III (article 21.5 II)», *Global trade and customs journal*, Vol. 4, Núm. 4, 2009, pp. 129-130.

PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspecivas*, Cameron May, London, 2008.

PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

PORTER, R. B., *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millenium*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., 2001.

PRECHAL, S., «Does Direct Effect Still Matter?», *Common Market Law Review*, Vol. 37, Núm. 5, 2000, pp. 1047-1069.

QURESHI, A. H., *The World Trade Organization. Implementing International Trade Norms*, Manchester University Press, Manchester, 1996.

RATNESH, K., *WTO (World Trade Organisation): structure, functions, tasks and challenges*, Deep & Deep Publications, New Delhi, 2002.

RAUX, J., «Les accords externes de la C.E.E. L'avis de la Cour de Justice des Communautés Européennes au titre de l'article 228 paragraphe 1, deuxième alinéa du

Traité C.E.E. (11 novembre 19755)», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Núm. 3, 1976, pp. 482-495.

REINALDA, B.; VERBEEK, B. (ed.), *Decision making within international organizations*, Routledge, London, 2004.

REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, 1997.

REMIRO BROTÓNS, A.; ESPÓSITO, C. (ed.), *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo*, Dykinson, Madrid, 2001.

RIDEAU, J., *De la Communauté de droit à l'Union de droit: Continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000.

RIFKIN, J., *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2004.

RIFKIN, J., *La era del acceso: la revolución de la nueva economía*, Paidós, Barcelona, 2000.

ROBERTS, C., «Liberalising international trade in services through the WTO: How rich and poor countries alike will gain», *International Trade Law and Regulation*, Vol. 13, Núm. 3, May 2007, pp. 51-56.

ROBERTS, L. D., «Beyond Notions of Diplomacy and Legalism: Building a Just Mechanism for WTO Dispute Settlement Resolution», *American Business Law Journal*, Vol. 40, 2003, pp. 511-562.

RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación*, Tecnos, Madrid, 1997.

ROSAS, A., «International Dispute Settlement: EU Practice and Procedures», *GYBIL*, Vol. 46, 2003, pp. 284-322.

ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2001, pp. 138-144.

ROSE, A. K., «Does the WTO make trade more stable?», *Open Economies Review*, Vol. 16, Núm. 1, 2005, pp. 7-22.

ROSE, A. K., «Do WTO members have more liberal trade policy?», *Journal of International Economics*, Vol. 63, Núm. 2, July 2004, pp. 209-236.

ROSENAU, J. N., *Turbulence in World Politics: A Theory of Change and Continuity*, Princenton University Press, Princenton, 1990.

RUBIN, S. J., *The judicial review problem in the International Trade Organization*, Harvard Law Review Association, Cambridge, 1949.

RUIZ FABRI, H., «Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations», *The European Journal of International Law*, Vol. 25, Núm. 1, 2014, pp. 151-173.

SABEL, C.; ZEITLIN, J., «The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU», *European Law Journal*, Vol. 14, Núm. 3, 2008, pp. 271-327.

SACERDOTI, G., «The dispute settlement system of the WTO: structure and function in the perspective of the first 10 years», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 5, Núm. 1, 2006, pp. 49-75.

SALACUSE, J., *Making Global Deals: What Every Executive Should Know about Negotiation*, Time Books, New York, 1992.

SCHARTZ, W. F.; SYKES, A. O., «The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the WTO/GATT, System», *Journal of the Learning Sciences*, Vol. 31, Núm. 1, 2002, pp. 179-204.

SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot, München, 1928.

SCHOENBAUM, T. J., «The Theory of Contestable Markets in International Law – A Rationale for "Justifiable" Unilateralism to combat Restrictive Business Practices», *Journal of World Trade*, Vol. 30, 1996, pp. 161-181.

SCHUYLER, G. T., «Power to the people: Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Resolution System», *Fordham Law Review*, Vol. 65, Núm. 5, 1997, pp. 2275-2311.

SEBASTIAN, T., «World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness», *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, Núm. 2, 2007, pp. 337-382.

SHAFFER, G., «What's New in the EU Trade Dispute Settlement? Judicialization, Public-Private Partnership and the WTO Legal Order», *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, Núm. 6, 2006.

SHOYER, A. W.; SOLOVY, E. M., «The process and procedure of litigation at the World Trade Organization: a review of the work of the Appellate Body», *Journal of Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 677-696.

SHWARZE, J.; SCHERMERS, H. (eds.), *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.

SINCLAIR, T. J., «Passing Judgement: Credit Rating Processes as Regulatory Mechanisms of Governance in the Emerging World Order», *Review of International Political Economy*, Núm. 1, 1994, pp. 133-159.

SINCLAIR, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984.

SINGER, P., *Un solo mundo: la ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003.

SMITH, D.A.; SOLINGER, D. J.; TOPIK, S.C., *States and Sovereignty in the Global Economy*, Routledge, London, 1999.

STEENBERGEN, J., «La notion de Politique Commerciale Commune après l'avis 1/78 de la Cour de Justice», *Cahiers de Droit Européen*, 1980, pp. 54-74.

STEGER, D. (ed.), *Redisigning the World Trade Organization for the Twenty-First Century*, Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, 2009.

STEWART, T. P.; KARPEL, A.A., «Review of the Dispute Settlement Understanding: operation of panels», *Law and Policy of International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 593-656.

STIGLITZ, J. E., *El malestar en la globalización*, Santillana Ediciones Generales, S.L., Madrid, 2002.

STIGLITZ, J. E., *Globalization and its Discontents*, W.W. Norton & Company, New York, 2002.

SUBRAMANIAN, A.; WEI, Shang-Jin., *The WTO promotes trade, strongly but unevenly*, IMF, Washington, 2003.

SUTHERLAND, P. (Presidente); BHAGWATI, J.; BOTCHEWEY, K.; FITZGERALD, N.; HAMADA, K.; JACKSON, J. H.; LAFER, C.; DE MONTBRIAL, T., *El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, OMC, Suiza, 2004. Para acceso al informe completo, <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/10anniv_s/future_wto_s.htm> (última revisión, 4 de mayo de 2011).

TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?*, Carata, Madrid, 2007.

TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the "Scope of Manoeuvre"?», *European Journal of International Law*, Vol. 15, Núm. 5, 2004, pp. 933-961.

TEUBNER, G., «After Privatization? Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes», *Current Legal Problems*, Núm. 51, 1998, pp. 393-424.

THIES, A., «EU membership of the WTO: International trade disputes and judicial protection of individuals by EU Courts», *Global Constitutionalism*, Vol. 2, Núm. 2, Julio 2013, pp. 237-261.

THOMAS, S., «La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission (Arrêt "FIAMM")», *Revue du droit de l'Union européenne*, Núm. 4, 2008, pp. 873-882.

TIJMES-LHL, J., «Consensus and majority voting in the WTO», *World Trade Review*, Vol. 8, Núm. 3, 2009, pp. 430-431.

TORRES DEL MORAL, A., *Introducción al Derecho constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1996.

TOURAINE, A., *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Barcelona, 2005.

TRACHTMAN, J. P., «The constitutions of the WTO», *European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 3, 2006, pp. 623-645.

TRACHTMAN, J. P., *The Economic Structure of International Law*, Harvard University Press, Cambridge, New York, 2008.

TRACHTMAN, J. P., «Bananas, direct effect and compliance», *European journal of international law*, Vol. 10, Núm. 4, 1999, pp. 655-678.

TROMMER, S. M., «Special market economy: undermining the principles of the WTO?», *Chinese Journal of International Law*, Vol. 6, Núm. 3, 2007, pp. 565-600.

TSAGOURIAS, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

TSOUKALIS, L., *¿Qué Europa queremos?: Los retos políticos y económicos de la nueva Unión Europea*, Paidós, Barcelona, 2004.

USHER, J., «Elastic Boundaries of Exclusive Competence? Comment on *Opinion 1/78*», *European Law Review*, Vol. 5, 1980.

VAN AAKEN, A., «To Do Away with International Law? Some limits to "The Limits of International"», *The European Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 1, 2006, pp. 289-308.

VAN BAEL, I., «The GATT Dispute Settlement Procedure», *Journal of World Trade*, Núm. 4, 1988, pp. 66-77.

VAN DAMME, I., *Treaty interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, New York, 2009.

VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

VAN DER BORGHT, K. (ed.), *Essays on the future of the WTO: finding a new balance*, Cameron May, London, 2003.

VAN DIJK, P., *Supervisory mechanisms in international economic organizations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Denventer, 1984.

VANGRASSTEK, C., *The History and Future of the World Trade Organization*, World Trade Organization, Geneva, 2013

VÖLKER, E.L.M. (ed.), *Protectionism and the European Community*, Kluwer, Deventer, 1987.

VON BOGDANDY, A., «Legal Effects of World Trade Organization Decisions Within the European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC», *Journal of World Trade*, Vol. 39, Núm. 1, 2005, pp. 45-66.

VON BOGDANDY, A.; MAVROIDIS, P. C.; MÉNY, Y. (ed)., *European integration and international co-ordination: studies in transnational economic law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Kluwer Law International, The Hague, London, 2002.

VRANES, E., «The WTO and regulatory freedom: WTO disciplines on market access, non-discrimination and domestic regulation relating to trade in goods and services», *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, Núm. 4, 2009, pp. 953-988.

WAELBROECK, M. «Effect of GATT within the legal order of the EEC», *Journal of World Trade Law*, Vol. 8, Núm. 6, 1974, pp. 614-623.

WAINCYMER, J., *WTO litigation. Procedural aspects of formal dispute settlement*, Cameron, London, 2002, pp. 264-266.

WALKER, N., «Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A Tale of Two Neologisms», *Transnational Legal Theory*, Vol. 3, Núm. 1, 2012, pp. 61-85.

WEILER, J. H. H.; EISGRUBER, C.L. (ed.), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monet Working Paper 5/04, New York/Princenton 2004, disponible en <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040501-14.pdf> (última revisión, 07 de marzo de 2014).

WEILER, J. H. H. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

WEISS, F. (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals*, Cameron May, London, 2000.

WEISS, F.; WIERS, J. (dir.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Cameron May Publishers, London, 2003.

WEISSE-MARCHAL, C., «Responsabilité extracontractuelle de la Communauté du fait de son activité normative», *Recueil Le Dalloz*, 2008, pp. 3129-3132.

WETHINGTON, O. L., «Commentary on the consultation mechanism under the WTO dispute Settlement Understanding during its first five years», *Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 583-591.

WILKINSON, R., *Multilateralism and the World Trade Organisation: the architecture and extension of international trade regulation*, Routledge, London, New York, 2000.

WILSON, B., «Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: the Record to Date», *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Núm. 2, pp. 397-403.

WINTER, J. A., «Direct applicability and direct effect. Two distinct and different concepts in Community TLaw», *Common Market Law Review*, Vol. 9, Núm. 4, 1972, pp. 425-438.

WOLFE, R., «The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor», *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, Núm. 4, 2009, pp. 835-858.

WORLD TRADE ORGANIZATION, *From GATT to the WTO: the multilateral trading system in the new millennium*, Kluwer, The Hague, London, 2000.

WOUTERS, J.; NOLLKAEMPER, A.; DE WET, E. (ed.), *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2008.

YERXA, R.; WILSON, B. (dir.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

ZAHRNT, V., «The benefits of trade liberalisation and WTO members' negotiating positions: are imports really bad?», *Aussenwirtschaft*, Vol. 63, Núm. 2, 2008.

ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

ZHANG, X., «Implementation of the WTO Agreements: framework and reform», *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 23, Núm. 2, 2003, pp. 383-432.

ZIMMERMANN, T. A., *Negotiating the Review of the WTO Dispute Settlement Understanding*, Cameron May, London, 2005.

ZONNEKEYN, G. A., «The Status of Adopted Panel and Appellate Body Reports in the European Court of Justice and the European Court of First Instance – The Banana Experience», *Journal of World Trade*, Vol. 34, Núm. 2, 2000, pp. 93-108.

2. FUENTES NORMATIVAS

Acuerdo sobre la OMC - Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, que se encuentra en *United Nations Treaty Series*, núm. I-31874, vols. 1867-1869. WTO Doc. LT/UR/A/2. En España en el BOE de 24 de enero de 1995, <http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/A02206-02206.pdf> (última revisión, 15 de marzo de 2011), en tres suplementos: <http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/C00003-00282.pdf> (última revisión, 15 de marzo de 2011). En el ordenamiento jurídico de la UE se publicó como se señala a continuación, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 y aprobado mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones unilaterales de la ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1).

Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC - Decisión sobre la aplicación y examen del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por lo que se rige la solución de diferencias de 15 de abril de 1994 (LT/UR/D-1/6).

Convención Montego Bay - Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, «BOE» núm. 39, de 14 de febrero de 1997, pp. 4966 – 5055, disponible en la página web oficial del Boletín Oficial del Estado <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-3296> (última revisión, 18 de diciembre de 2014).

CVDT - Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, «BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980, pp. 13099-13110, disponible en la página web oficial del Boletín Oficial del Estado <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1980-11884> (última revisión, 17 de diciembre de 2014).

Decisión 94/800/CE, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia,

de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO, serie L, nº 336).

Decisión del Consejo de 26 de julio de 2010 por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior (DO, serie L, nº 201, de 3 de agosto de 2010).

Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, adoptada el 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2 de 20 de noviembre de 2001. Puede verse también el sistema de notificaciones regulado para el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias en el siguiente enlace <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_s.htm> (última revisión, 3 de septiembre de 2012).

Dictamen 1/75 de 11 de noviembre de 1975, Arreglo relativo a una Norma para los gastos sociales (*Rec.* p. 1355).

Dictamen 1/78 de 4 de noviembre de 1979, Acuerdo internacional sobre el caucho natural (*Rec.* p. 2871).

Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, Competencia de la Comunidad para celebrar los Acuerdos internacionales en materia de servicios y protección de la propiedad intelectual (*Rec.* p. I-5267).

Dictamen 2/92 de 24 de marzo de 1995, Competencia de la Comunidad para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional (*Rec.* P. I-521).

Directiva 81/602/CEE del Consejo, de 31 de julio de 1981, referente a la prohibición de determinadas sustancias de efecto hormonal y de sustancias de efecto tireostático (DO L 222, p. 32; EE 03/23, p. 38).

Directiva 88/146/CEE del Consejo, de 7 de marzo de 1988, por la que se prohibe la utilización de ciertas sustancias de efecto hormonal en el sector animal (DO L 70, p. 16).

Directiva 96/22/CE, por la que se prohibe utilizar en la cría de ganado determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático así como sustancias ß-agonistas y por la que se derogan las Directivas 81/602/CEE, 88/146/CEE y 88/299/CEE (DO L 125, p. 3).

Disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC - WT/COMTD/W/77 de 25 de octubre de 2000; Trato especial y diferenciado para los países menos adelantados, documento WT/COMTD/W/135 de 5 de octubre de 2004 y el *Annex II: Summary of Provisions Contained in the Uruguay Round Agreements for the Differential and More Favourable Treatment of Developing and Least Developed Countries.* Documentos disponibles en <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/dev_special_differential_provisions_s.htm> (última revisión, 15 de mayo de 2013).

Enmienda de determinadas disposiciones del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, Comunicación de Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Ecuador, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela, documento WT/MIN(01)/W/6 de 1 de noviembre de 2001.

Establecimiento del Órgano de Apelación Recomendaciones del Comité Preparatorio a la OMC aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias el 10 de febrero de 1995, documento WT/DSB/1 de 19 de junio de 1995.

Normas de conducta para la aplicación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, WT/DSB/RC/1 de 11 de diciembre de 1996.

Normas de Conducta de la Secretaría del Órgano de Apelación figuran en el anexo II de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6 de 16 de agosto de 2010. La normativa completa de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, se encuentra a disposición en la propia página web de la Organización, <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_s.htm> (última revisión, 10 de septiembre de 2012).

Normas que rigen el proceso sustanciado ante el GE son el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC, el Apéndice 3 del ESD y las Normas de Conducta recogidas en el documento WT/OSD/RC, de 11 de diciembre de 1996.

Notificaciones - «Entendimiento relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia» del GATT de 1947, *IBDD* 26S/229.

OIC - Carta de la Habana - United Nations Conference on Trade and Employement, Cuba, from November 21, 1947 to March 24, 1948, Final Act and Related Documents, Doc. E/CONF. 2/78.

OIC - Conferencia de la ONU sobre comercio y empleo celebrada en La Habana (Cuba) del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948. El Acta final y documentos conexos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el comercio y el empleo celebrada en La Habana del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948, E/CONF. 2/78, se encuentra en la página web de la OMC: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf> (última versión, 18 de mayo de 2012).

OIT - Normas de la Organización Internacional del Trabajo, <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm> (última revisión, 15 de julio de 2013).

ONU - Acuerdos Multilaterales Medioambientales, <http://www.pnuma.org/acuerdos/> (última revisión, 15 de julio de 2013).

Procedimiento específico para la presentación y el tratamiento de las notificaciones, véase el documento WT/INF/124, de 20 de marzo de 2007. Esta nota de información va dirigida a las delegaciones de los Miembros y ofrece orientación sobre el procedimiento que ha de seguirse cuando se presenten notificaciones a la Secretaría. Para obtener más información sobre notificaciones, véase la propia página web de la Organización Mundial del Comercio, <http://www.wto.org/english/tratop_e/statra_e/notifstatr.htm> (última revisión, 1 de agosto de 2012).

Procedimientos de notificación regulados por el Derecho de la OMC véase: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/teccop_s/tctdnot_s.htm> (última revisión, 5 de julio de 2013).

Reglamento (CE) n° 3286/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los Derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajos los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOCE, serie L, n° 349, de 31 de diciembre de 1994). Modificado por el Reglamento (CE) n° 125/2008, de 12 de febrero de 2008 que modifica el Reglamento (CE) no 3286/94 del Consejo, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los Derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE, serie L, nº 40/1, de 14 de febrero de 2008).

Reglamento (CE) nº 1190/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, por el que se modifica por centésimo primera vez el Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes (DOUE, serie L, nº 322, de 2 de diciembre de 2008).

Reglamento (CE) nº 1261/2006 de la Comisión, de 23 de agosto de 2006, que modifica el Reglamento (CE) nº 219/2006 relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario para la importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 230, de 24 de agosto de 2006).

Reglamento (CE) nº 1549/2006 de la Comisión, de 17 de octubre de 2006 por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) no 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE, serie L, nº 274, de 18 de octubre de 2007).

Reglamento (CE) nº 1637/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica el Reglamento (CEE) nº 404/93 del Consejo por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DOUE, serie L, nº 210, de 28 de julio de 1998).

Reglamento (CE) nº 1789/2006 de la Comisión, de 5 de diciembre 2006, relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario de importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007 (DOUE, serie L, nº 339, de 6 de diciembre de 2006).

Reglamento (CE) nº 2014/2005 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2005, relativo a los certificados en el ámbito del régimen a la importación de plátanos en la Comunidad para los plátanos despachados a libre práctica con el derecho arancelario establecido en el arancel aduanero común (DOUE, serie L, nº 324, de 10 de diciembre de 2005).

Reglamento (CE) nº 2015/2005 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2005, relativo a las importaciones de plátanos originarios de los países ACP en el marco del contingente arancelario abierto por el Reglamento (CE) nº 1964/2005 del Consejo sobre los tipos arancelarios aplicables a los plátanos, durante enero y febrero de 2006 (DOUE, serie L, nº 324, de 10 de diciembre de 2005).

Reglamento (CE) nº 2149/2005 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2005, por el que se fijan los coeficientes de reducción aplicables a las solicitudes de certificados de importación de plátanos originarios de los países ACP para enero y febrero de 2006, (DOUE, serie L, nº 342, de 24 de diciembre de 2005).

Reglamento (CE) nº 219/2006 de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario para la importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 38, de 9 de febrero de 2006).

Reglamento (CE) nº 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 404/93 del

Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad, (DOCE, serie L, nº 293, de 28 de octubre de 1998).

Reglamento (CE) nº 2587/2001 del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, que modifica el Reglamento (CEE) nº 404/93, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano, (DOCE, serie L, nº 345/13, de 29 de diciembre de 2001).

Reglamento (CE) nº 325/2006 de la Comisión, de 23 de febrero de 2006, por el que se fijan los coeficientes de reducción aplicables a las solicitudes de certificados de importación de plátanos originarios de los países ACP para el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 54, de 24 de febrero de 2007).

Reglamento (CE) nº 566/2006 de la Comisión, de 6 de abril de 2006, que modifica el Reglamento (CE) nº 2014/2005, relativo a los certificados en el ámbito del régimen a la importación de plátanos en la Comunidad para los plátanos despachados a libre práctica con el derecho arancelario establecido en el arancel aduanero común; establece excepciones a dicho Reglamento, y modifica el Reglamento (CE) nº 219/2006, relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario para la importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 99, de 7 de abril de 2006).

Reglamento (CE) nº 966/2006 de la Comisión, de 29 de junio de 2006, que modifica el Reglamento (CE) nº 219/2006 relativo a la apertura y el modo de gestión del contingente arancelario para la importación de plátanos del código NC 08030019 originarios de los países ACP durante el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2006 (DOUE, serie L, nº 176, de 30 de junio de 2006).

Reglamento (CEE) nº 1442/93 de la Comisión, de 10 de junio de 1993, por el que se establecen disposiciones de aplicación del régimen de importación de plátanos en la Comunidad, (DOUE, serie L, nº 142/6, de 12 de junio de 1993).

Resolución de 5 de septiembre de 2000 sobre el establecimiento de una diplomacia común [*2000/2006(INI)*]. Comisión Europea: *Talking Europe to the World.*

50 Years of the European Commission's External Service, OPOCE, Bruselas, 2004, disponible en <http://www.eeas.europa.eu/delegations/docs/50_years_brochure_en.pdf> (última reivisión, 27 de junio de 2014).

Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la UE, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos. Publicado en el Diario Oficial n° C 340 de 10 de noviembre de 1997. «BOE» núm. 109, de 7 de mayo de 1999, en base a la autorización concedida por la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre («BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1998).

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea**,** firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, «DOUE» núm. 306, de 17 de diciembre de 2007, pp. 1 – 271, disponible en la página web oficial del Boletín Oficial del Estado <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2007-70005> (última revisión, 18 de diciembre de 2014).

Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la UE, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° C 80/01de 10 de marzo de 2001. El Tratado de Niza fue publicado en el BOE número 267, del 7 de noviembre de 2001. El Tratado de Niza entró en vigor de forma general y para España el 1 de febrero de 2003.

UNCTAD - *Generalized System of Preferences. List of Beneficiaries.* UNCTAD/ITCD/TSB/Misc.62/Rev.3. Ginebra, Nueva York, 2008.

3. FUENTES JURISPRUDENCIALES

Acuerdo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD - CE – Medidas que prohíbe la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS401/16 de 8 de septiembre de 2014.

Acuerdo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD de la diferencia CE - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos WT/DS291/35 de 26 de junio de 2007.

Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21de la diferencia CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/15; WT/DS48/13 de 29 de mayo de 1998.

Asunto 103/88, *Fratelli Costanzo SpA, sociedad italiana con domicilio social en Misterbianco, y Municipio de Milán*, STJCE 22 junio 1989, [ECLI:EU:C:1989:256].

Asunto 103/88, *Fratelli Costanzo SpA, sociedad italiana con domicilio social en Misterbianco, y Municipio de Milán*, STJCE 22 junio 1989, [ECLI:EU:C:1989:256].

Asunto 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal*, STJCE 9 marzo 1978, [ECLI:EU:C:1978:49].

Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH, con domicilio social en Frankfurt am Main, y Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, de Frankfurt am Main*, STJCE 17 diciembre 1970, [ECLI:EU:C:1970:114].

Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH, con domicilio social en Frankfurt am Main, y Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, de Frankfurt am Main*, STJCE 17 diciembre 1970, [ECLI:EU:C:1970:114].

Asunto 54/81, *Firma Wilhelm Fromme, Salzgitter, y Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung [Federal Office for the Organization of Agricultural Markets], Frankfurt am Main*, STJCE 6 mayo 1982, [ECLI:EU:C:1982:142].

Asunto 6/64, *Flaminio Costa y ENEL (Ente Nazionale Energía Elettrica, empresa que pertenecía anteriormente a la Edison Volta)*, STJCE 15 julio 1964 [ECLI:EU:C:1964:66].

Asunto 68/88, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica*, STJCE 21 septiembre 1989, [ECLI:EU:C:1989:339].

Asunto 71/76, *Jean Thieffry y Conseil de l'ordre des avocats á la cour de París*, STJCE 18 abril 1977, [ECLI:EU:C:1977:65].

Asunto 804/79, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, STJCE 5 mayo 1981, [ECLI:EU:C:1981:93].

Asunto C-10/61, *Comisión de la Comunidad Económica Europea v. Gobierno de la República Italiana*, STJCE 27 febrero 1962 [ECLI:EU:C:1962:2].

Asunto C-104/81, *Hauptzollamt Mainz (Administración Principal de Aduanas de Mainz) v. C. A. Kupferberg & Cie KG a.A., Mainz,* STJCE 26 octubre 1982 [ECLI:EU:C:1982:362].

Asunto C-104/97 P, *Atlanta v. Comunidad Europea*, Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo 6 mayo 1999 [ECLI:EU:C:1999:234].

Asunto C-104/97 P, *Atlanta v. Comunidad Europea*, STJCE 14 octubre 1999 [ECLI:EU:C:1999:498].

Asunto C-12/86 *Meryem Demirel* v. *Stadt Schwäbisch Gmünd*, Conclusiones del Abogado General Sr. Marco Darmon 19 mayo 1987 [ECLI:EU:C:1987:232].

Asunto C-12/86 *Meryem Demirel* v. *Stadt Schwäbisch Gmünd*, STJCE 30 septiembre 1987 [ECLI:EU:C:1987:400].

Asunto C-122/95, *República Federal de Alemania v. Consejo*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 1998 [ECLI:EU:C:1998:94].

Asunto C-13/00, *Comisión* v. *Irlanda*, STJUE 19 marzo 2012 [ECLI:EU:C:2002:184].

Asunto C-13/07, *Comisión de las Comunidades Europeas* v. *Consejo de la Unión Europea*, Conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott 26 marzo 2009 [ECLI:EU:C:2009:190].

Asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio 25 febrero 1999 [ECLI:EU:C:1999:92].

Asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 23 noviembre 1999 [ECLI:EU:C:1999:574].

Asunto C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. y Hauptzollamt Mainz*, Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. Jacobs 4 diciembre 1997 [ECLI:EU:C:1997:582].

Asunto C-162/96, *Racke GmbH & Co. y Hauptzollamt Mainz*, STJCE 16 junio 1998 [ECLI:EU:C:1998:293].

Asunto C-17/81, *Pabst & Richarz KG* v. *Hauptzollamt Oldenburg*, Conclusiones del Abogado General Sra. Simone Rozes 28 enero 1992 [ECLI:EU:C:1982:21].

Asunto C-17/81, *Pabst & Richarz KG* v. *Hauptzollamt Oldenburg*, STJCE 29 abril 1982 [ECLI:EU:C:1982:129].

Asunto C-181/73, *Société de personnes à responsabilité limitée R. & V. Haegeman v. Estado Belga*, STJCE 30 abril 1974 [ECLI:EU:C:1974:41].

Asunto C-2/74, *Jean Reyners* y *Estado Belga*, STJCE 21 junio 1974 [ECLI:EU:C:1974:68].

Asunto C-200/96, *Metronome Musik GmbH* y *Music Point Hokamp GmbH*, STJCE 28 abril 1998 [ECLI:EU:C:1998:172].

Asunto C-22/70, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 31 marzo 1971 [ECLI:EU:C:1971:32].

Asunto C-25/94, *Comisión v. Consejo*, STJCE 19 marzo 1996 [ECLI:EU:C:1996:114].

Asunto C-26/62, *NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen (Administración Tributaria neerlandesa)*, STJCE 5 febrero 1963 [ECLI:EU:C:1963:1].

Asunto C-266/03, *Comisión* v. *Luxemburgo*, STJCE 2 junio 2005, [ECLI:EU:C:2005:341].

Asunto C-266/81, *Societá Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) v. Ministero italiano delle Finanze, Ministero della Marina Mercantile, Circoscrizione doganale de Trieste y Ente autonomo del Porto di Trieste*, STJCE 16 marzo 1983 [ECLI:EU:C:1983:77].

Asunto C-27/00, *The Queen y Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte: Omega Air Ltd*, STJCE 12 de marzo de 2002 [ECLI:EU:C:2002:161].

Asunto C-28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH* y *Hauptzollamt Paderborn*, STJCE 3 abril 1968 [ECLI:EU:C:1968:17].

Asunto C-280/93, *República Federal de Alemania* v. *Consejo de la Unión Europea*, STJCE 5 octubre 1994 [ECLI:EU:C:1994:367].

Asunto C-29/99, *Comisión v. Consejo*, STJCE 10 diciembre 2002 [ECLI:EU:C:2002:734].

Asunto C-30/90, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, STJCE 18 febrero 1992, [ECLI:EU:C:1992:74].

Asunto C-308/06, *The Queen, a instancia de: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union, y Secretary of State for Transport*, STJCE 3 junio 2008 [ECLI:EU:C:2008:312].

Asunto C-308/06, *The Queen, a instancia de: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union, y Secretary of State for Transport*, Conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott 20 noviembre 2007 [ECLI:EU:C:2007:689].

Asunto C-310/06, *FTS International BV* y *Belastingienst - Douane West*, STJCE 18 julio 2007 [ECLI:EU:C:2007:456].

Asunto C-33/74, *Johannes Henricus María van Binsbergen, y Bestuurvan de Bedrijfsverenigingvoor de Metaalnijverheid*, STJCE 3 diciembre 1974 [ECLI:EU:C:1974:131].

Asunto C-335/05, *Řízení Letového Provozu ČR, S. P. y Bundesamt für Finanzen*, STJCE 7 junio 2007 [ECLI:EU:C:2007:321].

Asunto C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, STJCE 27 septiembre 2007 [ECLI:EU:C:2007:547].

Asunto C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger 6 abril 2006 [ECLI:EU:C:2006:236].

Asunto C-363/12, *Z. y A Government department and the Board of management of a community school*, STJCE 18 marzo 2014 [ECLI:EU:C:2014:159].

Asunto C-363/12, *Z. y A Government department and the Board of management of a community school*, Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl 26 septiembre 2013[ECLI:EU:C:2013:604].

Asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, STJCE 1 marzo 2005 [ECLI:EU:C:2005:121].

Asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano 18 noviembre 2004 [ECLI:EU:C:2004:725]

Asunto C-4/73, *J. Nold, Nohlen-und Baustoffgroßhandlung v. Comisión de las Comunidades Europeas*, STJCE 14 de mayo de 1974[ECLI:EU:C:1974:51].

Asunto C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi v. Consejo y Comisión*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 16 enero 2008 [ECLI:EU:C:2008:11].

Asunto C-41/74, *Yvonne van Duyn* y *Home Office*, STJCE 4 diciembre 1974 [ECLI:EU:C:1974:133].

Asunto C-431/05, *Merck Genéricos - Produtos Farmacêuticos, L.da, y Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme, L.da*, STJCE 11 septiembre 2007 [ECLI:EU:C:2007:48].

Asunto C-433/03, *Comisión* v. *Alemania,* STJCE 14 junio 2005 [ECLI:EU:C:2005:462].

Asunto C-469/93, *Amministrazione delle Finanze dello Stato* y *Chiquita Italia SpA*, STJCE 12 diciembre 1995 [ECLI:EU:C:1995:435].

Asunto C-53/96, *Hermès International* v. *FHT Marketing Choice BV.*, STJCE 16 junio 1998 [ECLI:EU:C:1998:292].

Asunto C-53/96, *Hermès International* v. *FHT Marketing Choice BV.*, Conclusiones del Abogado General Sr. SR. Giuseppe Tesauro 13 de noviembre de 1997 [ECLI:EU:C:1997:539].

Asunto C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, STJUE 3 octubre 2013 [ECLI:EU:C:2013:625].

Asunto C-61/94, *Comisión de las Comunidades Europeas* v. *República Federal de Alemania*, STJCE 10 septiembre 1996 [ECLI:EU:C:1996:313].

Asunto C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ld. v. Consejo de las Comunidades Europeas*, STJCE 7 mayo 1991 [ECLI:EU:C:1991:186].

Asunto C-70/87, *Fédération de l'industre de l'huilerie de la CEE (Fediol) vs. Comisión de las Comunidades Europeas*, STJCE 22 junio 1989 [ECLI:EU:C:1989:254].

Asunto C-76/00 P, *Petrotub SA y Republica SA* v. *Consejo de la Unión Europea*, STJCE 9 enero 2003 [ECLI:EU:C:2003:4].

Asunto C-82/03, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*, STJCE 13 julio 2004, [ECLI:EU:C:2004:433].

Asunto C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani* v. *Amministrazione Italiana delle Finanze*, Conclusiones del Abogado General Sr. Alberto Trabucchi 14 enero 1976 [ECLI:EU:C:1976:3].

Asunto C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani* v. *Amministrazione Italiana delle Finanze*, STJCE 5 febrero 1976 [ECLI:EU:C:1976:18].

Asunto C-9/73, *Carl Schlüter y Hauptzollamt Lörrach*, STJCE 24 octubre 1973 [ECLI:EU:C:1973:110].

Asunto C-93/02 P, *Biret v. Consejo*, Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber 15 mayo 2003 [ECLI:EU:C:2003:291].

Asunto C-93/02 P, *Biret v. Consejo*, STJCE 30 septiembre 2003 [ECLI:EU:C:2003:517].

Asunto pendiente C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Comisión Europea* [Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-526/10].

Asunto T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Auto del TG 6 septiembre 2011 [ECLI:EU:T:2011:419].

Asunto T-19/01, *Chiquita Brands International y otros v. Comisión*, STPI 3 febrero 2005 [ECLI:EU:T:2005:31].

Asunto T-254/97, *Fruchthandelsgesellschaft Chemnitz v. Comisión*, STPI 28 septiembre 1999 [ECLI:EU:T:1999:178].

Asunto T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Fundation vs. Consejo y Comisión*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:331].

Asunto T-315/01, *Kadi* vs. *Consejo y Comisión*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332].

Asunto T-396/09, *Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht v. Comisión Europea*, STG 14 junio 2010 [ECLI:EU:T:2012:301].

Asunto T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros v. Comisión Europea*, STG 25 abril 2013 [ECLI:EU:T:2013:215].

Asunto T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi* v. *Consejo*, STG 30 septiembre 2010 [ECLI:EU:T:2010:418].

Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon*

America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro 20 febrero 2008 [ECLI:EU:C:2008:98].

Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión*, STJCE 9 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:476].

Asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company (C-21/72), Kooy Rotterdam NV (C-22/72), Velleman en Tas NV (C-23/72), Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV (C-24/72) y Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJCE 12 diciembre 1972 [ECLI:EU:C:1972:115].

Asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company (C-21/72), Kooy Rotterdam NV (C-22/72), Velleman en Tas NV (C-23/72), Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV (C-24/72) y Produktschap voor Groenten en Fruit*, Conclusiones de Abogado General Sr. Henri Mayras 25 octubre 1972 [ECLI:EU:C:1972:89].

Asuntos acumulados C-267/81, C-268/81 y C-269/81, *Amministrazione delle Finanze dello Stato* y *Società petrolifera italiana SpA (SPI)* (C-267/81), y *SpA Michelin italiana (SAMI)* (C-268/81 y C-269/81), STJCE 16 marzo 1983 [ECLI:EU:C:1983:78].

Asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, *Parfums Christian Dior SA y Tuk Consultancy BV (C-300/98); y Assco Gerüste GmbH, Rob van Dijk, que actúa con el nombre comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» y Wilhelm Layher GmbH & Co. KG, Layher BV (C-392/98)*, STJCE 14 diciembre 2000 [ECLI:EU:C:2000:688].

Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, *Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea v. Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen 8 mayo 2014 [ECLI:EU:C:2014:310].

Asuntos acumulados C-401/12 P, C-402/12 P y C-403/12 P, *Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea v. Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Sentencia TJUE (Gran Sala) 13 enero 2015 [ECLI:EU:C:2015:4].

Asuntos acumulados C-402/05 P, C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation* v. *Consejo y Comisión*, STJCE 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461].

Asuntos acumulados C-404/12 P y C-105/12 P, *Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea v. Stichting Natuur en Milieu y Pesticide Action Network Europe*, Sentencia TJUE (Gran Sala) 13 enero 2015 [ECLI:EU:C:2015:5].

Asuntos acumulados C-439/05 P y C-454/05 P, *Land Oberösterreich y República de Austria v. Comisión de las Comunidades Europeas*, Conclusiones del Abogado General Sra. Eleanor SHARPSTON 15 mayo 2007 [ECLI:EU:C:2007:285]

Asuntos acumulados C‑584/10 P, C‑593/10 P y C‑595/10 P, *Comisión, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Consejo v. Yassin Abdullah Kadi*, STJCE de 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518].

Asuntos acumulados C-584/10-P; C-593/10-P; C-595/10-P, *Comisión, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Consejo* v. *Yassin Abdullah Kadi*, Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot 19 marzo 2013 [ECLI:EU:C:2013:176].

Asuntos acumulados C-6/90 y 9/90 C-6/90, *Andrea Francovich y República Italiana*, y entre *Danila Bonifaci y otros y República Italiana*, STJCE 19 noviembre 1991, [ECLI:EU:C:1991:428].

Asuntos acumulados T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 y T-225/99, *Comafrica y Dole Fresh Fruit Europe v. Comisión*, STPI 12 julio 2001 [ECLI:EU:T:2001:184].

Comunicación de las Comunidades Europeas, Negociaciones en virtud del párrafo 5 del artículo XXVIII, Lista CXL - Comunidades Europeas, Addendum, G/SECRET/22/Add.1 de 31 de enero de 2005.

Comunicación de los Estados Unidos de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/59; G/C/W/270 de 2 de julio de 2001.

Comunicación del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/9 de 8 de noviembre de 2000.

Constitución del GE establecido a petición del Canadá y Noruega - Nota de la Secretaría de la diferencia CE – Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas -, WT/DS400/5; WT/DS401/6 de 5 de octubre de 2012.

Dictamen 1/75 de 11 de noviembre de 1975, Arreglo relativo a una Norma para los gastos sociales (*Rec.* p. 1355).

Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, *Rec* 1977, p. 741; y dictamen del TJCE 1/91, de 14 de diciembre de 1994, *Rec* 1991, p. I-6079.

Dictamen 1/78 de 4 de noviembre de 1979, Acuerdo internacional sobre el caucho natural (*Rec.* p. 2871).

Dictamen 2/92 de 24 de marzo de 1995, Competencia de la Comunidad para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional (*Rec.* P. I-521).

Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, Competencia de la Comunidad para celebrar los Acuerdos internacionales en materia de servicios y protección de la propiedad intelectual (*Rec.* p. I-5267).

Entendimiento sobre el banano entre el Ecuador y las Comunidades Europeas de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/60, G/C/W/274 de 9 de julio de 2001.

Informe del AO de la diferencia CE - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originaria de la India, WT/DS141/AB/R de 12 de marzo de 2001.

Informe del GE de la diferencia Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil, WT/DS241/R de 22 de abril de 2003.

Informe del GE de la diferencia Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), WT/DS46/RW de 9 de mayo de 2000.

Informe del GE de la diferencia CE - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados, WT/DS269/R de 30 de mayo de 2005.

Informe del GE de la diferencia CE - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos, WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R de26 de junio de 2007.

Informe del GE de la diferencia CE – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación del Ecuador –, WT/DS27/R/ECU; Reclamación de los Estados Unidos – Informe del GE, WT/DS27/R/USA de 22 de mayo de 1997

Informe del GE de la diferencia EEUU - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, WT/DS152/R de 22 de diciembre de 1999.

Informe del GE de la diferencia EEUU - Establecimiento de Derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido, WT/DS138/R de 23 de diciembre de 1999.

Informe del GE de la diferencia EEUU - Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán, WT/DS192/R de 31 de mayo de 2001.

Informe del GE de la diferencia EEUU - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales, WT/DS24/R de 8 de noviembre de 1996.

Informe del GE de la diferencia Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, WT/DS217/R; WT/DS234/R de 16 de septiembre de 2002.

Informe del GE de la diferencia Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México, WT/DS60/R de 19 de junio de 1998.

Informe del GE de la diferencia Guatemala - Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México, WT/DS156/R de 24 de octubre de 2000.

Informe del GE de la diferencia India - Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales, WT/DS90/R de 6 de abril de 1999.

Informe del GE de la diferencia México - Derechos antidumping sobre las tuberías de acero procedentes de Guatemala, WT/DS331/R de 8 de junio de 2007.

Informe del OA de la diferencia Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón, WT/DS18/AB/R de 20 de octubre de 1998.

Informe del OA de la diferencia CE - Clasificación aduanera de determinado equipo informático, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R de 5 de junio de 1998.

Informe del OA de la diferencia CE - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados, WT/DS269/AB/R; WT/DS286/AB/R de 12 de septiembre de 2005.

Informe del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R de 18 de enero de 1998.

Informe del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R de 12 de marzo de 2001.

Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997.

Informe del OA de la diferencia EEUU - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, WT/DS2/AB/R de 29 de abril de 1996.

Informe del OA de la diferencia EEUU - Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos, WT/DS58/AB/R de 12 de octubre de 1998.

Informe del OA de la diferencia Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R de 4 de octubre de 1996.

Informe del OA de la diferencia México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R de 6 de marzo de 2006.

Informes del GE de la diferencia CE - Medidas relacionadas con la protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, WT/DS290/R de 15 de marzo de 2005.

Informes del GE de la diferencia CE - Subvenciones a la exportación del azúcar, WT/DS266/R de 15 de octubre de 2004 (Brasil); WT/DS265/R de 15 de octubre de 2004 (Australia); WT/DS283/R de 15 de octubre de 2004 (Tailandia).

Informe del GE solicitado por el Ecuador de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008.

Informe del GE solicitado por el EEUU de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008.

Informes del OA e informes del GE - Actuación del OSD de la diferencia CE - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS400/13; WT/DS401/14 de 19 de junio de 2014.

Laudo arbitral de la diferencia Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados, WT/DS155/10 de 31 de agosto de 2001.

Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW2ECU; WT/DS27/AB/RW/USA de 26 de noviembre de 2008.

Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Recurso de los EEUU al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008.

Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/ECU de 12 de abril de 1999.

Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008.

Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso de EEUU al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008.

Laudo arbitral de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de la CE al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB/ECU de 24 de marzo de 2000.

Laudo arbitral de la diferencia EEUU - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de autor de EEUU, WT/DS160/ARB25/1 de 9 de noviembre de 2001.

Laudo arbitral de la diferencia Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de corea, WT/DS202/17.

Notificación de una solución mutuamente convenida de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/58 de 2 de julio de 2001.

Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD de la diferencia CE - Régimen para Importación, venta y distribución de bananos - informe del GE, WT/DS27/RW2/ECU de 7 de abril de 2008.

Segundo recurso del EEUU al párrafo 5 del artículo 21 del ESD de la diferencia CE - Régimen para Importación, venta y distribución de bananos - informe del GE, WT/DS27/RW/USA de 19 de mayo de 2008.

Solicitud de celebración de consultas presentada por Canadá de la diferencia CE - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS400/1; G/L/909; G/TBT/D/36; G/AG/GEN/87 de 4 de noviembre de 2009.

Solicitud de celebración de consultas presentada por Noruega de la diferencia CE - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas, WT/DS401/1; G/L/912 G/TBT/D/37; G/AG/GEN/88 de 10 de noviembre de 2009.

Solicitud de mediación presentada por Filipinas, Tailandia y la UE, WT/GC/66 de 16 de octubre de 2002; WT/GC/66/Add.1 de 23 de diciembre de 2002.

4. DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

OMC - Comité de Contratación Pública - Revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública al 8 de diciembre de 2006, GPA/W/297 de 11 de diciembre de 2006.

OMC - Comunicación del Director General - Artículo 5 del ESD, WT/DSB/25 de 17 de julio de 2001.

OMC - Conferencia Ministerial - Cuarto período de sesiones Doha, 9 - 14 de noviembre de 2001 Declaración Ministerial adoptada el 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1 de 20 de noviembre de 2001.

OMC - Consejo General - Acta de la reunión celebrada en el Centro William Rappard el 22 de noviembre de 2000, WT/GC/M/60 de 23 de enero de 2001.

OMC - Consejo General - Acta de la reunión del Consejo General celebrada en el Centro William Rappard los días 9, 11 y 18 de diciembre de 1998, WT/GC/M/32 de 9 de febrero de 1999.

OMC - Consejo General - Acta de la reunión del Consejo General celebrada en el Centro William Rappard el 18 de enero de 2002, WT/DSB/M/117 de 15 de febrero de 2002.

OMC - Negotiating Group on Dispute Settlement - Communication from Switzerland - MTN. GNG/NG13/W/36, de 18 de enero de 1990.

United States Tariff Commission, *Report on the Havana charter for an International Trade Organization*, United States Tariff Commission, Washington, D.C. 1949; Wilcox, C., *A Charter for World Trade*, Macmillan, New York, 1949.

United States, Congress, Senate, International trade organization: hearings before the Committee on Finance. On trade agreements system and proposed international trade organization charter, March 20, 21, 24, 26, 27, 29, 31, April 1, 2, 3, 1947, Washington, D.C., 1947.

United States, Department of State, *Suggested charter for an International Trade Organization of the United Nations*, Department of State, Washington, D.C., 1946.