DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

MARIO CASTILLO FREYRE

PALESTRA

Volumen 9 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales

DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y
DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

Primera edición, noviembre 2009
Tiraje: 1000 ejemplares

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2009
Av. Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2009
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los autores.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2009-15858

ISBN: 978-612-4047-12-1

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Página

Presentación 13
Mario Castillo Freyre

Prólogo 21
Pilar Perales Viscasillas

PARTE I: ASPECTOS INTRODUCTORIOS 35

1. Orígenes, desarrollo y fuentes del Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales 37
Jorge Luis Collantes González

2. Las sanciones económicas en el marco de las Naciones Unidas 57
María Teresa Comellas Aguirrezábal

3. El papel del Derecho Internacional Privado en el Derecho Internacional Económico y en la Inversiones Internacionales 103
Yolanda Dutrey Guantes

4. Desarrollo, medio ambiente y cooperación en el derecho internacional 133
Florabel Quispe Remón

PARTE II: SISTEMA FINANCIERO Y MONETARIO INTERNACIONAL 161

5. El Banco Mundial 163
Xavier Seuba Hernández

6. El Fondo MOnetario Internacional 189
Francisca Jiménez Jiménez
Francisco Montijano Guardia

7. El Banco Interamericano de Desarrollo 223
Miguel Ángel Elizalde Carranza

PARTE III: LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL 261

8. El fenómeno de la integración económica regional 263
Manuel Cienfuegos Mateo

9. La integración en Europa: la Unión Europea 303
Manuel Cienfuegos Mateo

10. Procesos de integración regional en América Latina y el Caribe 373
Manuel Cienfuegos Mateo
Ignacio Jovtis

11. La libre circulación de trabajadores y los aspectos laborales en las compañías de actividad transnacional en los espacios únicos: el caso europeo 442
Pilar Rivas Vallejo

PARTE IV: LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO 489

12. La evolución histórica y estructura de la OMC 491
Ana Manero Salvador
Esther López Barrero
Rosa María Fernández Egea

13. El comercio de mercancías en la OMC: Análisis de los acuerdos 529
Ana Manero Salvador
Esther López Barreo
Rosa María Fernández Egea

14. La regulación de otros sectores comerciales en la OMC 577
Ana Manero Salvador
Esther López Barreo
Rosa María Fernández Egea

PARTE V: EL LIBRE COMERCIO 607

15. Los tratados de libre comercio 609
Arancha González Laya
Bárbara de la vega Justribó

PARTE VI: ASPECTOS JURÍDICOS Y SECTORES DEL COMERCIO Y LAS FINANZAS INTERNACIONALES 637

16. La buena fe en la contratación internacional 639
Gloria Esteban de la Rosas

17. La Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías 681
David Ramos Muñoz

18. La regulación jurídica internacional de la contratación de bienes y servicios 729
Belén Trigo García

PARTE I:
Aspectos introductorios

Orígenes, desarrollo y fuentes del Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales

D. Jorge Luis Collantes González

Orígenes, desarrollo y fuentes del Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales

Jorge Luis Collantes González

Sumario: 1. Orígenes y desarrollo del Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales.— 2. Fuentes del Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales.— 2.1. Los tratados internacionales.— 2.2. La costumbre internacional.— 2.3. Los principios generales del Derecho.— 2.4. Los principios del Derecho Internacional.— 3. Los medios auxiliares: jurisprudencia y doctrina de los publicistas.— 4. Fuentes supranacionales de validez regional.— 5. Los actos propios de los Estados y los contratos entre Estados y particulares.— 6. Fuentes de Derecho doméstico que inciden en el Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales.—

1. Orígenes y desarrollo del Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales

Como es reconocido, en la época mercantilista (1453-1789), el orden económico internacional estaba fuertemente organizado por los Estados y es desde el siglo XIX cuando el orden económico se abre a iniciativas privadas.[1] La caída del muro de Berlín y el fin de la guerra fría permitió mayor presencia de iniciativas privadas en el escenario económico internacional.

---

[1] Castillo, María. «Evolution de l'ordre économique international». En Daillier, Patrick, Géraud La Pradelle y H. Ghérari. *Droit de l'économie internationale*. París: Pedone, 2004, p. 11.

Sin embargo, si bien hoy en día en distintos Estados, los conceptos liberales, como «privatización», han venido ganando terreno independientemente de la tendencia política de los gobiernos de turno, no todos los Estados presentan un mismo modelo económico ni todos los Estados tratan legislativamente a las inversiones internacionales de igual modo. Pese a ello, es innegable que desde la Segunda Guerra mundial los esfuerzos de los Estados por poner el tema económico y social sobre la agenda internacional no han sido pocos, aunque también hemos de reconocer que no muchos han sido sus frutos. Así, en el art. 1.3 de la Carta de Naciones Unidas de 1945, encontramos que uno de los fines de esta organización es: «Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social […]».[2]

Asimismo, tras la Segunda Guerra Mundial[3] se fueron abriendo camino las organizaciones internacionales de cooperación económica, como la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), que dio lugar a la OCDE. También aparecieron bloques de integración regional como las Comunidades Europeas, cuya evolución dio lugar a la Unión Europea que hoy conocemos, y en tal contexto se han de tener presente también al NAFTA, Mercosur y la Comunidad Andina. En el marco de estos bloques ha nacido un fenómeno sin precedentes, como es el de la adopción de una moneda única, al asumir Estados europeos el Euro en sustitución de su moneda nacional. Ello en sintonía con una libre circulación de servicios, de capital y de personas a la luz de un mercado único.

En el contexto de la regulación de los intercambios comerciales y de los aspectos de la cooperación económica y financiera, el *multilateralismo* fue ganando terreno como modelo de debate y de forma de toma de decisiones a escala planetaria. Fruto de ello es el nacimiento

---

[2] Téngase en cuenta los Capítulos IX y X de la Carta.

[3] Sobre la evolución del orden económico internacional tras la postguerra, véase REY, Jean-Jacques. *Institutions économiques internacionales*. Bruselas: Bruylant, 1988, pp. 17 y ss.

y funcionamiento de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial.

La creación de los organismos internacionales anteriormente mencionados, los Tratados bilaterales en materia de inversiones, así como los contratos entre Estados y particulares han dado lugar a un entramado normativo que conlleva, a su vez, a la ordenación de un sistema de fuentes, el que exponemos en las siguientes páginas, no sin antes mencionar que, junto a las organizaciones internacionales económicas y las de integración anteriormente, han aparecido en el escenario internacional otros entes que careciendo de personería jurídica internacional las conforman; Estados que mantienen similitudes o intereses comunes como el Club de París en tanto reúne a Estados acreedores; el G-8, que reúne a países cuya relevancia económica sobresale dentro de la Comunidad Internacional de Estados; o el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), que sirve de espacio de reunión a Estados tan diversos en lo económico, social y en lo político.

2. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

Es sabido que el estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo de «fuentes del Derecho»;[4] y como observamos, en el marco del Derecho Internacional (DI), los manuales coinciden en tomar como punto de referencia al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para describir y desarrollar el sistema de fuentes[5] del DI y desarrollar su contenido.

---

[4] NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 148.

[5] Sobre el sistema de Fuentes del DI, véase BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 3 y ss.; DAILLER, Patrick y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: L.G.D.J., 1999, pp. 112-116.

Siguiendo el tenor de este precepto, son fuentes del DI:

a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho;
c. los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho.

Sin embargo, describir el sistema de fuentes del DI calcando directamente la enumeración del Estatuto de la CIJ puede ser un criterio, hoy en día, no muy exacto por lo que, sin llegar a desmentir la vigencia de las fuentes enumeradas en el art. 38, posiblemente sea oportuno reformular la enumeración de fuentes. De hecho, en alguna bibliografía especializada ya se observa que no necesariamente se recurre al art. 38 del Estatuto, sino que hay quienes comienzan por reformular el sistema de fuentes aludiendo a los principios generales del Derecho.[6]

En este sentido, hay que tener presente el momento de la redacción del Estatuto de la CIJ y trasladar la vista hacia el Derecho Internacional Económico (DIE) de nuestros días y, además, añadir el tema de la regulación de las Inversiones Internacionales,[7] sobre el que ha recaído una suerte de pretendida codificación que se va materializando, poco a poco, en la medida en que se celebran tratados internacionales y aparecen proyectos y directrices para su tratamiento,[8] así como también encontramos normas de autorregulación.

---

6 Entre otros, DEGAN, V.D. *Sources of International Law*. La Haya/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

7 Véase JUILLARD, P. «L'èvolution des sources du droit des investissement». En *Recueil des Cours* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1994, t. 250, pp. 9-216; SEIL-HOHENVELDERN, I. *Hierarchy of the Norms Applicable to International Investments*. La Haya/Boston/Londres: Kluwer Law International, 1998, pp. 189 y ss.

8 Véase MUCHLINSKI, P. *Multinational Enterprises and The Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 653 y ss.

En el DI contemporáneo, vemos que el entramado normativo ha crecido y es disperso. El DI ha experimentado una suerte de expansión, superando notablemente su carácter meramente interestatal, de la mano de la aparición o reconocimiento de nuevos sujetos de DI, como pueden ser las personas jurídicas (compañías), en la medida en que pueden demandar a Estados ante instancias internacionales.

En la actualidad internacional, no sólo asistimos a un complejo desarrollo de normas, sino también a la aparición de jurisdicciones muy específicas,[9] que podrían llegar a convertir a los mismos internacionalistas en *profanos jurídicos* si de determinadas materias se tratara.

Pero a pesar de esta reflexión inicial, hemos de seguir manteniendo, desde un punto de vista académico y pedagógico, el esquema descriptivo del art. 38 del Estatuto de la CIJ, y así describir al sistema normativo de DIE y de las inversiones internacionales. No obstante, como se reconoce en la doctrina:[10] en la economía y en el comercio hay aspectos públicos y aspectos privados y, a la vez, hay una ordenación o normativización por parte de los Estados y de las organizaciones internacionales; y asimismo, hay una ordenación de la actividad económica y comercial en esos Estados. Existe pues un entramado normativo que nos llevaría a hablar de polisistemia o de pluralismo jurídico en el seno de la comunidad internacional.

2.1. Los tratados internacionales

La creación contractual del DI obedece a la voluntariedad de los Estados y esta creación, a su vez, se somete a unas reglas. Bajo Derecho

---

9 En el momento de la redacción del Estatuto de la CIJ, la actividad de los organismos especializados y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no habían dado lugar a textos jurídicos que han ampliado las fuentes del DI.

10 Véase en esta obra, DUTREY GUANTES, Y. «El papel del Derecho Internacional Privado en el Derecho Internacional económico y en las inversiones internacionales». En COLLANTES GONZÁLEZ, J. (Dir.). *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*. Además téngase presente a LOQUIN, E. «Les Règles matérielles internationales». En *Recueil des Cours* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2006, t. 322, pp. 13 y ss.

positivo estas reglas están contenidas en las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Junto a ello, hemos de decir que la capacidad para celebrar tratados internacionales es inherente a la condición jurídica de los Estados y, en virtud de tratados, los Estados han creado, a su vez, nuevos sujetos de DI: las organizaciones internacionales.[11] Las organizaciones internacionales de carácter económico[12] —por ejemplo, la Organización Mundial de Comercio (OMC), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Mundial—[13] fueron creadas en el marco de la multilateralidad, como dentro de la multilateralidad podemos encontrar también a la Convención de Seúl del 11 de octubre de 1985 sobre la Agencia de Garantía de Inversiones (MIGA[14]) o el Convenio de Washington sobre el Arreglo de Diferencias entre Estados Parte y Nacionales de Estados Parte de 1965.

Asimismo, también los Tratados de Libre Comercio (TLC) forman parte del sistema de fuentes convencional.

Los tratados internacionales solían caracterizarse por su celebración entre Estados, pero hoy no es infrecuente la celebración de tratados entre organizaciones internacionales y Estados, entre organizaciones internacionales, apareciendo —tras los tratados celebrados por

---

[11] Véase DUPUY, R.J. «Etat et organizations internationals». En DUPUY, R.J., *A Handbook on International Organizations*. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 31 y ss.

[12] Véase JUILLARD, P. «Les organizations internationals économiques». En DUPUY, R.J. *A Handbook on International… Ob. cit*, pp. 649 y ss.

[13] Véase SHIHATA, I. «Techniques to Avoid proliferation of International Organization. The Experience of the World Bank». En BLOKKER, N. y H. SHERMERS, *Proliferation of International Organizations*. La Haya/Londres/Boston: Kluwer Law International, 2001, pp. 111 y ss.

[14] Véase SHIHATA, I. «The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment». Recueil des Cours de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1987, t. 203, pp. 95 y ss.

bloques de integración regional— un procedimiento específico para la celebración de estos acuerdos internacionales con otros sujetos de DI.[15] En este contexto, se ha dado lugar a *acuerdos de asociación* entre estos bloques y terceros Estados, los que en algunos casos han superado el contenido de los Acuerdos Marco de Cooperación o de los Tratados de Libre Comercio para abarcar, a su vez, un diálogo político y formas de cooperación como la técnica y financiera.[16]

En el marco bilateral interestatal, importa también hacer mención a los *Tratados Bilaterales de Protección Inversiones* (BIT),[17] los que han aumentado aceleradamente, incluso en el seno de la Unión Europea,[18] así como los *Convenios de Doble Imposición*, cuya celebración, ratificación y vigencia reflejan la política fiscal internacional de los Estados.

2.2. La costumbre internacional

El DI muchas veces se recoge en normas consuetudinarias debidas a la práctica de los Estados. Esa práctica entraña convencimiento, convicción y aceptación. Ello da lugar al nacimiento de normas internacionales de origen consuetudinario, a las cuales la jurisprudencia ha tenido oportunidad de reconocer y recurrir. Sin embargo, es necesario precisar que las reglas consuetudinarias sólo son oponibles a los Estados

---

[15] Véase Maresceau, M. «Bilateral Agreements concluded by the European Community». Recueil des Cours de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2004, t. 309, pp. 125 y ss.

[16] Una novedad al respecto fue el Acuerdo de Asociación entre Chile y la UE. Véase Blanc Altemir, A. «El Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea: algo más que un tratado de libre comercio». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XX, 2004, pp. 35 y ss.

[17] Véase Sacerdoti, G. «Recent Developments in Bilateral Treaties on Investment Protection». Recueil des Cours de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1997, t. 269, pp. 251 y ss.

[18] Véase Poulain, B. «Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union Européene». *Revue Générale de Droit Internacional Public*, t. 111, 2007/4, pp. 803 y ss.

que han participado en su formación, destacando la figura del *objetor* a la norma consuetudinaria.

Para la creación de las normas internacionales consuetudinarias es necesaria la presencia de dos elementos. Por un lado, ha de existir una práctica uniforme y constante, y ello puede plantear interrogantes respecto del tiempo. Pues, a diferencia de los tratados internacionales que tienen fecha de firma y entrada en vigor, la costumbre tiene un impreciso momento de aparición y, además, puede presentar transformaciones a las que los Estados igualmente se pueden oponer.

De otro lado, ha de existir una convicción jurídica de obligatoriedad *(opinio iure)*.[19]

Al abordar la costumbre en el marco del DIE y de las Inversiones Internacionales, hemos de pensar en su amplitud y, al mismo tiempo, las formas de comportamiento estatal que encontramos, comportamientos que se deducen del quehacer o no quehacer de sus órganos. En este sentido, la figura del objetor a la norma consuetudinaria no deja de ser interesante cuando, sobre todo, de regulación de actividades económicas en potestad de atribuciones se trata.[20]

Desde la perspectiva de la validez de los tratados internacionales y su relación con la costumbre, es bastante contundente la disposición del artículo 5 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, al señalar que:

---

[19] Un clásico de la jurisprudencia de la costumbre internacional como la Sentencia de la CIJ sobre el *Asunto de la Plataforma Continental* (1969) señaló que para la existencia de una costumbre es necesario una práctica frecuente y sustancialmente uniforme, hallándose presente una norma de obligatoriedad jurídica.

[20] En esta línea, conviene recordar que la Sentencia de la CIJ sobre el *Asunto de las Pesquerías* (1951) determinó que la regla de las diez millas no era oponible a Noruega puesto que este Estado siempre se había opuesto a la tentativa de ser aplicable a las costas noruegas.

> El hecho de que un Tratado no se considere en vigor respecto de un Estado en virtud de la aplicación de la presente Convención no menoscabará en nada el deber de este Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de ese Tratado.

De todas formas, es necesario alertar, ante la proliferación de compañías de actividad transfronteriza, que no deben confundirse las normas internacionales consuetudinarias que pueden incidir o formar parte del DIE y de las Inversiones Internacionales, con los usos y costumbres mercantiles. Sin embargo, no sería muy descabellado plantearse la interrogante de si el consentimiento de los Estados a usos y costumbres mercantiles dentro de su territorio o, más bien, ante prácticas uniformes, pudiera dar lugar a normas internacionales de origen consuetudinario, a las que se darían soporte internacional en el marco del DI público.

2.3. Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho[21] se encuentran en el ordenamiento interno de los Estados y son compartidos —o asumidos— por el DI en cuanto ofrecen soluciones que ya los Estados han dado a situaciones similares, y estos suelen repetirse incluso en las distintas tradiciones jurídicas del la humanidad. De allí que la doctrina reconozca que para aceptar la vigencia en el DI de los principios generales del Derecho debe pues previamente constatarse su existencia en el ordenamiento interno de los Estados[22] y, en esta línea, los principios generales del Derecho suelen ser reconocidos por tribunales internacionales en

---

[21] Véase DEGAN, V. D. *Sources… Ob. cit*, pp. 14 y ss.

[22] En este sentido, NOVAK TALAVERA, F. y L. GARCÍA-CORROCHANO MOYANO. *Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000, t. I, pp. 349 y ss. Interesantemente este libro hace un recorrido por los casos en los que instancias internacionales han aplicado los principios generales del Derecho, anotando las diferencias que hay entre las distintas tradiciones jurídicas, como ocurre en el caso de incumplimientos contractuales bajo los principios en Inglaterra, Francia o Alemania (p. 350).

sus decisiones, tal como ha ocurrido por ejemplo con el principio del enriquecimiento injusto en el *Caso Lena Goldfields,* resuelto por un Tribunal Arbitral (1930) que sentenció contra Rusia debido a que este Estado no pagó compensación a una compañía nacionalizada que había realizado inversiones destinadas al sector minero.

2.4. Los principios del Derecho Internacional

El desarrollo del DIE y de las Inversiones Internacionales no es ajeno a los Principios de Derecho Internacional y ello porque no podemos perder de vista que estamos ante una parcela del DI, que no puede concebirse sino como un sistema jurídico que regula a una Comunidad Internacional desigual, asimétrica y heterogénea que no ha alcanzado un orden constitucional similar al de los Estados civilizados.

En un sentido amplio, el DI como sistema jurídico también tiene unos principios que le son propios. Entre estos tenemos los principios proclamados mediante la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los cuales también inciden en el desarrollo del DIE y de las Inversiones Internacionales en la medida en que los Estados mantienen relaciones comerciales, económicas e incluso tributarias.

Como el texto mismo de la Resolución 2625 indica, estos principios sintonizan la suprema importancia de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y para el desarrollo de las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, entre los cuales tenemos:

a) El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se *abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza* contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

b) El principio de que los Estados *arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos* de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia.

c) La obligación de *no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna* de los Estados, de conformidad con la Carta.

d) La obligación de los Estados de *cooperar* entre sí, conforme a la Carta.

e) El principio de la igualdad de *derechos y de la libre determinación de los pueblos.*

f) El principio de la *igualdad soberana* de los Estados.

g) El principio de que los Estados cumplirán de *buena fe* las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, para conseguir su aplicación más efectiva dentro de la comunidad internacional, fomentarían la realización de los propósitos de las Naciones Unidas.

En realidad, en estos principios podríamos encontrar la fuente de las fuentes, incluso imperativos legales que podrían condicionar incluso la validez de tratados internacionales o de prácticas que pudieran ser pretendidas como costumbre internacional (caso de normas de *Ius Cogens).*[23]

Centrándonos en lo que nuestro tema atañe, encontramos que hay principios que subyacen en el orden jurídico económico internacional: la *soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales,* la *libre opción del sistema económico* de cada país, la *no discriminación económica,* el *beneficio económico mutuo* y el *libre comercio y la cooperación económica.*[24]

---

[23] Véase BRONWLIE, I. *Principles of Public International Law.* Oxford, 1998, pp. 514-517.

[24] VOITOVICH, SERGEI. *International Economic Organizations in the International Legal Process.* Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994, p. 14.

Asimismo, en el marco del Derecho de las Inversiones Internacionales resaltan el principio de *no confiscatoriedad* y el principio del *trato de la nación más favorecida.*

En conexión de lo expuesto, también conviene añadir que resulta muy interesante la formulación realizada en la 62 Conferencia de la *International Law Association* de 1986 mediante la Declaración de Seúl y, también, la Declaración de *Principios de Derecho Internacional Relativos al Desarrollo Sostenible* de 2002, texto que subraya que el desarrollo económico e industrial ha de realizarse con respeto al medio ambiente.[25] Asimismo, resulta también interesante el desarrollo de los *Principios Directivos del Banco Mundial para el Tratamiento de Inversiones Extranjeras*;[26] y, además, la conexión entre el DIE, el DI Privado y el Derecho del comercio. En este sentido, conviene tener presente a los *Nuevos Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales de 2004*, los que pueden ser entendidos como una extrapolación de una buena parte de los Principios Generales del Derecho —ya presentes en el ordenamiento interno de los Estados— al terreno jurídico en el contexto de la globalización económica, tales como el principio de la *buena fe*, la figura de la *representación* o la *fuerza mayor*, y cuya aplicación es muy susceptible en el terreno del Derecho Internacional Privado, en el DIE y en el marco de las Inversiones Internacionales.[27]

---

[25] Este respeto al medio ambiente inevitablemente nos lleva desde el DIE a otra parcela del DI público: el DI del Medio Ambiente, lo cual —al margen de enfatizar en la idea de una unidad del DI dentro del pluralismo que le caracteriza— nos obliga a mantener presente los principios del DI del medio ambiente.

[26] Véase PROTOPSALTIS, P. «Les principes directeurs de la Banque Mondiale pour le traitement de l'investissement étranger». En KAHN, P. y T. WÄLDE. *New Aspects of International Investment Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 151 y ss.

[27] Al cierre de este capítulo se encuentran sobre la mesa los trabajos del Grupo de Estudio para la Elaboración de la Tercera Edición de los Principios UNIDROIT. Al respecto, véase VEYTIA, H. «Back to the Future». *Los principios UNIDROIT 3. Lima Arbitration*, n.º 2, 2007, pp. 126 y ss.

3. LOS MEDIOS AUXILIARES: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LOS PUBLICISTAS

El papel de la jurisprudencia y de la doctrina es vital en todo sistema jurídico en tanto su papel interpretador y orientador de las normas, sobre todo de las normas escritas.[28] Aun en los Estados de tradición *Civil Law*, como los países de habla hispana, tienen, en mayor o menor medida, un rol orientador que va marcando las pautas o mediciones de un ordenamiento y aclarando el Derecho positivo.

En el desarrollo del DIE y de las Inversiones Internacionales importa hacer mención que el tema de la jurisprudencia está relacionada, hoy por hoy, a las múltiples de instancias internacionales.[29] Todas estas instancias, a través de sus pronunciaciones, han dado lugar a un ineludible desarrollo de la jurisprudencia. No obstante, cabe señalar que, bajo una perspectiva macro jurídica, no es difícil observar la posibilidad de algunas incoherencias e inconsistencias jurisprudenciales en el sentido de poder encontrarnos con jurisprudencia dispar o endeble en el contexto de una economía globalizada y de un mercado cada vez más ajeno a la noción de frontera, dándose así lugar a críticas y observaciones en la doctrina científica.[30] En todo caso, el papel de la jurisprudencia en el DI, como medio de prueba de normas consuetudinarias o como elemento de interpretación jurídica, es bastante importante y, hoy por hoy, insistimos, que no deja de llamar la atención una peligrosa relación que pudiera haber entre jurisprudencia dispar y el

---

[28] Véase GARDINER, R. *Teatry Interpretation*. Oxford: The Oxford International Law Library, 2008, pp. 141 y ss.

[29] Piénsese en la jurisprudencia que se crea con las decisiones de los tribunales arbitrales del sistema CIADI, las decisiones dictadas en la solución de controversias propio del sistema de la OMC, en las sentencias de órganos judiciales de ámbito regional como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia Andino, entre otras.

[30] Véase FRANCK, S. «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decision». *Fordham Law Review*, vol. LXXIII, n.º 4, marzo 2005, pp. 1521 y ss. De un modo interesante las Parte III y IV apuntan a la inconsistencia de algunas decisiones.

llamado «peligro de fragmentación» del DI, ante una pretendida unidad del Derecho Internacional.

Por otro lado, también la doctrina de los publicistas está llamada, en el sistema de fuentes, como un medio auxiliar. En la jurisprudencia muchas veces es perceptible una alusión genérica a la doctrina científica, sin precisar a sus autores. Pero ello no debe significar ausencia de consideración. Por ejemplo, como se reconoció en la Sentencia de la CIJ sobre el *Asunto Nottebohm* (1955), en el que se ventilaba la expropiación por Guatemala de los bienes de un alemán de origen con nacionalidad de Liechtenstein; se señaló que conforme a la práctica estatal, a la jurisprudencia y «a la *opinión de los autores*», la nacionalidad es un vínculo legal fundamentada en la existencia de intereses y sentimientos más obligaciones y deberes recíprocos.

En todo caso, hay que tener presente que si bien no es muy frecuente encontrar a la doctrina como base directa para fundamentar sentencias de instancias internacionales, sí que suele encontrarse a la doctrina en opiniones disidentes, votos particulares e, incluso, nutriendo indirectamente a la jurisprudencia en la medida en que esta influye, dando por descontado la actividad investigadora y académica a la que los magistrados de tribunales internacionales suelen estar acostumbrados.

4. FUENTES SUPRANACIONALES DE VALIDEZ REGIONAL

En el marco del proceso de integración regional y de la creación de espacios únicos como la Unión Europea, la Comunidad Andina o el Mercosur, ha aparecido un Derecho propio, emanado de las propias instituciones comunitarias, normalmente obligatorio y de mayor jerarquía que las normas estatales, condicionando así el sistema normativo nacional o doméstico por si no estas normas comunitarias supranacionales no tendrían ya una eficacia directa en los Estados que conforman los espacios únicos.

Por ejemplo, en el marco del sistema de fuentes de la Unión Europea existen los *Reglamentos*, que tienen eficacia directa; y las *Directivas*, que necesitan ser traspuestas por el legislador estatal al ordenamiento interno de los Estados.

Estas normas no pueden ser entendidas como normas internacionales en sentido propio, aun cuando afectan a varios Estados e, incluso, puedan dar lugar a costumbres internacionales generalizadas, o a normas internacionales consuetudinarias de carácter regional, pero tampoco se puede negar su supranacionalidad.[31] Estas normas no sólo regulan aspectos de mercado, competencia, sino también el tema de las inversiones[32] y, además, su contravención o no transposición al Derecho interno puede dar lugar a la responsabilidad de los Estados.[33]

5. LOS ACTOS PROPIOS DE LOS ESTADOS Y LOS CONTRATOS ENTRE ESTADOS Y PARTICULARES

Los Estados pueden crear obligaciones jurídicas de forma unilateral, generando derechos para terceros, y así se imponen obligaciones a sí mismos. Al respecto, la CPJI en su Sentencia sobre el *Asunto de Groenlandia Oriental* (1933) reconoció que la declaración del Ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, acerca de que su país no tenía pretensiones territoriales en Groenlandia, creaba una obligación para el país del Ministro.

En el contexto del DIE y de las Inversiones Internacionales los actos unilaterales pueden darse en el marco de declaraciones, normas internas u ofrecimientos, relativas a un clima de seguridad jurídica a

---

[31] En este libro, véase la aportación del profesor Mateo Cienfuegos.

[32] Véase DE LA MATA, A. «La Directiva de mercados e instrumentos financieros MiFID: Una revolución en los servicios de inversión financiera en el marco de la Unión Europea». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, n.os 2/3, pp. 55 y ss.

[33] Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 19 de noviembre de 1991 sobre el *Asunto Francovich y Bonifaci*.

empresas o compañías e inversores extranjeros provenientes de determinados Estados.

Por otro lado, cuando los Estados celebran contratos con particulares nos encontramos ante un contrato. En estos contratos, en los que la actividad contractual del Estado puede derivar en controversias con el particular contratante, hay que distinguir entre los contratos cuyo objeto es relativo a aspectos de *ius imperium* de los Estados y los que no. Los contratos que generan controversias que no recaen en aspectos de *ius imperium* quedan sometidos a la esfera privada y son revisables sin que entren en juego las prerrogativas que el Derecho Internacional reconoce a los Estados (como la inmunidad). Pero en todo caso, hay que tener presente que los contratos, independientemente del juego del *ius imperium*, siempre son fuente de obligatoriedad.

6. FUENTES DE DERECHO DOMÉSTICO QUE INCIDEN EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

Las normas internas de los Estados inciden en materia de inversiones internacionales. Normalmente tienden a atraer inversiones, a mostrar un país atractivo y dotar al Estado de un sistema de seguridad jurídica que genere garantías incluso ante cambios de Gobierno.[34]

Desde un panorama genérico, la normativa estatal que incide en las inversiones aparece en el marco del Derecho Tributario, del Derecho Administrativo regulador y del Derecho Mercantil (Internacionalizado). Este Derecho interno es un buen medio para reglamentar la actividad de las administraciones y de los particulares. Pero, en todo caso, en esta reglamentación se ha de observar un concepto tan básico como la supremacía del Derecho Internacional. Ello evitaría muchos enfrentamientos entre Estados e inversores, o incluso entre Estados, y reduciría la tensión observada entre detractores y corroboradores de

---

[34] Piénsese en la figura de los contratos-ley. Véase ZEGARRA VALDIVIA, D. *Los contratos-ley. Los contratos de estabilidad jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997.

mecanismos extraestatales y alternativos a la solución de conflictos tradicional (la justicia interna del Estado).

En la práctica, dada la estructura y competencias de los Estados (Administración y Gobierno centrales, regionales o municipales) —sumados al ánimo o clima político interno del momento—, no es demasiado difícil encontrar a distintos entes públicos dentro de un mismo Estado que puedan llegar a discrepar, incluso normativamente. Se crea así un clima de inseguridad jurídica que, al margen de no desvirtuar que todo acto de órganos estatales le es achacable al Estado, podría espantar las inversiones, principalmente a medianos y pequeños inversores.

En atención a la existencia de normas provenientes de Derecho interno y de Derecho Internacional, es innegable la relación que hay entre el DI y el Derecho interno. La aplicabilidad del DI pasa muchas veces por la adaptación del ordenamiento interno a las previsiones del DI (normas *Non-Self-Executing*). En este sentido, no debería perderse de vista que ya TREPIEL identificaba al Derecho doméstico como un ordenamiento *internacionalmente necesario*. En esta línea, el ordenamiento interno, a la hora de regular cuestiones que pudieran incidir en inversiones o en la actividad de compañías extranjeras, debería apuntar a no vaciar de contenido a normas de mayor jerarquía. Igualmente, el legislador interno (local, regional o estatal) debería ser cauteloso a la hora de legislar, debiendo evitar poner a su Estado en peligro de incumplimiento de inversiones internacionales, teniendo en cuenta que toda actividad legislativa debería ir encaminada a reforzar el marco de seguridad jurídica establecida por el DI. De otra forma, se corre el riesgo de empujar al Estado a un proceso, tras el cual la indemnización a pagar podría ser, incluso, mayor a los «beneficios» supuestamente obtenidos mediante normas internas contrarias al DI. En todo caso, conviene señalar que ante tensiones entre algunas potestades estatales materializadas en normas y posibles conculcaciones de las obligaciones asumidas por el Estado, habrá que valorar cuándo estamos ante un acto legítimo de un Estado compatible con el DI y cuándo estamos ante abusos y arbitrariedades pueden camuflarse en la legitimidad estatal y en sus prerrogativas.

Las sanciones económicas en el marco de las Naciones Unidas

Dra. María Teresa Comellas Aguirrezábal

Las sanciones económicas en el marco de las Naciones Unidas

Mª Teresa Comellas Aguirrezábal

Sumario: 1. Introducción.— 2. La adopción de las sanciones.— 2.1. El fundamento de la acción del Consejo de Seguridad.— 2.2. La función de las sanciones.— 2.3. La finalidad de las sanciones.— 2.4. Los destinatarios de las sanciones.— 2.5. El contenido de las sanciones.— 3. La aplicación de las sanciones.— 3.1. Por los Estados miembros.— 3.2. Por las Naciones Unidas.— 3.3. La autorización de la fuerza armada para asegurar el cumplimiento de las sanciones.— 4. El levantamiento de las sanciones.— 5. Conclusiones.—

1. Introducción

Las denominadas «sanciones económicas»[1] figuran entre las medidas coercitivas, que no implican el uso de la fuerza armada que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede adoptar para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Dichas medidas están previstas en el artículo 41 de la Carta, cuyo tenor es el siguiente:

> El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas

[1] Aunque el concepto mismo de «sanción» ha sido objeto de un extenso debate, este término, en sentido estricto, se emplea hoy para designar *las medidas de naturaleza coercitiva dirigidas contra un Estado o entidad en aplicación de una decisión adoptada por un órgano socialmente competente* (la definición —en el original, en inglés— es de Abi-Saab, G. «The concept of Sanctions in internacional Law». En V. Gowlland-Debbas (dir.). *United Nations Sanctions and internacional Law*. La Haya, Londres, Boston: Kluwer Law Internacional, 2001, pp. 29-41).

> medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Si hasta 1990 se adoptaron tan sólo en dos ocasiones (contra Rodesia del Sur y Sudáfrica) las sanciones económicas, tras el final de la guerra fría, éstas se han convertido en una herramienta habitual de la práctica del Consejo de Seguridad. Concretamente, este órgano las ha decretado en situaciones tan diversas como Irak, la antigua Yugoslavia, Libia, Haití, Liberia, Ruanda, Somalia, Angola, Sudán,[2] Sierra Leona, la República Federal de Yugoslavia (incluido Kosovo), Afganistán (sanciones dirigidas en principio contra los talibanes y posteriormente ampliadas a Osama bin Laden, los miembros de Al Qaeda, y personas y entidades vinculadas a la misma), Eritrea y Etiopía, la República Democrática del Congo, Côte d'Ivoire, Líbano, Corea del Norte e Irán. Asimismo, el Consejo ha adoptado resoluciones en las que ha decidido que los Estados están obligados a adoptar ciertas medidas (entre ellas, algunas de carácter económico y financiero) para efectos de lucha contra el terrorismo internacional,[3] o en el marco del control de armamento.[4] No obstante, dichas resoluciones parecen sobrepasar la función

---

[2] En dos ocasiones y por distintos motivos: la primera, en 1996, tras constatar que Sudán no había atendido las peticiones del Consejo a raíz del atentado terrorista del que fue objeto el Presidente egipcio, Hosni Mubarak; la segunda, a partir de la Resolución n.º 1556 (2004), en relación con el conflicto de Darfur.

[3] En la Resolución n.º 1373 (2001), el Consejo decidió, entre otras cosas, que todos los Estados debían congelar los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas o entidades que cometan, intenten cometer o faciliten la comisión de actos de terrorismo (párr. 1 c); así como prohibir la puesta a disposición de tales personas o entidades —u otras que actúen en su nombre o bajo sus órdenes— de fondos, recursos y servicios financieros o económicos (párr. 1 d).

[4] Res. n.º 1540 (2004), en la que, entre otras medidas, el Consejo ha decidido que los Estados deben prohibir a todos los agentes no estatales la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores (párr. 2); y establecer controles nacionales de la exportación y trasbordo de esos artículos, así como del suministro de fondos y servicios relacionados con la financiación de esas exportaciones y trasbordos (párr. 3 d).

típica de las sanciones para adquirir la naturaleza de verdaderos actos normativos, cuestión que pone de manifiesto el problema general de los límites del Consejo de Seguridad.

El estudio de los diversos regímenes de sanciones impuestos hasta hoy muestra que la práctica dista mucho de ser uniforme. En realidad, es posible observar una clara evolución en todos los estadios de las sanciones: la adopción, la aplicación y los procedimientos empleados para proceder a su levantamiento.

2. LA ADOPCIÓN DE LAS SANCIONES

Aunque el fundamento de la acción coercitiva del Consejo de Seguridad es siempre el *mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, en los últimos años hemos asistido a una progresiva ampliación de la noción de *amenaza a la paz* y, por ende, de los supuestos en los que el Consejo ha decidido sanciones económicas. En la práctica, además, se constata que pueden variar las finalidades perseguidas, los destinatarios y el alcance de las medidas adoptadas.

2.1. El fundamento de la acción del Consejo de Seguridad

En principio, la lógica de la Carta parece indicar que para adoptar medidas del artículo 41 el Consejo de Seguridad ha de constatar previamente la existencia de una de las tres situaciones previstas en el artículo 39, esto es, una *amenaza a la paz*, un *quebrantamiento de la paz* o un *acto de agresión*. De las tres categorías, la de *amenaza a la paz* no sólo implica una mayor neutralidad —circunstancia que ha determinado un empleo no siempre coherente de esta noción en aras de la oportunidad política— sino, sobre todo, es la que mayores posibilidades ofrece a una concepción amplia de los poderes del Consejo, dada su indeterminación.

En efecto, la ausencia de una definición de la amenaza a la paz ha llevado a considerar que la propia Carta garantiza al Consejo de Seguridad

un margen muy amplio de apreciación de las situaciones en las que cabe determinar dicha amenaza y que esta categoría se concibió como una noción flexible.[5] Sin llegar a compartir plenamente la definición de J. Combacau (una amenaza a la paz es lo que el Consejo de Seguridad declara que es una amenaza a la paz),[6] no hay duda de que el artículo 39 deja en manos de este órgano la determinación de su existencia. Y aunque la acepción clásica de la amenaza a la paz se relacionaba íntimamente con la fuerza armada en las relaciones interestatales —consecuencia lógica del momento histórico en el que se redactó la Carta—, el Consejo de Seguridad ha ido ampliando con su práctica los supuestos que pueden dar lugar a esta situación.

De hecho, los primeros casos en los que se adoptaron medidas del artículo 41 (Rodesia del Sur y Sudáfrica) muestran ya una cierta ampliación de la concepción estricta de la paz, al introducir el derecho a la libre determinación de los pueblos y los derechos humanos en la función del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.[7]

---

5 Véase FROWEIN, J.A. y N. KRISCH. «Article 39». En SIMMA, B. *The Charter of the United Nations. A Commentary.* Oxford University Press, 2002, 2.ª ed., vol. I, p. 718.

6 Literalmente, «une menace contre la paix est ce dont le Conseil de sécurité déclare que c'est une menace contre la paix» (COMBACAU, J. «Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies: résurrection ou métamorphose?». *Les nouveaux aspects du droit international, Rencontres internationales de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*. Colloque 14-16 avril 1994. París: Pedone, 1994, pp. 139-158, en concreto, pp. 145-146).

7 Aunque se ha discutido el verdadero fundamento de la acción del Consejo de Seguridad en estos casos —en concreto, si fueron factores externos los que determinaron la calificación de las situaciones como amenaza a la paz, o si ésta derivó de las violaciones del derecho a la libre determinación de los pueblos y de los derechos humanos—, parece evidente que una de las motivaciones de este órgano a la hora de adoptar sanciones, si no la principal, fueron las citadas violaciones. Sobre el particular, véase, entre otros, FENWICK, C.G. «When is there a threat to peace? Rhodesia». *AJIL*, 1967, pp. 753-755; o GAJA, G. «Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial. A propos des rapports entre maintien de la paix et crime internationaux des Etats». *RGDIP*, vol. 97, 1993, pp. 297-364, en concreto, p. 303.

Sin embargo, fueron las enormes oportunidades abiertas al Consejo de Seguridad con el final de la guerra fría las que determinaron una verdadera y extraordinaria expansión de la noción de *amenaza a la paz*. Dicha expansión se ha manifestado de distintas formas: por una parte, desde el punto de vista del uso de la fuerza, la práctica del Consejo ha despejado las dudas iniciales respecto de la calificación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales de conflictos armados internos, aceptándose de forma general para casos de extrema violencia. Además, el Consejo ha incluido los actos de terrorismo entre los supuestos de hecho que justifican tal calificación,[8] y ha adoptado sanciones contra dos Estados (Corea del Norte e Irán) que, a su juicio, constituyen un riesgo en el marco de la no proliferación de armas de destrucción masiva.[9]

---

[8] En concreto, el Consejo comenzó considerando que el apoyo de determinados Gobiernos —o incluso, la ausencia de acciones concretas que manifestasen la renuncia de un Gobierno al terrorismo— constituían una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y justificaban la adopción de medidas del Capítulo VII. Así ocurrió, por ejemplo, en la polémica Resolución 748 (1992), relativa a Libia, y en resoluciones como la 1070 (1996), relativa a Sudán, o la 1267 (1999), sobre Afganistán. Posteriormente, tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, Washington D.C., y Pennsylvania, el Consejo pasó a afirmar que «esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales» [Resoluciones n.os 1368 (2001) y 1373 (2001)]. Actualmente, suele ser habitual que en las resoluciones o declaraciones de la Presidencia del Consejo relativas a las *amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas* se reafirme que «el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales, y que cualquier acto de terrorismo es criminal e injustificable, cualquiera sea su motivación, dondequiera y cuando quiera sea cometido e independientemente de quienes sean sus autores».

[9] En su Resolución n.º 1718 (2006), relativa a Corea del Norte, el Consejo expresó su profunda preocupación por el ensayo nuclear anunciado por este país, que generó un «aumento de la tensión de la región y más allá de ella», lo que le llevó a determinar «que existe una clara amenaza a la paz y la seguridad internacionales» (párr. 9 del preámbulo). En sus resoluciones sobre Irán, sin embargo, el Consejo, que se ha declarado preocupado por los riesgos de proliferación que plantea el programa nuclear iraní, no ha procedido hasta la fecha a constatar expresamente la existencia de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. En este caso se ha limitado a declararse consciente de su responsabilidad primordial

Pero, además, este órgano ha roto definitivamente el vínculo entre la noción de amenaza a la paz y el recurso a la fuerza armada, *incorporando la dimensión humanitaria en la constatación de la amenaza a la paz*. En concreto, el Consejo ha considerado que constituyen amenazas a la paz y la seguridad internacionales tanto situaciones de crisis humanitarias como de violaciones generalizadas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH), aplicable en situación de conflicto armado, internacional o interno.[10] Se establece así, por tanto, que la amenaza a la paz y la acción coercitiva del Capítulo VII pueden derivarse no sólo de la propia existencia de conflictos armados, sino también de cómo éstos se lleven a cabo.

Aunque la nueva dimensión humanitaria del mantenimiento de la paz ha de valorarse positivamente, pues contribuye a consolidar la tendencia a humanizar el Derecho internacional, hay que hacer notar que el Consejo no siempre aplica criterios uniformes. La amplia discrecionalidad que la Carta le otorga a la hora de determinar la existencia de una amenaza a la paz —e incluso de cómo hacerle frente— propicia que su actuación dependa en última instancia de los intereses o la posición de los miembros permanentes y del grado de implicación que estén dispuestos a asumir en un supuesto concreto. De hecho, la práctica demuestra que la implicación del Consejo de Seguridad en el

---

de mantener la paz y la seguridad internacionales, aunque sí ha afirmado actuar con arreglo al artículo 41 a la hora de adoptar medidas coercitivas.

[10] Aunque el Consejo comenzó por considerar que eran las situaciones de crisis humanitarias las que constituían una amenaza a la paz —por ejemplo, claramente en el párr. 3 preambular de la Res. 794 (1992), relativa a Somalia—, posteriormente pasó a estimar que las propias violaciones de los derechos humanos y del DIH podían también ser consideradas como tales. La primera Resolución en este sentido fue la 808 (1993), en la que el Consejo determinó que las violaciones generalizadas del DIH en la antigua Yugoslavia —incluidos los asesinatos en masa y la práctica de la «depuración étnica»— constituían una amenaza a la paz y la seguridad internacionales (párrs. 6 y 7 del preámbulo). La dimensión humanitaria ha estado también muy presente en otros casos, como los de Liberia, Angola, Haití, Ruanda, la República Federal de Yugoslavia (incluido Kosovo), Sierra Leona, la República Democrática del Congo, Costa de Marfil o Sudán (Darfur).

respeto de las normas y principios humanitarios es selectiva, y responde a una clara lógica de «geometría variable».

Por otra parte, es necesario reconocer que no siempre es fácil apreciar qué factores han determinado, a juicio del Consejo, la existencia de una amenaza a la paz. Y ello por varias razones: a veces, porque no se detiene a exponer cuáles son exactamente las causas que le llevan a tal calificación (o al menos ofrece poca información al respecto); en otros casos, porque aunque expresamente señala un hecho concreto, hay otros factores que están claramente involucrados en el proceso de calificación; por último, lo más habitual es que sean varios los elementos que este órgano tiene en cuenta para constatar la existencia de una amenaza a la paz, sin que quepa concluir cuál de ellos es más determinante. Todo ello permite afirmar que la acción del Consejo de Seguridad no responde a circunstancias de carácter fáctico o jurídico —que suelen tener poco peso en sus deliberaciones—, sino fundamentalmente a consideraciones de tipo político, en la medida en que puede actuar, constata la situación de amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y no al revés.

2.2. La función de las sanciones

Al fundarse en la existencia de una amenaza a la paz o un quebrantamiento de la paz, las medidas del artículo 41 de la Carta no pueden considerarse una respuesta directa a un hecho internacionalmente ilícito, rasgo que las diferencia de las contramedidas. En realidad, como ha afirmado el profesor Carrillo Salcedo, toda la Carta en su conjunto está más dirigida a asegurar un determinado orden —la preservación de la paz y la seguridad internacionales— que a garantizar la aplicación del Derecho internacional;[11] y la acción del Capítulo VII constituye el núcleo central de un sistema de seguridad colectiva que, aunque no se define en la Carta, no debe ser visto como un sistema de

[11] CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos, 1991, cuarta reimpresión 1999, p. 233.

sanciones rigurosamente preestablecido destinado a reprimir comportamientos ilícitos sino como un marco para medidas de «policía internacional» que buscan, primordialmente, mantener el orden público.[12]

Pero si el objetivo de la acción prevista en el Capítulo VII es lograr el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, sí es posible que dicha acción coincida con la aplicación coercitiva de normas internacionales o con la sanción de violaciones de tales normas.[13] De esta forma, dos funciones —la de *policía* y la de *sanción*— parecen entrecruzarse en la acción del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII. Aunque es cierto que dicha acción obedece a una lógica distinta de la que rige el derecho de la responsabilidad internacional, se producen necesariamente interferencias entre ambos, lo que ha llevado a plantear si el Consejo es enteramente libre para adoptar las medidas que estime oportunas, desde el momento en el que las contramedidas que los Estados adoptan individualmente están sometidas a condiciones muy estrictas.[14]

Dichas interferencias quedan claramente puestas de manifiesto en la propia práctica del Consejo, *pues no ha habido una situación en la que la que este órgano haya decidido adoptar medidas del artículo 41 que no comporte al menos en parte motivos de legalidad*. Las obligaciones incumplidas por los destinatarios de las sanciones son, no obstante, muy diversas, tratándose en ocasiones de comportamientos ilícitos graves, entre los que se incluyen, como hemos tenido ocasión de comentar, los actos terroristas y las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del DIH.

---

[12] Véase FROWEIN, J. y N. KRISCH. «Introduction to Chapter VII». En SIMMA, B. *Ob. cit*., p. 705.

[13] Para autores como Virally o Combacau, la acción del Capítulo VII *siempre* es provocada por el incumplimiento de una obligación internacional. Véase COMBACAU, J. *Le pouvoir de sanction de l' O.N.U. Étude théorique de la coercition non militaire*. París: Pedone, 1974, p. 105.

[14] BENNOUNA, M. «L'embargo dans la pratique des Nations Unies. Radioscopie d' un moyen de pression». *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Vol. I. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 205-240, p. 214.

2.3. La finalidad de las sanciones

Según el propio artículo 41, el Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse *para hacer efectivas sus decisiones*. Las sanciones económicas constituyen, por tanto, un medio destinado a reforzar las decisiones del Consejo y su finalidad no es punir o infligir un castigo justo, sino ejercer presión sobre sus destinatarios para que modifiquen un comportamiento que amenaza la paz internacional.[15] Desde este punto de vista, puede constatarse una incontestable convergencia entre las sanciones y el mecanismo de las contramedidas, cuyo carácter instrumental ha sido resaltado por la Comisión de Derecho Internacional en su *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*.[16]

Pero aunque puede afirmarse que la dimensión coercitiva es central y que cualquier connotación punitiva o represiva sería extraña a la lógica de las medidas adoptadas en virtud del artículo 41 (circunstancia que ha llevado a algunos autores a advertir de la confusión que genera el propio término de «sanciones»);[17] lo cierto es que en la práctica es posible constatar que finalidades diferentes —ya sean de naturaleza preventiva, disuasiva o punitiva— se encuentran a menudo asociadas a dichas medidas.[18]

---

[15] Véase A/RES/51/242 de 26 de septiembre de 1997, Anexo II, párr. 5.

[16] En concreto, el artículo 49 del citado Proyecto de Artículos, dedicado al objeto y límites de las contramedidas, establece en su párrafo 1 que «El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte [del Proyecto de Artículos]».

[17] Entre otros, RIPOL CARULLA, S. *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Contribución al estudio del concepto de sanción internacional)*. Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública, 2003, p. 151.

[18] ARCARI, M. «Observations sur les problèmes juridiques posés par les sanctions des Nations Unies et leur évolution récente». *Anuario español de Derecho internacional*. Vol. XXII, 2006, pp. 317-348, en p. 333.

Una finalidad preventiva, en primer lugar, es evidente en relación con los embargos de armas impuestos habitualmente en las fases iniciales de un conflicto armado o con la prohibición de importar determinados productos —como los diamantes— que sirven para financiar la lucha armada en determinados países. Asimismo, en los últimos años el Consejo ha adoptado medidas contra entidades o personas asociadas al terrorismo internacional (entre otras, la congelación de fondos o recursos financieros) que nos sitúan más en una lógica de la prevención de la amenaza terrorista que en la óptica de la coerción.[19] De hecho, el Consejo ha reiterado en algunas ocasiones que las sanciones adoptadas en sus resoluciones relativas a las *amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas* «son de carácter preventivo y no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno».[20] Se trataría así de evitar que los destinatarios de las sanciones tuvieran acceso a los recursos que sustentan sus actividades.

En segundo término, es posible constatar la adopción de medidas en las que la finalidad coercitiva parece confluir con la punitiva. Dejando al margen el establecimiento los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda,[21] y centrándonos en las sanciones económicas, un claro ejemplo de esta confluencia lo constituye la imposición de medidas de este tipo a personas que han cometido graves violaciones de los derechos humanos y del DIH en el marco de un conflicto armado, como ha ocurrido recientemente en relación con la República Democrática del Congo, Côte d' Ivoire o Darfur (Sudán).

Por último, el Consejo de Seguridad ha decretado sanciones económicas cuya finalidad parece ser esencialmente punitiva. Este sería el caso de las medidas decididas en la Resolución 1483 (2003), adoptada tras la ocupación de Irak, en cuyo párrafo 23 el Consejo decidió la

---

[19] *Ibíd.*, p. 334.
[20] Res. n.º 1822 (2008), párr. 12 del preámbulo.
[21] Res. n.os 808 (1993) y 955 (1994), respectivamente.

congelación de fondos, activos financieros o recursos económicos adquiridos por Saddam Hussein u otros responsables del antiguo régimen iraquí o miembros de su familia más próxima. Un caso similar podría ser el de la Resolución n.º 1636 (2005), en la que el Consejo ha adoptado medidas análogas contra las personas sospechosas de participar en el atentado terrorista contra el antiguo Primer Ministro libanés, Rafia Hariri, que tuvo lugar en Beirut el 14 de febrero de 2005.[22]

2.4. Los destinatarios de las sanciones

Aunque el artículo 41 de la Carta no hace referencia a los posibles destinatarios de las sanciones, no cabe duda de que, en principio, éstas estaban concebidas para presionar a los Estados, pues sólo ellos podían amenazar o quebrantar la paz internacional, entendida en 1945 como ausencia de guerras interestatales. Sin embargo, desde el decenio de 1990 el Consejo ha decidido imponer sanciones económicas a diversas entidades no estatales (como, por ejemplo, un movimiento insurgente) e incluso a determinadas personas independientemente del Estado del que sean nacionales, lo que constituye un caso aún más insólito.

Entre los factores que explican este desarrollo de la práctica del Consejo han de incluirse tanto la ampliación de la noción de amenaza a la paz —que engloba, como hemos visto, el terrorismo internacional, los conflictos armados internos, las crisis humanitarias o las violaciones de los principios y normas humanitarios— como, sobre todo, el creciente empleo de sanciones específicas, discriminatorias o «inteligentes». Esta tipología de medidas, a la que seguidamente nos referiremos, está orientada a ejercer presión sobre determinados colectivos (dirigentes, élites políticas y otras entidades o personas específicamente

---

[22] Párr. 3 del dispositivo, en el que el Consejo tan sólo indica que se trata de una medida «para prestar asistencia en la investigación de este crimen y sin perjuicio de la definitiva determinación judicial de la culpabilidad o inocencia de una persona».

responsables en la creación de una situación), lo que incrementa su eficacia y reduce sus efectos indeseables.

El precedente de esta reorientación de las sanciones lo constituye la Resolución 864 (1993), relativa a Angola, en la que por primera vez el Consejo decidió imponer un embargo de armas, material bélico, petróleo y sus derivados a un movimiento insurreccional, la UNITA. Desde entonces, los regímenes de sanciones han experimentado un claro proceso de individualización o *personalización*, hasta el punto que, actualmente, prácticamente todos se basan en el mecanismo de una «lista» que identifica a las entidades e individuos contra los que se dirigen las medidas. Si bien la reorientación hacia unas sanciones discriminatorias ha sido acogida con satisfacción, este nuevo sistema de «listas» —que los Comités de Sanciones compilan y ponen al día— ha reabierto el debate sobre las competencias del Consejo de Seguridad y ha suscitado importantes problemas relativos a los derechos humanos.[23]

---

[23] Un caso paradigmático lo constituyen las resoluciones que imponen sanciones a particulares en el marco de la lucha contra el terrorismo. Aunque el propio Consejo de Seguridad ha invitado a los Estados miembros a cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo son conformes con el Derecho internacional, las sanciones decididas han sido objeto de numerosas críticas por el insuficiente respeto de los derechos de defensa de los sancionados. Concretamente, los procedimientos de inclusión y exclusión de las listas de personas y entidades objeto de sanciones no parecen respetar las garantías procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que ha llevado a diversos Estados y Organizaciones internacionales a auspiciar estudios sobre la cuestión. Entre otros, véanse los siguientes documentos: *Strengthening Targeted Sanctions Through Fair and Clear Procedures* (disponible en la red, en <http://www.watsoninstitute.org>; *Targeted Sanctions and Due Process*; o *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions* (ambos disponibles en <http://www.coe.int/cahdi>. En la práctica, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado una reciente sentencia de enorme trascendencia en la que ha considerado que el Reglamento (CE) n.º 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, adoptado a fin de aplicar las decisiones del Consejo de Seguridad y por el que se imponen determinadas medidas restrictivas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama bin Laden, la red Al Qaeda y los talibanes, ha violado los derechos fundamen-

En dicho proceso de individualización es además significativa la constante ampliación de los colectivos a los que se aplican las sanciones. Los principales destinatarios de los primeros regímenes de sanciones «inteligentes» adoptados a partir de 1994 fueron los miembros de un gobierno, un ejército, o facción. Así, en Haití, el Consejo decidió medidas contra los miembros de la junta militar y el ejército haitiano y sus familiares;[24] en Sudán, las sanciones se centraron en los miembros y representantes del Gobierno sudanés y los miembros de las fuerzas armadas sudanesas;[25] y en el caso de Sierra Leona, las primeras medidas se adoptaron contra los miembros de la junta militar del país y los miembros adultos de sus familias.[26]

Posteriormente, el Consejo fue adoptando sanciones contra otros colectivos. Así, por ejemplo, en Liberia fueron objeto de sanción el ex presidente Charles Taylor y su familia, altos funcionarios del antiguo régimen y sus cónyuges, miembros de las antiguas fuerzas armadas de Liberia que mantuvieran vínculos con el ex presidente Taylor, aquellos que infringieran el embargo de armas y cualquier otra persona o entidad que prestase apoyo financiero o militar a los grupos rebeldes armados de Liberia o de países de la región.[27]

Pero el ejemplo más ilustrativo de esta progresiva ampliación lo constituyen las medidas adoptadas para hacer frente al terrorismo

---

tales que el Derecho comunitario reconoce a los recurrentes (Sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-402-05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat Internacional Foundation/ Consejo y Comisión*, de 3 de septiembre de 2008).

[24] Res. n.º 917 (1994), párrs. 3 y 4 recogen medidas específicas contra: a) los oficiales militares de Haití, incluida la policía, y sus familiares más inmediatos; b) los principales participantes en el golpe de Estado de 1991, los gobiernos ilegales establecidos después del golpe de Estado, y sus familiares inmediatos; y c) las personas empleadas por los militares haitianos o que actúen en nombre de éstos, y sus familiares inmediatos.

[25] Res. n.º 1054 (1996), párr. 3 b).

[26] Res. n.º 1132 (1997), párr. 5.

[27] Res. n.º 1521 (2003), párr. 4 a); y Res. n.º 1532 (2004), párr. 1.

internacional. Si en la Resolución 1267 (1999), relativa a Afganistán, las medidas iban dirigidas contra los talibanes, la Resolución 1333 (2000) las amplió a Osama bin Laden y las personas y entidades con él asociados, y la Resolución 1390 (2002) se refiere ya a «Osama bin Laden, los miembros de la organización Al-Qaeda y los talibanes y otras personas, grupos, empresas y entidades con ellos asociados». Además, ante un atentado concreto como fue el que acabó con la vida del antiguo Primer Ministro libanés, el Consejo decidió imponer sanciones a todas las personas designadas «como sospechosas de estar involucradas en la planificación, el patrocinio, la organización o la perpetración de este acto terrorista».[28]

Nuevas ampliaciones se han producido en otros casos, en los que el Consejo ha decidido imponer sanciones a personas que cometan violaciones de los derechos humanos y del DIH, como ha ocurrido en la República Democrática del Congo, Côte d'Ivoire o Darfur (Sudán). Por lo que respecta a la República Democrática del Congo, el Consejo, que comenzó estableciendo un embargo de armas y material conexo a todos los grupos y milicias armados que operasen en el territorio de Kivu del norte y del sur y de Ituri,[29] ha ido progresivamente adoptando medidas contra diversos colectivos e individuos, incluidos los líderes políticos y militares de los grupos armados que obstaculicen el desarme, la desmovilización, la reintegración, la repatriación o el reasentamiento voluntarios de los combatientes; los responsables políticos y militares que recluten o empleen niños soldados; y todas las personas que operen en la República Democrática del Congo y que cometan violaciones graves del Derecho internacional que impliquen actos de violencia dirigidos contra los niños o las mujeres en situaciones de conflicto armado.[30] En el mismo sentido, en sus resoluciones relativas a Côte d'Ivoire y Darfur (Sudán), el Consejo ha ido aumentando la presión sobre ciertos colectivos y ha decidido sanciones contra personas

---

[28] Res. n.º 1636 (2005), párr. 3 a).

[29] Res. n.º 1493 (2003), párr. 20.

[30] Res. n.º 1596 (2005); Res. n.º 1649 (2006); Res. n.º 1698 (2006) y Res. n.º 1807 (2008).

incluidas en listas consolidadas sobre la base de diversos criterios, entre los que se encuentran el hecho de obstaculizar el proceso de paz o cometer graves violaciones de los derechos humanos y del DIH.[31]

Por último, el proceso de ampliación e individualización de los destinatarios de las sanciones es también notorio en las resoluciones sobre Corea del Norte e Irán, casos en los que de nuevo se ha empleado el sistema de «listas». Por lo que respecta a Corea del Norte, además de un embargo de armas y material conexo dirigido al Estado, el Consejo ha decidido adoptar medidas contra personas o entidades que participen o presten apoyo a los programas nucleares o relativos a otras armas de destrucción en masa y a los programas de misiles balísticos norcoreanos.[32] En el caso de Irán, el Consejo ha decidido igualmente complementar el embargo de elementos militares y productos relacionados con las actividades nucleares con otras medidas dirigidas a personas o entidades designadas en anexos a sus propias resoluciones;[33] a

---

[31] En su Res. n.º 1572 (2004), relativa a Côte d'Ivoire, además de imponer un embargo de armas al país, el Consejo decidió la restricción de movimientos y la congelación de fondos de las personas designadas por el Comité de Sanciones que violasen el embargo de armas o que constituyeran una amenaza para el proceso de paz y la reconciliación nacional, fueran responsables de cometer violaciones de los derechos humanos y del DIH, o que incitasen públicamente al odio y la violencia (parás. 9 y 11). En Sudán, el Consejo impuso un embargo de armas y material militar conexo en virtud de la Res. n.º 1556 (2004) «a todas las entidades no gubernamentales y los particulares, incluidos los Janjaweed, que realicen actividades en los Estados de Darfur septentrional, Darfur meridional y Darfur occidental». En la Res. n.º 1591 (2005), amplió los destinatarios para cubrir también a «todas las partes en el Acuerdo de Cesación del Fuego de Inamena y cualesquiera otros beligerantes en los estados de Darfur» y decidió la restricción de movimientos y la congelación de fondos y recursos económicos de aquellas personas designadas por el Comité de Sanciones que entraben el proceso de paz, constituyan una amenaza para la estabilidad en Darfur y en la región, perpetren infracciones del DIH o las normas relativas a los derechos humanos u otras atrocidades, infrinjan las medidas adoptadas en la Res. n.º 1556 o sean responsables de vuelos militares ofensivos (párr. 3 c).

[32] Res. n.º 1718 (2006), párr. 8 d).

[33] Res. n.º 1737 (2006), en cuyo anexo se recogen entidades y personas que participan en el programa nuclear y/o en el programa iraní de misiles balísticos; Res. n.os 1747 (2007) y 1803 (2008), que amplían la lista de personas y entidades en nuevos anexos.

otras designadas por el Consejo o el Comité «que se dediquen, estén vinculadas directamente o presten apoyo a las actividades nucleares del Irán»;[34] y a aquellas que hayan ayudado a las personas o entidades designadas a evadir las sanciones impuestas o a infringir sus disposiciones.[35]

2.5. El contenido de las sanciones

El alcance de las sanciones económicas impuestas por el Consejo de Seguridad ha sido muy diverso, comprendiendo desde simples embargos de armas y material militar hasta la interrupción total de las relaciones económicas, comerciales y financieras, reforzada incluso en algunos casos con medidas de fuerza para asegurar su efectividad. La elección de un tipo u otro de sanciones dependerá en principio de la gravedad de la situación y no es extraño que en la práctica se produzca un aumento de la presión mediante la imposición de nuevas medidas cuando las adoptadas hasta entonces no hubieran tenido el efecto deseado.

En todo caso, es posible constatar una clara evolución en los últimos años, pues suele evitarse el empleo de las sanciones globales o de carácter general *(comprehensive)* y se busca establecer mecanismos más precisos y afinados. Dicha evolución se ha debido fundamentalmente a la constatación de las perniciosas consecuencias que a menudo se derivan de la imposición de regímenes de sanciones globales, como los impuestos a Rodesia del Sur,[36] Irak en 1990,[37] la República

---

[34] Res. n.º 1737 (2006), párr. 12.

[35] Res. n.º 1803 (2008), párr. 7.

[36] Aunque en la Res. 232 (1966), el Consejo impuso medidas de alcance limitado (como la prohibición de importar determinados productos procedentes de Rodesia del Sur y un embargo de armas, aeronaves o petróleo), la posterior Res. 253 (1968) impuso ya un régimen global de sanciones, que incluía la ruptura total de relaciones comerciales y financieras con este país.

[37] Res. n.º 661 (1990), en la que decide la prohibición total de importaciones y exportaciones en relación con Irak y el Kuwait ocupado, sanciones financieras (se prohíbe toda actividad financiera a favor del Gobierno de Irak o de cualquier empresa comercial, industrial o de servicios públicos que operase en Irak o Kuwait) y prohibiciones relativas a los transportes.

Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en 1992,[38] los serbo-bosnios en 1994[39] o Haití.[40] En todos estos casos el Consejo decidió sanciones económicas indiscriminadas de amplio alcance (incluida la ruptura de relaciones comerciales y financieras) que plantearon numerosas consideraciones éticas y prácticas. Como advirtiera en 1995 el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Boutros-Ghali:

> Las sanciones […] plantean la cuestión ética de si el sufrimiento infligido a los grupos vulnerables del país al que se imponen es un medio legítimo de ejercer presión sobre los dirigentes políticos […]. Por otra parte, las sanciones siempre traen consecuencias imprevistas o no deseadas. Pueden complicar la labor de los organismos humanitarios […]. Pueden entrar en conflicto con los objetivos de desarrollo de la Organización y causar daños duraderos en la capacidad productora del país objeto de las sanciones.[41]

Reconocidas como «arma de doble filo» las sanciones económicas globales suelen conllevar graves consecuencias no deseadas: un alto coste para los Estados que mantengan intensas relaciones económicas con el

---

[38] En la Res. n.º 757 (1992), el Consejo decidió la prohibición total de importaciones de los productos originarios de la República Federal de Yugoslavia, un embargo general al país, la prohibición de vuelos, la ruptura de relaciones financieras, así como otras medidas dirigidas a lograr el aislamiento político del país. Dichas sanciones fueron reforzadas posteriormente en las Resoluciones n.ºs 757 (1992) y 820 (1993), con la adopción de nuevas medidas relativas a las comunicaciones y los transportes.

[39] Res. n.º 942 (1994), adoptada tras el rechazo de los serbo-bosnios a los planes de paz para Bosnia-Herzegovina, que incluye la prohibición por parte de los Estados de actividades económicas realizadas por cualquier entidad sujeta al control de personas o entidades bajo poder de las fuerzas serbias de Bosnia o constituida con arreglo a la legislación de las zonas controladas por dichas fuerzas, la congelación de fondos u otros activos o recursos financieros de cualquier entidad en poder de las fuerzas serbias de Bosnia, la prohibición de servicios o medidas relativas a los transportes.

[40] Aunque la Res. n.º 841 (1993) impuso un embargo de armas y material militar, petróleo y derivados, en la posterior Res. n.º 917 (1994), el Consejo decidió medidas adicionales de amplio espectro, incluida la prohibición total de importaciones y exportaciones, y medidas relativas a los transportes.

[41] Suplemento a *Un Programa de paz*. Doc. UN A/50/60-S/1995/1, 1995, párr. 70.

Estado sancionado, una negativa repercusión en la infraestructura social del país y un fuerte sufrimiento infligido a la población civil. Esto último es lo que se conoce como el «impacto humanitario» de las sanciones.

Fueron precisamente los devastadores efectos sobre la población civil que provocaron las sanciones contra Irak los que generaron a mediados de los noventa un debate general acerca de los límites de la actuación del Consejo de Seguridad al momento de imponer sanciones y la necesidad de modificar el sistema para evitar dichos efectos. Desde esta última óptica, hemos de resaltar los denominados «Proceso de Interlaken», «Proceso Bonn-Berlín» y «Proceso de Estocolmo», en los que diversos Gobiernos impulsaron estudios sobre cómo mejorar la eficacia de las sanciones especificando mejor su objetivo.[42] Estas y otras iniciativas han supuesto una valiosa contribución a este importante debate.

La práctica del Consejo de Seguridad también ha demostrado un evidente interés por evitar los negativos efectos «colaterales» de las sanciones globales. Junto a los clásicos embargos de armas, este órgano ha recurrido a un empleo cada vez más frecuente de las denominadas sanciones selectivas o «inteligentes» que, por su precisión, tratan de coaccionar a aquellos cuyo comportamiento se pretende modificar, reduciendo al máximo los efectos indeseados de las sanciones.

El contenido de este tipo de medidas ha sido muy variado e incluye las restricciones de movimientos de determinadas personas o medidas relativas a los transportes, como la prohibición de vuelos. Desde el punto de vista económico, las principales sanciones selectivas o de alcance limitado adoptadas en la práctica del Consejo han sido las siguientes:

---

[42] Véase <http://www.smartsanctions.ch> (Proceso de Interlaken, sobre sanciones financieras específicas, 1998-2001); <http://www.smartsanctions.de> (Proceso Bonn-Berlín, para la mejora de la concepción y puesta en práctica de los embargos de armamento, las restricciones de viaje y las sanciones relacionadas con la aviación, 2000-2001); y <http://www.smartsanctions.se> (Proceso de Estocolmo, sobre la eficacia de las sanciones específicas, 2001-2003).

1) La prohibición de vender, suministrar, transferir o exportar determinados productos a los Estados o entidades sancionados. En este apartado hemos de incluir:

- Los embargos de armas y material conexo,[43] decididos en Sudáfrica;[44] la antigua Yugoslavia (para todas las Repúblicas) en 1991,[45] Somalia,[46] Libia,[47] Liberia,[48] Haití,[49] Angola (para la UNITA),[50] Ruanda,[51] Sierra Leona,[52] la República Federal de Yugoslavia (incluido Kosovo),[53] Etiopía y Eritrea,[54] Afganistán bajo control talibán,[55] posteriormente ampliado a Al Qaeda, Osama bin Laden, los talibanes y otras personas, grupos, empresas y entidades asociados con ellos,[56] la República Democrática del Congo,[57] Côte d'Ivoire,[58] Sudán,[59] y la República Popular Democrática de Corea.[60]

---

[43] En este caso, las resoluciones del Consejo de Seguridad suelen contemplar tanto la prohibición de la venta, suministro, transferencia o exportación de armas y material conexo (incluidas municiones, vehículos y equipos militares y sus correspondientes piezas de recambio), como la prohibición de la concesión de financiación y ayuda financiera, asistencia técnica, servicios de corretaje y demás servicios relacionados con actividades militares y con el suministro, la fabricación, el mantenimiento y el uso de armas y material afín de todo tipo.

[44] Res. n.º 418 (1977), párr. 2.

[45] Res. n.º 713 (1991), párr. 6.

[46] Res. n.º 733 (1992), párr. 5.

[47] Res. n.º 748 (1992), párr. 5.

[48] Res. n.º 788 (1992), párr. 8; y n.º 1343 (2001), párr. 5 a) y b).

[49] Res. n.º 841 (1993), párr. 5.

[50] Res. n.º 864 (1993), párr. 19.

[51] Res. n.º 918 (1994), párr. 13.

[52] Res. n.º 1132 (1997), párr. 6, modificado por Res. n.º 1171 (1998), párr. 2.

[53] Res. n.º 1160 (1998), párr. 8.

[54] Res. n.º 1298 (2000), párr. 6 a) y b).

[55] Res. n.º 1333 (2000), párr. 5 a) y b).

[56] Res. n.º 1390 (2002), párr. 2 c); y n.º 1822 (2008), párr. 1 c).

[57] Res. n.º 1493 (2003), párr. 20.

[58] Res. n.º 1572 (2004), párr. 7.

[59] Res. n.º 1556 (2004), párr. 7.

[60] Res. n.º 1718 (2006), párr. 8 a) i).

- Los embargos de petróleo y sus derivados, que en algunos casos han complementado los embargos de armas, como ha ocurrido en Haití,[61] Angola (contra la UNITA)[62] o Sierra Leona.[63]

- Los embargos de aeronaves y/o vehículos a motor, decididos en Rodesia del Sur,[64] Libia,[65] o contra la UNITA en Angola.[66]

- El embargo de equipo destinado a refinar o transportar petróleo, en el caso de Libia.[67]

- El embargo del producto químico anhídrido acético, en relación con el territorio de Afganistán administrado por los talibanes.[68]

- Los embargos de artículos, materiales, equipos, bienes y tecnologías que puedan contribuir a programas nucleares o de misiles balísticos, en los casos de Corea del Norte[69] e Irán.[70]

- El embargo de productos de lujo, como el impuesto recientemente en relación con Corea del Norte.[71]

2) La prohibición de importar determinados productos procedentes del territorio de algunos Estados. Es el caso de Rodesia,[72] las áreas controladas por los talibanes en Afganistán,[73] o los más recientes de

---

61 Res. n.º 841 (1993), párr. 5.
62 Res. n.º 864 (1993), párr. 19.
63 Res. n.º 1132 (1997), párr. 6.
64 Res. n.º 232 (1966), párr. 2 e).
65 Res. n.º 748(1992), para. 4 b).
66 Res. n.º 1127 (1997), párr. 4 d)
67 Res. n.º 883 (1993), párr. 5.
68 Res. n.º 1333 (2000), párr. 10.
69 Res. n.º 1718 (2006), párr. 8 a) ii).
70 Res. n.º 1737 (2006), párr. 3 y 1803 (2008), párr. 8.
71 Res. n.º 1718 (2006), párr. 8 a) iii).
72 Res. n.º 232 (1966), en cuyo párr. 2 el Consejo decidió que los Estados impedirían la importación de asbesto, mineral de hierro, cromo, hierro en bruto, azúcar, tabaco, cobre, carne y productos elaborados de carne, y cueros y pieles procedente

Corea[74] e Irán.[75] En diversos conflictos internos, las prohibiciones se han centrado en aquellos productos cuyo comercio ha servido para financiar la lucha armada, como los troncos y productos madereros en Liberia,[76] o los diamantes en Angola,[77] Sierra Leona,[78] Liberia[79] o Côte d'Ivoire.[80] En la mayoría de estos casos, el Consejo ha prohÍbido la importación directa o indirecta de diamantes que no estuvieran avalados por certificados de origen expedidos por los Gobiernos de estos países. Se trata así de evitar que los diamantes procedentes de zonas controladas por fuerzas o facciones opuestas a Gobiernos legítimos e internacionalmente reconocidos contribuyan a financiar actividades militares que suelen tener además devastadores efectos humanitarios. En este sentido, las Naciones Unidas han apoyado la creación de un sistema internacional de certificación de diamantes en bruto, iniciativa que pusieron en marcha los países productores de diamantes de África meridional y que se conoce como «Proceso de Kimberley».[81]

---

de Rodesia del Sur. En el párr. 2 b) el Consejo decidió asimismo que los Estados debían impedir todas las actividades que promovieran o tendieran a promover la exportación desde Rodesia de dichos productos, incluyendo las transacciones de fondos para estos fines; y en el párr. 2 c) prohibió el transporte en barcos o aeronaves de cualquiera de estos productos procedente del Estado sancionado.

73 Res. n.º 1333 (2000), párr. 10, en relación con el producto químico anhídrido acético.

74 Res. n.º 1718 (2006), párr. 8 b), en el que se prohíbe la adquisición de armas, material militar y conexo de Corea.

75 Res. n.º 1737 (2006), párr. 4, en el que se prohíbe la exportación desde Irán de artículos relacionados con los programas nuclear y de misiles balísticos; y Res. n.º 1747 (2007), párr. 5, que prohíbe la exportación desde Irán de armas y material conexo.

76 Res. 1478 (2003), párr. 17 a) y Res. 1521 (2003), párr. 10.

77 Res. 1173 (1998), párr. 12 b); y 1176 (1998), párr. 2.

78 Res. 1306 (2000), párr. 1.

79 Res. 1343 (2001), párr. 2 b); y 1521 (2003), párr. 6.

80 Res. 1643 (2005), párr. 6.

81 Véase la Resolución 55/56 de la Asamblea General, denominada *El papel de los diamantes en el fomento de los conflictos: romper el vínculo entre el comercio ilícito de diamantes en bruto y los conflictos armados, a fin de contribuir a la*

3) Sanciones financieras específicas, y en particular:

i) La congelación de fondos, activos financieros y recursos económicos. Aunque fue adoptada de forma indiscriminada o global en relación con la antigua Yugoslavia y Libia,[82] esta medida constituye una herramienta habitual de los recientes regímenes de sanciones «inteligentes», pues se dirige contra personas, grupos y entidades específicos. Concretamente, se ha decretado contra los miembros de la junta militar y otros en Haití,[83] la UNITA en Angola;[84] contra los talibanes, Osama bin Laden, los miembros de Al Qaeda, y otras personas y entidades asociados con ellos;[85] contra el FRU y el antiguo Presidente liberiano Charles Taylor y algunos miembros de su familia;[86] y determinadas personas y entidades designadas por los respectivos Comités de Sanciones o en las propias resoluciones del Consejo en los casos relativos a Irak,[87] Côte d'Ivoire,[88] Darfur

---

prevención y la solución de los conflictos. En dicha resolución ya se mostraba el apoyo a la iniciativa puesta en marcha por los países productores de diamantes de África meridional para crear un sistema de certificaciones. Posteriormente, tanto la Resolución 57/302 de la Asamblea General como la 1459 (2003) del Consejo de Seguridad acogieron con satisfacción la consecución definitiva del sistema internacional de certificación conocido como *Kimberley Process Certification Éche-me* (KPCS).

82 Res. n.º 820 (1993), párr. 21, en el caso de la República Federal de Yugoslavia; Res. n.º 942 (1994), párr. 11, contra los serbo-bosnios; y Res. 883 (1993), párr. 3, en el que decide la congelación de fondos y otros recursos financieros tanto del Gobierno y las autoridades públicas de Libia, como de cualquier empresa libia.

83 Res. n.º 841 (1993), párr. 8, y Res. 917 (1994), párr. 4.

84 Res. n.º 1173 (1998), párr. 11.

85 Res. n.º 1267 (1999); Res. 1333 (2000), párr. 8 c); Res. 1390 (2002), pará 2; y Res. 1822 (2008), párr. 1 a).

86 Res. n.º 1343 (2001), párr. 2 c) y Res. 1532 (2004), párr. 1.

87 Res. n.º 1483 (2003), párr. 23, en el que el Consejo decide la congelación y la transferencia al Fondo de Desarrollo para el Irak de los fondos u otros activos financieros o recursos económicos del Gobierno iraquí o de órganos y organismos de éste ubicados fuera de Irak, así como de aquellos que hubieran sido sustraídos de Irak o adquiridos por Saddam Hussein, algún otro alto funcionario del anterior régimen o algún miembro de su familia inmediata.

88 Res. n.º 1572 (2004), párr. 11.

(Sudán),[89] la República Democrática del Congo,[90] Líbano,[91] Corea del Norte[92] e Irán.[93]

ii) La prohibición de poner fondos o recursos financieros a disposición de las personas o entidades sancionadas. De nuevo se trata de una medida empleada de forma indiscriminada en anteriores regímenes de sanciones (en concreto, Rodesia del Sur, Irak o Libia)[94] y que ahora se emplea de manera selectiva, normalmente como complemento de la congelación de fondos de determinadas personas o entidades.[95]

Actualmente, se estudia también la posibilidad de ampliar las sanciones financieras a los créditos y, aunque no lo ha decidido, en el caso específico de Irán el Consejo de Seguridad ha exhortado a todos los Estados y a las instituciones financieras a que no asuman nuevos compromisos de concesión de subvenciones, asistencia financiera ni préstamos en condiciones concesionarias al Gobierno iraní.[96]

---

89 Res. n.º 1556 (2004), párr. 3 e).

90 Res. n.º 1596 (2005), párr. 15, medida que prorroga en la Res. 1807 (2008).

91 Res. n.º 1636 (2005), párr. 3 a).

92 Res. n.º 1718 (2006), párr. 8 d).

93 Res. n.º 1737 (2006), párr. 12.

94 En el párr. 4 de la Res. n.º 253 (1968), relativa a Rodesia del Sur, el Consejo decidió que los Estados miembros debían abstenerse de poner a disposición del régimen ilegal de este país o de cualquier empresa en Rodesia del Sur, ningún fondo para inversión o ningún otro recurso financiero o económico, y que debían impedir a sus nacionales y a cualquier persona en su territorio ponerlos a su disposición. Esta fórmula fue igualmente empleada en relación con Irak, en el párr. 4 de la Res. n.º 661 (1990); o Libia, en la Resolución n.º 883 (1993), párr. 3.

95 En estos casos, el Consejo suele decidir que los Estados deben velar o cerciorarse de que sus nacionales u otras personas que se encuentren en sus territorios no pongan fondos, activos financieros ni otros recursos económicos a disposición de tales personas o entidades. Véanse las citadas Resoluciones 1173 (1998); 1333 (2000) y 1822 (2008); Res. n.os 1532 (2004); 1572 (2004); 1556 (2004); 1596 (2005); 1636 (2005); 1718 (2006); 1737 (2007).

96 Res. n.º 1747 (2007), párr. 7. Además, en la posterior Res. n.º 1803 (2008), el Consejo ha exhortado a los Estados a que «se mantengan vigilantes al asumir nuevos compromisos para prestar apoyo financiero con recursos públicos al

Por otra parte, es necesario advertir que en todos los regímenes de sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad se han previsto ciertas excepciones a las medidas decididas, en particular, mediante la inclusión de las denominadas «cláusulas humanitarias». Se trata de disposiciones mediante las cuales se excluyen del ámbito de las sanciones determinados bienes o servicios dirigidos a atender las necesidades básicas de la población civil (en el caso de los regímenes globales de sanciones) o de las personas afectadas (en el supuesto de sanciones específicas). Pese a que, en general, las exenciones humanitarias previstas han sido compatibles con las normas humanitarias internacionales al designar los productos exentos (entre los que han de incluirse los alimentos, los productos farmacéuticos o el material médico),[97] los procedimientos de verificación y control de tales exenciones —que quedan básicamente en manos de los Comités de Sanciones— han merecido algunas críticas.[98]

---

comercio con el Irán, incluida la concesión de créditos para la exportación, garantías o seguros, a sus nacionales o a entidades que participen en esos intercambios comerciales» (párr. 9).

97 Para el caso concreto de la congelación de fondos, activos financieros y recursos económicos, el Consejo suele prever las siguientes excepciones: a) los necesarios para gastos básicos, entre ellos, alimentos, alquiler o hipotecas, medicamentos y tratamiento médico, impuestos, primas de seguros y tarifas de servicios públicos o exclusivamente para el pago de honorarios profesionales de monto razonable y el reembolso de gastos efectuados en relación con la prestación de servicios jurídicos u honorarios o tasas por servicios de administración o mantenimiento ordinario de fondos congelados; b) los necesarios para gastos extraordinarios, siempre y cuando lo hayan notificado al Comité de Sanciones y éste los haya aprobado; o c) los que sean objeto de un gravamen o una decisión judicial, administrativa o arbitral.

98 En particular, se ha criticado la concepción restrictiva o poco coherente de dichos Comités respecto de lo que constituyen «motivos humanitarios», o el ritmo demasiado lento de la toma de decisiones. Al respecto, véase nuestro trabajo «Las sanciones económicas en la práctica de las Naciones Unidas: ¿una nueva ortodoxia humanitaria?». En *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, 2005, pp. 367-390, en particular, p. 377.

3. LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES

Las sanciones económicas no sólo conllevan una suspensión temporal de los derechos subjetivos de los sancionados sino también la imposición de obligaciones para los Estados. En este sentido, hay que recordar que las decisiones del Consejo de Seguridad son obligatorias de conformidad con el artículo 25 de la Carta y que, según se desprende del artículo 103, su ejecución debe prevalecer sobre las obligaciones que puedan haber contraído los Estados miembros de las Naciones Unidas en virtud de otros acuerdos internacionales.

Aunque los principales responsables de la efectiva aplicación de las sanciones son dichos Estados miembros —pues conforme al artículo 48 de la Carta serán los que ejerzan la acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo—[99] la práctica demuestra que éstos no siempre han asumido su responsabilidad de manera satisfactoria. De ahí que el propio Consejo de Seguridad haya establecido diversos mecanismos destinados a lograr el efectivo cumplimiento de las sanciones e, incluso, que haya autorizado el empleo de la fuerza con este fin.

3.1. Por los Estados miembros

La obligación que pesa sobre los Estados miembros de las Naciones Unidas, de adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad, plantea diversas cuestiones en torno a la relación entre las resoluciones de este órgano y los ordenamientos jurídicos internos. En particular, las sanciones económicas pueden

---

[99] Más concretamente, el artículo 48 de la Carta dispone que «la acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad […] será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad», y que «dichas decisiones serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte». Por su parte, el artículo 49 establece que «los Miembros de las Naciones Unidas deberán prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad».

suscitar importantes problemas de aplicación en Derecho interno, pues a diferencia de otras medidas que pueden adoptarse a nivel oficial —como ocurre con la ruptura de las relaciones diplomáticas— requieren hacerse efectivas frente a los operadores económicos (públicos o privados) que actúen en el territorio del Estado, y frente a sus nacionales o las entidades registradas o constituidas con arreglo a su legislación que ejerzan una actividad económica en el exterior.

Ello se constata en las propias resoluciones del Consejo de Seguridad, puesto que al imponer un embargo este órgano hace hincapié en que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para impedir la venta o el suministro de determinados artículos *por parte de sus nacionales* o *a partir de sus territorios* o *utilizando buques o aeronaves de su pabellón;* al igual que ocurre con la prohibición de importaciones, en la que los Estados deben prohibir que *sus nacionales* adquieran ciertos artículos procedentes de un país o territorio determinado, o que se adquieran *usando naves o aeronaves de su pabellón*. En el caso de la congelación de fondos, hemos visto que el Consejo ha llegado a exigir que los Estados no sólo congelen con arreglo a su legislación interna todos los fondos que se encuentren en sus territorios, sino también que se cercioren, velen o impidan que *sus nacionales o personas o entidades que se encuentren en su territorio* no pongan fondos o recursos económicos a disposición de las personas o entidades sancionadas.

De esta forma, la eficacia de las sanciones económicas dependerá de la actuación de los órganos internos del Estado (legislativo, ejecutivo, administrativo y judicial), de acuerdo con los requerimientos constitucionales y legislativos nacionales. La práctica, que se inclina claramente a favor de exigir un acto de recepción para las resoluciones del Consejo,[100] ha demostrado que en algunos casos pueden producirse interferencias entre las decisiones de este órgano y los ordenamientos jurídicos internos y se ha llegado incluso a plantear si las decisiones

[100] Véase FROWEIN, J.A. y N. KRISCH. «Article 39». En *SIMMA, B., Ob. cit*., p. 747.

del Consejo podrían ser objeto de control judicial por los tribunales internos.[101]

Por su parte, el Consejo de Seguridad ha sido consciente de estos problemas y ha tratado de asegurar la efectividad de las sanciones de diversas formas. Un claro ejemplo son aquellas resoluciones en la que ha instado a los Estados a adoptar medidas complementarias para hacer plenamente ejecutivas sus decisiones en los ordenamientos jurídicos internos. En este sentido, el Consejo ha tenido la cautela de mencionar que sus decisiones son aplicables no obstante los contratos, acuerdos, licencias o arreglos de cualquier otro tipo acordados antes de la fecha de adopción de sus resoluciones; y, en algunos casos, ha llegado a decidir que los Estados «deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se atienda ninguna reclamación […] en relación con cualquier contrato o transacción de otro tipo cuya ejecución fuera afectada por las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad».[102] De esta forma, el Consejo trata de proteger a los operadores económicos de eventuales acciones procesales de las que pudieran ser objeto por incumplir sus compromisos internacionales cuando aplican las sanciones decididas por las Naciones Unidas.[103]

---

[101] En este sentido, y aunque no se trata de un órgano jurisdiccional interno, ya hemos advertido que, en los asuntos acumulados *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat Internacional Foundation/ Consejo y Comisión*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha estimado que los tribunales comunitarios son competentes para controlar las medidas adoptadas por la Comunidad Europea con objeto de aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad (Sentencia de 3 de septiembre de 2008, doc. cit.).

[102] Res. n.º 687 (1991), relativa a Irak, párr. 29 del dispositivo. Fórmulas análogas han sido empleadas en el párr. 8 de la Res. n.º 883 (1993), relativa a Libia; en el párr. 11 de la Res. n.º 757 (1992), en relación con las sanciones contra la República Federal de Yugoslavia; en el párr. 11 de la Res. n.º 917 (1994), relativa a Haití; o, más recientemente, en el párr. 17 de la Res. n.º 1803 (2008), relativa a Irán, en el que el Consejo ha resaltado la importancia de que «todos los Estados, incluido el Irán, adopten las medidas necesarias para asegurar que no haya lugar a ninguna demanda […] en relación con la imposibilidad de ejecutar un contrato o transacción, debido a las medidas impuestas […]».

[103] Véase BENNOUNA, M. «Les sanctions économiques des Nations Unies». *RCADI*, vol. 300, 2004, p. 50.

Asimismo, en ocasiones el Consejo ha señalado qué medidas específicas deberían adoptarse en los ordenamientos jurídicos internos para dar efecto a sus decisiones y, en particular, ha exhortado a los Estados a adoptar y aplicar su legislación interna para imponer penas severas a las personas que violen las sanciones.[104] Por último, suele ser habitual que el Consejo solicite a los Estados que informen periódicamente de las medidas que hayan adoptado con miras a aplicar efectivamente las resoluciones. Como regla general, dichos informes han de ser dirigidos bien al Secretario General, bien a los diversos Comités de Sanciones.

3.2. Por las Naciones Unidas

La tarea de verificar el efectivo cumplimiento de las medidas del artículo 41de la Carta viene siendo desempeñada en la práctica tanto por el Secretario General de las Naciones Unidas —al que en ocasiones el Consejo solicita que le presente informes sobre el particular— como, sobre todo, por órganos especializados expresamente creados para llevar a cabo esta labor.

Concretamente, el Consejo de Seguridad ha establecido, bajo la forma de órganos subsidiarios, diversos Comités de Sanciones compuestos por todos los miembros del Consejo cuya función principal es velar por el respeto de las medidas adoptadas y evaluar periódicamente su eficacia sobre la base de la información recÍbida de los Estados miembros, los informes preparados por la Secretaría y otras fuentes de información disponible.[105] No obstante, cada vez suele asignárseles más

---

[104] Por ejemplo, en Res. n.os 333 (1973); 1196 (1998); 1295 (2000) ó 1306 (2000).

[105] Al respecto, véase el sitio web de los Comités de Sanciones (en español, <http://www.un.org/spanish/sc/committees>. En la doctrina, Véanse ALABRUNE, F. «La pratique des comités des sanctions du Conseil de Sécurité depuis 1990». *AFDI*, 1999, pp. 226-279; CHARPENTIER, J. «L'organisation du régimen des sanctions au niveau universel: les comités des sanctions du Conséil de Sécurité». En R. Medhi (dir.). *Les Nations Unies et les sanctions: quelle efficacité?* París: Pedone, 2000, pp. 47-62; o KOLLIOUPOULOS, A. «Les Comités des sanctions de l'Organisation des Nations Unies». En PICCHIO FORLATI, L. y L.A. SICILIANOS (dir.). *Economic Sanctions in International Law/ Les sanctions économiques en droit internacional*. Leiden: Nijhoff, 2004, pp. 567-601.

tareas y, de hecho, como ha afirmado la profesora Andrés Sáenz de Santamaría, una de las nuevas facetas del sistema de sanciones a partir de la segunda mitad del decenio de 1990 es la clara tendencia existente a precisar las funciones de los Comités de Sanciones al compás de las modulaciones introducidas en las medidas adoptadas por el Consejo. Frente al restrictivo mandato que recibieron los primeros Comités de Sanciones, actualmente se les asignan tareas cada vez más amplias y detalladas, estrechamente vinculadas a la adopción de «sanciones inteligentes».[106] Entre las funciones adicionales asignadas se incluyen las siguientes: adoptar decisiones relativas a las excepciones humanitarias o de otro tipo; informar periódicamente al Consejo de Seguridad, aportando recomendaciones de mejora del régimen de sanciones y un análisis de sus consecuencias humanitarias; y especificar las obligaciones que derivan de las resoluciones, por ejemplo, a través de la designación de los sujetos sancionados. Esta última tarea viene llevándose a cabo a través del ya mencionado sistema de «listas».

Aunque los Comités de Sanciones constituyen una herramienta fundamental para facilitar y vigilar la aplicación de las sanciones, su labor no ha estado exenta de críticas, centradas inicialmente en su falta de transparencia, su limitada eficacia y la escasa atención prestada a las consecuencias humanitarias y económicas que pudieran producir las sanciones.[107] La constatación de estas deficiencias ha dado lugar a diversas iniciativas —entre ellas, el ya citado «Proceso de Estocolmo»— destinadas a mejorar los regímenes de sanciones y solventar estos problemas. Los miembros del Consejo de Seguridad también han sido conscientes de la necesidad de mejorar la labor de los Comités de Sanciones y sus esfuerzos en este sentido han sido notorios.[108] Entre dichos

---

[106] ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. «Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad». En *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. *Ob. cit*., pp. 155-176, en p. 171.

[107] Véase ALABRUNE. *Ob. cit*., p. 278.

[108] Al respecto, véase la Nota del Presidente del Consejo de Seguridad de 29 de enero de 1999 (S/1999/92) relativa a la *Labor de los Comités de Sanciones*, en la que se incide en la necesidad de aumentar la transparencia de los comités, establecer

esfuerzos hay que destacar el establecimiento de un grupo de trabajo oficioso sobre cuestiones generales relativas a las sanciones, encargado de formular recomendaciones para aumentar su eficacia.[109]

Precisamente para aumentar la eficacia de las sanciones, y dado el creciente número de regímenes establecidos y el aumento de las tareas encomendadas a los Comités de Sanciones, se han establecido nuevos mecanismos complementarios de apoyo, como los «grupos de expertos», o los denominados «mecanismos de vigilancia» y «grupos de supervisión». Pese a su diversa nomenclatura, todos estos mecanismos comparten una tarea común: hacer frente a las violaciones de las sanciones. En particular, sus mandatos —que suelen ser breves, pero renovables— han incluido la investigación de posibles violaciones, la recopilación de información, la evaluación del progreso en la aplicación de las resoluciones del Consejo, la elaboración de listas de incumplidores y hacer recomendaciones acerca de cómo mejorar los regímenes de sanciones.

El primer «grupo de expertos» se creó en 1999 a raíz de una solicitud del Presidente del Comité de Sanciones establecido en virtud de la Resolución 864 (1993), relativa a Angola.[110] El mandato de este grupo de expertos —de seis meses de duración— incluía reunir información

---

mecanismos y formas de comunicación apropiados con los Estados, órganos y organismos de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales y regionales, y la evaluación de las consecuencias humanitarias y económicas de las sanciones. Más recientemente, el Consejo ha tratado de mejorar el sistema de «listas» de personas y entidades objeto de sanciones (en particular, los mecanismos de inclusión y exclusión de nombres) en resoluciones como la 1735 (2006) y 1822 (2002), relativas a las *amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas*.

[109] Véase Nota del Presidente del Consejo de Seguridad de 17 de abril de 2000 (S/2000/319).

[110] Res. n.º 1237 (1999). No obstante, con anterioridad, el Consejo ya había creado, en virtud de la Resolución 1013 (1995) una Comisión Internacional de Investigación con el mandato de investigar las violaciones al embargo de armas y pertrechos militares impuesto a las fuerzas del antiguo Gobierno de Ruanda en la región de los Grandes Lagos.

e investigar sobre la violación de las sanciones decididas contra la UNITA, determinar la identidad de las partes que prestaban apoyo e incitaban a las violaciones, y recomendar medidas para poner fin a esas violaciones y mejorar la aplicación de las sanciones. Tras el informe presentado por el grupo de expertos, el Consejo pidió al Secretario General que estableciera un «mecanismo de vigilancia» para investigar las violaciones identificadas.[111]

Mecanismos similares han sido creados posteriormente, especialmente para investigar las violaciones de ciertos embargos de armas, petróleo u otros productos como los diamantes. Así ha ocurrido en casos como los de Sierra Leona,[112] Liberia,[113] Somalia,[114] la República Democrática del Congo,[115] Côte d'Ivoire[116] o Sudán.[117] Asimismo, en relación con la lucha contra el terrorismo, el Consejo ha arbitrado diversos mecanismos complementarios desde que en su Resolución n.º 1333 (2000), relativa a la situación en Afganistán, solicitara el establecimiento de un «comité de expertos» para hacer recomendaciones sobre la vigilancia del embargo de armas y el cierre de los campamentos de entrenamiento de terroristas.[118] Además, el hecho de que el mandato

---

[111] Res. n.º 1295 (2000), párr. 3.

[112] Res. n.º 1306 (2000), párr. 19.

[113] Res. n.º 1343 (2001), párr. 19. El grupo de expertos fue posteriormente prorrogado, restablecido o renovado en las Resoluciones n.os 1408 (2002), 1458 (2003), 1521 (2003), 1549 (2004), 1579 (2004), 1760 (2007) y 1819 (2008).

[114] Res. n.os 1407 (2002) y 1425 (2002). Posteriormente, el grupo de expertos fue reemplazado por un «grupo de supervisión» en virtud de la Resolución n.º 1519 (2003).

[115] Res. n.º 1533 (2004). El mandato del grupo de expertos fue definido y prorrogado en posteriores resoluciones, como la 1654 (2006), 1768 (2007), 1771 (2007) y 1799 (2008).

[116] Res. n.º 1584 (2005). El grupo de expertos fue restablecido o prorrogado en las Resoluciones 1632 (2005), 1643 (2005), 1708 (2006), 1727 (2006), 1761 (2007), 1782 (2007) y 1842 (2008).

[117] Res. n.º 1591 (2005). El grupo de expertos fue prorrogado en las Resoluciones n.os 1713 (2003), 1665 (2006), 1779 (2007) y 1841 (2008).

[118] Párr. 15. El posterior mecanismo de vigilancia, establecido en la Res. n.º 1363 (2001), tras el informe presentado por el grupo de expertos, ha contado con una doble estructura: un «grupo de vigilancia» en la sede de Nueva York, para supervisar la aplicación de las medidas impuestas, y un «equipo de apoyo a la aplicación de

temporal de estos grupos haya sido breve (de cuatro o seis meses, habitualmente) ha conducido a que en ocasiones el Consejo haya vuelto a establecer nuevos grupos de expertos en el marco de una misma situación.

El recurso a todos estos mecanismos de control y verificación ha sido útil y eficaz para la aplicación de las sanciones. No obstante, en la actualidad, sigue estudiándose la manera de mejorar los procedimientos de vigilancia y solventar importantes dificultades aún existentes. Entre las reformas pendientes han de incluirse el avance en los procedimientos de inclusión y exclusión de nombres en las listas; la creación de una base de datos en la que puedan consultarse todos los informes y archivos de los grupos de expertos; iniciativas de fomento de la capacidad más eficaces entre los Estados miembros y las organizaciones regionales; y una mayor sensibilización pública y un uso más eficaz de los medios informativos para comunicar los propósitos y las condiciones de aplicación de las sanciones del Consejo de Seguridad.[119]

3.3. La autorización de la fuerza armada para asegurar el cumplimiento de las sanciones

En algunos casos, el Consejo de Seguridad ha autorizado a los Estados y a las organizaciones regionales a emplear la fuerza armada para asegurar el efectivo respeto de las sanciones económicas. Concretamente, en diversas resoluciones relativas a Rodesia del Sur,[120] Irak,[121] la antigua Yugoslavia,[122] Haití[123] y Sierra Leona,[124] el Consejo autorizó el

---

las sanciones» desplegado en los Estados que limitan con el territorio de Afganistán controlado por los talibanes. Posteriormente, la Res. n.º 1526 (2004) instituyó un nuevo «equipo de vigilancia».

119 *Informe final del Simposio sobre las distintas maneras de promover la aplicación de las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas* (S/2007/734, de 13 de diciembre de 2007).

120 Res. n.º 221 (1966), párr. 5.

121 Res. n.º 665 (1990), párr. 1.

122 Res. n.º 787 (1992), párr. 12.

123 Res. n.º 875 (1993), párr. 1, y Res. n.º 917 (1994), párr. 10.

124 Res. n.º 1132 (1997), párr. 8, en el que la autorización se dirigía a la CEDEAO, y exhortaba a todos los Estados miembros a que cooperasen con ella.

empleo de todas las medidas necesarias para detener en alta mar cualquier transporte marítimo que entrara o saliera del mar territorial de los Estados sancionados con el fin de inspeccionar la carga y el destino y velar, de este modo, por el estricto cumplimiento de los embargos impuestos. Tales autorizaciones no encuentran su fundamento en el artículo 41 de la Carta, y están más en consonancia con el artículo 42, en virtud del cual el Consejo de Seguridad podrá ejercer la acción que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales, incluidos los bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de las Naciones Unidas.[125]

4. EL LEVANTAMIENTO DE LAS SANCIONES

El procedimiento para levantar las sanciones es una cuestión fundamental que, como ha advertido Bennouna, no ha recibido una respuesta adecuada en la Carta de las Naciones Unidas.[126] La práctica del Consejo de Seguridad revela también en este punto una clara evolución: frente a los tradicionales regímenes de sanciones de duración indefinida, en los últimos tiempos se tiende a acotar el marco temporal de las sanciones. Dicha evolución responde básicamente a dos motivos. El primero está relacionado con la eficacia de las sanciones, pues se considera que la perspectiva del levantamiento (o al menos la suspensión) de las mismas puede ser un importante aliciente para el cumplimiento de las decisiones del Consejo. El segundo, de mayor trascendencia, radica en la constatación de los serios problemas que suelen originar los regímenes de sanciones temporalmente indefinidos.

---

[125] SIMMA. *Ob. cit*., p. 748. No obstante, otros autores, como Cardona Llorens, consideran que, dado que no se han celebrado los convenios especiales previstos en el artículo 43 de la Carta, este tipo de medidas no pueden considerarse incluidas en el artículo 42. Véase «La aplicación de medidas que impliquen el uso de la fuerza armada por el Consejo de Seguridad para hacer efectivas sus decisiones», *REDI*, n.º 1, 1995, p. 21; y «La ‹externalización›/‹privatización› del uso de la fuerza por las Naciones Unidas», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Ob. cit*., pp. 324-5.

[126] BENNOUNA. *Ob. cit*., p.73.

Concretamente, cuando el Consejo decide imponer sanciones por un periodo indeterminado sin especificar criterios claros sobre su levantamiento, éste dependerá de una nueva decisión del Consejo de Seguridad que puede ser paralizada por el voto negativo de uno de los cinco miembros permanentes. Ello significa que sería suficiente que uno de dichos miembros se opusiera al levantamiento de las sanciones para que éstas continuaran aplicándose. Es lo que Caron bautizó como «veto inverso», pues no bloquea una decisión del Consejo que autoriza u ordena una acción, sino que bloquea la terminación o la alteración de una acción que ya ha autorizado u ordenado.[127] Esta situación puede acarrear graves consecuencias, sobre todo en situaciones de regímenes amplios o globales de sanciones.

El caso paradigmático de las nefastas consecuencias que puede acarrear la falta de marco temporal en los regímenes de sanciones fue de nuevo el de Irak. La Resolución 661 (1990) no preveía el levantamiento automático de las sanciones y, de hecho, éstas no se levantaron tras el final de la guerra del Golfo y la liberación de Kuwait. Por el contrario, la continuidad de su validez fue confirmada expresamente en la Resolución 687 (1991), en la que el Consejo decidió que las medidas continuarían aplicándose «hasta que el Consejo adopte una nueva decisión al respecto».[128] Tal decisión sólo pudo adoptarse más de una década después, tras la caída del régimen de Saddam Hussein, debido a la oposición de dos de los miembros permanentes del Consejo (los Estados Unidos de América y el Reino Unido). El prolongado estrangulamiento económico del país, junto a la destrucción resultante de la guerra del Golfo en 1991 provocaron, como ya hemos tenido ocasión de comentar, una grave crisis humanitaria en el país que no pudo ser paliada con el lanzamiento del programa «petróleo por alimentos».[129]

---

[127] CARON, D. L. «The Legitimacy of collective authority of the Security Council», *AJIL*, 1993, p. 577.

[128] Párr. 24 del dispositivo.

[129] En virtud de la Resolución 986 (1995), Irak fue autorizado a exportar, por un tiempo determinado, una cierta cantidad de petróleo cuyos beneficios servirían, entre otras cosas, para financiar la compra de bienes de carácter humanitario. El

Esta experiencia demostró la necesidad de que las resoluciones del Consejo establezcan criterios claros y específicos sobre el levantamiento de las sanciones o incluso que éstas se establezcan por un periodo determinado.

El Consejo de Seguridad ha empezado a reconocer en su práctica más reciente esta necesidad. Por una parte, es habitual que, al adoptar medidas del artículo 41, exprese su intención de modificarlas o ponerles fin cuando determine que las entidades sancionadas han cumplido sus compromisos[130] o se han logrado los propósitos de las sanciones.[131] En numerosas ocasiones, el Consejo se ha comprometido además a revisar la situación pasado un plazo determinado desde la adopción de las medidas. Pero, sobre todo, este órgano ha empezado a establecer límites temporales en algunos regímenes de sanciones, especificando un periodo más o menos breve de vigencia de las mismas. El primer paso en este sentido se dio en la Resolución 1298 (2000), al decidir un embargo de armas contra Etiopía y Eritrea por un periodo de doce meses. Posteriormente, nuevos límites temporales han sido establecidos en resoluciones relativas a Sierra Leona,[132]

---

programa se aplicó a lo largo de varias fases sucesivas, pero la situación humanitaria en Irak siguió siendo alarmante. Además, a pesar de ciertas mejoras, el programa fue objeto de diversos bloqueos u obstáculos que mermaron su efectividad. Sobre el particular, véase, por ejemplo, FORTEAU, M. «La formule ‹pétrole contre nourriture› mise en place par les Nations Unies en Irak: beaucoup de bruit pour rien?». *AFDI*, vol. XLIII, 1997, pp. 132-150.

130 Recientemente, en Res. n.º 1556 (2004), relativa a Sudán; Res. n.º 1718 (2006), relativa a Corea del Norte; o Resoluciones n.os 1737 (2006), 1747 (2007) y 1803 (2008), relativas a Irán.

131 Es el caso del Líbano, en cuya Res. 1636 (2005), párr. 3 c) el Consejo decide que las medidas adoptadas «cesarán cuando el Comité informe al Consejo de Seguridad de que todas las investigaciones y procedimientos judiciales relacionados con este ataque terrorista han terminado, a menos que el Consejo de Seguridad decida lo contrario».

132 Res. n.º 1306 (2000), en la que se establecía un plazo de duración de dieciocho meses, que fue prorrogado posteriormente por periodos determinados en las Resoluciones n.os 1385 (2001) y 1446 (2002).

Afganistán,[133] Liberia,[134] la República Democrática del Congo[135] o Côte d'Ivoire.[136]

Sin llegar a levantar definitivamente las sanciones, es posible también que el Consejo decida suspenderlas. La suspensión tiene, por esencia, un carácter provisional, pues el Consejo se reserva la posibilidad de restablecerlas si constata que la entidad sancionada no cumple con sus obligaciones, lo que constituye, sin duda, un medio de presión nada desdeñable.

5. CONCLUSIONES

Las sanciones económicas constituyen un valioso instrumento para hacer efectivas las decisiones que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede adoptar al desempeñar su función de garante del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Frente a la concepción original de la Carta, según la cual las medidas del artículo

---

[133] Res. n.º 1333 (2000), que preveía un plazo para las sanciones de doce meses.

[134] Res. n.º 1343 (2001), en la que las sanciones se adoptaron por doce y catorce meses, dependiendo de su tipología, y se prorrogaron posteriormente en nuevas resoluciones con límites temporales, como la 1408 (2002) y la 1478 (2003). Igualmente, las medidas adoptadas en la Res. n.º 1521 (2003) tienen una vigencia de doce meses. Todas estas medidas han sido prorrogadas por nuevos periodos en posteriores resoluciones, como la 1579 (2004), 1607 (2005), 1647 (2005), 1731 (2006) y 1792 (2007).

[135] Res. n.º 1493 (2003), que especifica un periodo de doce meses, prorrogado posteriormente en la Resolución n.º 1552 (2004). Posteriormente, al decidir nuevas medidas en virtud de la Resolución n.º 1649 (2005), el Consejo determinó un nuevo periodo temporal. Todas las medidas han sido sucesivamente prorrogadas por las Resoluciones n.ºs 1698 (2006), 1768 (2007), 1771 (2007), 1799 (2008) y 1807 (2008).

[136] Res. n.º 1572 (2004), estableciendo un periodo de trece meses en relación con el embargo de armas, y doce meses para las restricciones de viajes y la congelación de fondos. Dichas medidas fueron renovadas en virtud de las Resoluciones n.ºs 1643 (2005), 1727 (2006), 1782 (2007) y 1842 (2008).

41 constituirían un medio de presionar a los Estados que emplearan la fuerza armada en las relaciones internacionales, o amenazaran con hacerlo; en los últimos tiempos hemos asistido a una trascendental ampliación de la noción de *amenaza a la paz* que ha servido para extender tanto los supuestos de hecho en los que el Consejo de Seguridad ha impuesto sanciones como para ampliar los destinatarios de las mismas. De hecho, las sanciones actuales se imponen no sólo a Estados sino también a colectivos, entidades e incluso personas individualmente consideradas cuyo comportamiento amenace la paz en sentido amplio, lo que incluye la violación de obligaciones consideradas esenciales para la comunidad internacional en su conjunto.

Además, en estos casos puede constatarse una tendencia a concebir el recurso a las medidas del artículo 41 no sólo con fines de ejecución forzada sino como castigo al autor del ilícito. En este sentido, podemos decir que se ha producido una cierta confusión entre los términos de *seguridad* y *legalidad* que, unida a la discrecionalidad de la que goza el Consejo (tanto a la hora de determinar que una situación constituye una amenaza a la paz como al adoptar medidas para hacerle frente), ha originado una cierta incertidumbre y ha planteado diversas cuestiones en torno a los límites y el control de la acción de este órgano. En todo caso, y pese a que dicha acción ha demostrado ser «selectiva», la nueva dimensión humanitaria del mantenimiento de la paz ha sido acogida favorablemente. En general, se considera que el recurso al sistema de seguridad colectiva para hacer frente a violaciones masivas de las normas y principios humanitarios es una medida adecuada que ha demostrado su utilidad en diversas ocasiones.

No obstante, y desde una óptica más general, hay que reconocer que no siempre es fácil valorar con precisión la eficacia de las sanciones adoptadas en el marco de la Carta de las Naciones Unidas. Al respecto, se ha advertido que dicha eficacia no debe medirse en función de que las entidades sancionadas cumplan de manera inmediata y completa con las exigencias del Consejo de Seguridad, sino en función de las repercusiones prácticas y de la presión generada para que se produzca

un cambio de política o comportamiento en cada caso.[137] Desde este punto de vista, se considera que las sanciones del Consejo han provocado un cambio al menos parcial de política en diversas situaciones —la antigua Yugoslavia entre 1991 y 1995, Irak, Libia, Haití, Angola, Liberia, Sudán en 1996, Côte d'Ivoire y quizás Corea del Norte—[138] aunque en otras muchas no parecen haber generado el efecto deseado. De ahí que en los últimos años se hayan llevado a cabo importantes esfuerzos para mejorar la eficacia de las sanciones.

Dos han sido las vías emprendidas para lograr este objetivo: la primera, el recurso a las denominadas sanciones «inteligentes» o discriminatorias, encaminadas a presionar a aquellos cuya conducta se trate de modificar; la segunda, la mejora de los mecanismos destinados a verificar y lograr la aplicación efectiva de las decisiones del Consejo. Aunque los esfuerzos llevados a cabo hasta el momento han servido para perfeccionar el mecanismo de las sanciones, quedan temas pendientes o reformas que deberían introducirse. Junto a los estudios promovidos para incluir nuevas sanciones más efectivas, hay que insistir en la necesidad de seguir mejorando los procedimientos de vigilancia y, en particular, los procedimientos de inclusión y exclusión de nombres de las listas de entidades y personas sancionadas, que han de garantizar el respeto a los derechos fundamentales. La legitimidad y la propia eficacia de las sanciones dependen de ello.

---

[137] Informe final del Simposio sobre las distintas maneras de promover la aplicación de las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, doc. cit., p. 5.

[138] *Ibíd*., p. 6.

BIBLIOGRAFÍA

ALABRUNE, E.

1999 «La pratique des comités des sanctions du Conseil de sécurité depuis 1990». *AFDI,* vol. 45, pp. 226-279.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.

2005 «Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad». En *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo.* Tomo I. Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, pp. 155-176.

ARCARI, M.

2005 «Responsabilité de l' État pour violations graves du droit international et système de sécurité collective des Nations Unies». *Anuario de Derecho Internacional,* vol. XXI, pp. 415-448.

2006 «Observations sur les problèmes juridiques posés par les sanctions des Nations Unies et leur évolution récente». *Anuario de Derecho internacional,* vol. XXII, pp. 317-348.

BENNOUNA, M.

1998 «L'embargo dans la pratique des Nations Unies. Radioscopie d'un moyen de pression». *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional,* vol. I, Aranzadi, Pamplona, pp. 205-240.

2004 «Les sanctions économiques des Nations Unies». *RCADI,* vol. 300, pp. 9-77.

BOLANI, M. L.

2003 «Security Council Sanctions on Non-State Entities and Individuals». *Revue Hellenique de Droit International,* pp. 401-439.

CAVARE, L.
1952 «Les sanctions dans le cadre de l' O.N.U.». *RCADI*, vol. 80, pp. 191-291.

CHARPENTIER, J.
2000 «L'organisation du régime des sanctions au niveau universel: les comités des sanctions du Conseil de Sécurité». En *Les Nations Unies et les sanctions: quelle efficacité?* Rencontres internationales de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence. París: Pedone, pp. 47-62.

CHARVIN, R.
1996 «Les mesures d'embargo: la part du droit». *RBDI*, pp. 5-32.

COMBACAU, J.
1974 *Le pouvoir de sanction de l' O.N.U. Étude théorique de la coercition non militaire.* París: Pedone.

1994 «Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies: résurrection ou métamorphose?». *Les nouveaux aspects du droit international, Rencontres internationales de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.* Colloque 14-16 avril 1994. París: Pedone, pp. 139-158.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M.T.
2005 «Las sanciones económicas en la práctica de las Naciones Unidas: ¿una nueva ortodoxia humanitaria?». En *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo I. Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, pp. 367-390.

CORTRIGHT, D. y G. A. LÓPEZ (eds.)
1995 *Economic Sanctions. Panacea or Peacebuilding in a Post-Cold War World?* Boulder, San Francisco, Oxford: Westview Press.

2000 *The Sanctions Decade. Assessing UN Strategies in the 1990s*. A Project of the International Peace Academy. Boulder, Londres: Lynne Rienner Publishers.

DAMROSCH, L.E.
1997 «Enforcing International Law through Non-forcible Measures». *RCADI*, vol. 269, pp. 13-250.

FORTEAU, M.
1997 «La formule ‹pétrole contre nourriture› mise en place par les Nations Unies en Irak: beaucoup de bruit pour rien?». *AFDI*, vol. XLIII, pp. 132-150.

2005 «La levée et la suspension des sanctions internationales». *AFDI*, vol. LI, pp. 57-84.

GAJA, G.
1993 «Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial. A propos des rapports entre maintien de la paix et crime internationaux des Etats». *RGDIP*, vol. 97, pp. 297-364.

GASSER, H.P.
1996 «Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law. An Enforcement Measure under the United Nations Charter and the Right of Civilians to Immunity: an Unavoidable Clash of Policy Goals?». *ZaöRV*, vol. 56, pp. 871-904.

GOWLLAND-DEBBAS, V.
1990 *Collective responses to illegal acts in International Law*. Dordrecht-Boston-Londres: Martinus Nijhoff.

1994 «Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility». *ICLQ*, vol. 43, pp. 55-98.

2001 *United Nations Sanctions and International*. La Haya, Londres, Boston: Kluwer Law International.

2004 *National Implementation of United Nations Sanctions: A Comparative Study*. Leiden: Nijhoff, Brill Academic Publishers.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.
2006 «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?». *REDI*, vol. LVIII, pp. 737-770.

KLEIN, E.
1992 «Sanctions by International Organizations and Economic Communities». *Archiv des Völkerrechts*, vol. 30, pp. 101-113.

KOSKENNIEMI, M.
1991 «Le Comité des sanctions créé par la Résolution 661 (1990) du Conseil de Sécurité». *AFDI*, pp. 119-137.

LAPIDOTH, R.
1991 «Some reflections on the Law and Practice concerning imposition of sanctions by the Security Council». *Archiv des Völkerrechts*, vol. 30, pp. 114-127.

LÓPEZ MARTÍN, A.G.
1994 «Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de seguridad: del conflicto del Golfo al caso de Libia». *REDI*, pp. 39-59.

MARTIN, L.
1992 *Coercitive Cooperation: explaining multilateral economic sanctions*. Princeton: Princeton University Press.

MARTIN-BIDOU, P.
1993 «Les measures d'embargo prises prises à l'encontre de la Yougoslavie». *AFDI*, pp. 262-285.

MEDHI, R. (dir.)
2000 *Les Nations Unies et les sanctions: quelle effectivité?* París: Pedone.

O'CONNELL, M.E.
2002 «Debating the law of sanctions». *EJIL*, vol. 13, pp. 63-79.

PICCHIO FORLATI, L. y L.A. SICILIANOS (dir.)
2004 *Economic Sanctions in International Law/ Les sanctions économiques en droit international*. Leiden-Boston: Nijhoff.

REINISCH, A.
2001 «Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions». *AJIL*, vol. 95, pp. 851-872.

REISMAN, W. M. y D.L. STENVICK
1998 «The applicability of International Law standards to United Nations Economic Sanctions Programmes». *EJIL*, vol. 9, pp. 86-141.

RIPOL CARULLA, S.
2003 *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Contribución al estudio del concepto de sanción internacional)*. Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública.

SIMMA, B.
2002 *The Charter of the United Nations. A Commentary*. Segunda edición. Oxford University Press.

WALLEENSTEEN, P. y C. STIBANO (eds.)
2005 *International Sanctions. Between Words and Wars in the Global System*. Londres-Nueva York.

El papel del Derecho Internacional Privado en el Derecho Internacional Económico y en las Inversiones Internacionales

Dra. Yolanda Dutrey Guantes

El papel del Derecho Internacional Privado en el Derecho Internacional Económico y en las Inversiones Internacionales

Yolanda Dutrey Guantes

Sumario: 1. Introducción.— 2. El papel del derecho internacional privado en el derecho internacional económico.— 2.1. El objeto del derecho internacional económico y del derecho internacional privado.— 2.2. El derecho del comercio internacional: una disciplina aglutinante del derecho internacional privado y del derecho internacional económico en torno a los intercambios comerciales.— 3. Derecho internacional privado e inversiones internacionales.— 3.1. El papel del derecho internacional privado en la regulación de las inversiones internacionales.— 3.1.1. Derecho aplicable a la reclamación por incumplimiento de la protección dispensada por los tratados.— 3.1.2. Derecho aplicable a la reclamación por incumplimiento del contrato.— 3.2. Los mecanismos de solución de controversias comerciales para las inversiones internacionales.— 4. Conclusiones.—

1. Introducción

En la época actual, la internacionalización de la economía y de las relaciones comerciales entre Estados es un dato que no se puede poner en duda. El panorama de las relaciones económicas y comerciales es de una extraordinaria complejidad, como lo es el intento de circunscribir las normas que lo regulan en las disciplinas académicas más o menos tradicionales. La pluralidad de relaciones jurídicas que se producen en torno al objeto del derecho internacional económico es tan variada desde el punto de vista de los sujetos, de los objetos, de la función y de los intereses en presencia, que no se puede pretender dar soluciones definitivas procedentes de una única disciplina. Varias de estas

disciplinas aparecen, por tanto, cuando hay que regular las relaciones económicas internacionales como el derecho internacional económico, el derecho del comercio internacional, el derecho internacional público y el derecho internacional privado.

El intento que realizamos en este estudio de acotar las disciplinas es un ejercicio académico útil de cara al estudio de las mismas, siendo conscientes de que los problemas prácticos desbordan esta supuesta autonomía. El objeto global que aglutinan es tan plural que pretender un deslinde definido podría conducir a resultados irreales e incompletos de cara a dar respuesta eficaz a los problemas planteados.[1]

No obstante, dentro de esta globalidad, y siendo conscientes de la interconexión,[2] creemos que se puede hacer una diferencia entre dos

---

[1] Ya en 1946, cuando salió a la luz el primer número de la *Revista de Derecho Mercantil*, se empezó a vislumbrar la dificultad de trazar una línea de separación perfecta entre los diferentes aspectos públicos y privados a la hora de abordar la materia de comercio. Señalaba la Revista que «en la actualidad, ni pueden tratarse los problemas jurídico-mercantiles como manifestaciones aisladas sin conexión con los demás sectores de la actividad económica distinta del comercio, ni sería lícito prescindir del estudio de ciertos grupos de normas que, sin constituir Derecho mercantil en sentido estricto, rigen y ordenan, bien el fenómeno económico del comercio en aspectos que escapan al tradicional cuño privatístico de esa disciplina, bien sectores económicos afines». Las mismas afirmaciones podrían referirse a la perspectiva internacional, donde la conexión de los sectores referentes a los distintos problemas que plantea el comercio ha ido configurando la evolución conjunta de todos ellos. Véase ECHEZARRETA FERRER, Mª. T. «La incidencia de la intervención estatal en la actual configuración del derecho privado, con especial referencia al derecho internacional privado». *Revista General del Derecho*, vol. I, 1989, pp. 6371-6415, esp. nota 29 donde aparece la referencia citada. Véase CARRILLO SALCEDO, A. *Derecho internacional privado*. Tercera edición. Madrid: Tecnos, 1983, pp. 30-31, donde señalaba ya a principios de los 80 que «la separación entre lo público y lo privado es una tarea que cada vez deviene más difícil».

[2] DUTREY GUANTES, Y. «La repercusión de la globalización económica en las fuentes del Derecho privado; de la tradicional reciprocidad a la universalidad». *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 251, 2004. Se señala en este artículo cómo la normativa que regula los aspectos públicos del comercio internacional se modifica y por ello, también se modifica la normativa que regula las operaciones de comercio internacional realizadas por los particulares.

perspectivas presentes en la regulación de la economía, y sobre todo del comercio: la pública y la privada. En la primera nos encontramos con la existencia de la regulación del contexto económico-jurídico diseñado por los Estados y por las organizaciones internacionales, mientras que en la segunda es donde tiene lugar la regulación de las actividades de los operadores privados. Enmarcadas todas las normas en el mismo contexto y existiendo una influencia decisiva recíproca entre ambos ámbitos, es cierto, sin embargo, que el objeto de las mismas y, sobre todo, los intereses jurídicos que desarrollan y protegen son diferentes. Es éste el punto del que partimos para abordar la arriesgada tarea de compartimentar la realidad jurídica del comercio internacional; reiteramos, sin embargo, que las respuestas eficaces y completas necesitan aunar las fuerzas de ambas perspectivas.

Partiendo de estas premisas, nos corresponde en el presente capítulo señalar dos cuestiones: la primera de ellas es si el derecho internacional privado tiene un papel en el derecho internacional económico; y la segunda es si tiene cabida o no el derecho internacional privado en un aspecto concreto del panorama económico: el de las inversiones internacionales.

2. El papel del derecho internacional privado en el derecho internacional económico

2.1. El objeto del derecho internacional económico y del derecho internacional privado

En la economía y en el comercio hay aspectos públicos y aspectos privados; hay ordenación por parte de los Estados y de las organizaciones internacionales del contexto donde se desarrolla la actividad económica, y hay ordenación de la actividad económica y comercial de los sujetos de esos Estados. Es en esta última apreciación, en la diferencia entre lo público y lo privado, donde vamos a trazar la linde para separar el derecho económico del derecho internacional privado. Partiendo de la idea de que pretender divisiones absolutas va más allá de la realidad

que se aborda, es cierto, sin embargo, que las normas de ambas disciplinas tienen destinatarios distintos así como son también distintos sus fines y el interés jurídico que protegen.

Si examinamos la concepción amplia del derecho internacional económico,[3] éste comprendería el conjunto de normas que regulan las operaciones económicas de cualquier naturaleza siempre que esas operaciones económicas se desenvuelvan más allá del marco jurídico de un solo Estado. A esta definición le correspondería una materia inabarcable e ilimitada por lo que su utilidad, para efectos de organización de la regulación de las relaciones sería nula.[4] Con arreglo a la concepción estricta del derecho internacional económico,[5] éste se compone de un conjunto de reglas que regulan la organización de las relaciones internacionales económicas y comerciales. Comprende, por tanto, el derecho internacional económico: el establecimiento de las personas y sus inversiones, el comercio de bienes y servicios, los sistemas monetarios y la financiación así como la solución institucional de las controversias que se produzcan en torno a estas cuestiones.[6]

El derecho económico aborda la perspectiva pública de ordenación de todas estas actividades. Se incluyen, por tanto, las reglas que regulan el

---

[3] Concepción «extensiva», así la denominan Carreau y Juillard. Véase CARREAU, Dominique y Patrick JUILLARD. *Droit internacional économique*. París: Dalloz, 2003, pp. 2-3.

[4] El Derecho Económico en una perspectiva integradora puede componerse de Historia y Doctrinas Económicas, Microeconomía, Macroeconomía, Análisis Económico del Derecho, Derecho de la Libre Competencia, Comercio y Finanzas Internacionales, Mercado de Valores, Inversión Extranjera, Regulación de Servicios Públicos, Derecho Bancario y Financiero, Derecho Tributario, etcétera.

[5] Concepción «restrictiva» la denominan Carreau y Juillard. Véase pp. 2-3 de la obra citada.

[6] No todos los autores recogen idéntico contenido, pero si hay determinado consenso. Véase VOITOVICH, Sergei A. *Internacional Economic Organizations in The Internacional Legal Process*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 6-13. Aquí se recoge un concepto de Derecho económico internacional así como subdivisiones donde incluye comercio, finanzas, inversiones y añade transportes.

sistema comercial internacional; es decir, la regulación jurídico-pública del comercio internacional de bienes y servicios es una parte muy importante del derecho económico, que además tiene autonomía suficiente como para constituir una rama específica del derecho del comercio internacional. Los destinatarios de estas normas son los Estados y las organizaciones internacionales, se ocupan del interés general y su fin es establecer relaciones de interdependencia económica entre los Estados.[7]

La segunda disciplina que abordamos, el derecho internacional privado responde a una realidad que, si bien se ha incrementado de manera importante en los últimos tiempos debido a la internacionalización del comercio y de la economía, sigue partiendo de los mismos factores; existe un pluralismo de sistemas normativos y de organizaciones judiciales y, consecuentemente, las relaciones jurídicas se conectan con más de un ordenamiento jurídico o de un sistema jurisdiccional. Esta conexión múltiple aporta la posibilidad de que los sistemas conectados contengan respuestas jurídicas diferentes, produciéndose así la incógnita acerca de la regulación de una situación concreta ante ese panorama múltiple desde diferentes perspectivas.

Teniendo en cuenta estos presupuestos, el objeto del derecho internacional privado ha tenido diferentes enfoques a lo largo de su trayectoria histórica;[8] partiendo de los estatutos o las normas y pasando por la delimitación de su ámbito de aplicación espacial, se caracteriza, al fin, la relación jurídica como objeto del derecho internacional privado. El derecho internacional privado se configura como el sector del ordenamiento jurídico cuyo objeto viene determinado por las situaciones

---

7 Carreau y Juillard, *ob. cit*., p. 5 y ss. Señalan la finalidad de esta interdependencia económica contemplándola como un instrumento de expansión de los Estados y de protección de los mismos.

8 Un análisis de la dimensión histórica del objeto del Derecho internacional privado se encuentra en Domínguez Lozano, P. «Las concepciones publicista y privatista del objeto del Derecho internacional privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, n.º 1, 1994, pp. 99-134.

o relaciones privadas que presentan un elemento de internacionalidad.[9] La internacionalidad puede proceder de diferentes circunstancias: la diferente nacionalidad de los sujetos de la relación o su residencia, el objeto, el lugar de ubicación de un bien, etcétera. A partir de ahí, el derecho internacional privado tiene que dar respuesta adecuada a las relaciones jurídicas de derecho privado caracterizadas por un elemento internacional.[10]

Si examinamos el contenido de ambas disciplinas, hay un punto en el que ambas confluyen: el régimen de regulación de los intercambios comerciales. En torno a este objeto, la regulación que aporta cada una es complementaria con la otra, consiguiendo así dar entre ambas una respuesta jurídica completa a las cuestiones referentes al comercio internacional. Surge, por tanto, de la unión de parte de ambas disciplinas, aunque cada una manteniéndose en los límites que hemos trazado, el derecho del comercio internacional que regula los aspectos tanto públicos como privados del comercio internacional, todos ellos complementarios.

2.2. El derecho del comercio internacional: una disciplina aglutinante del derecho internacional privado y del derecho internacional económico en torno a los intercambios comerciales

El comercio es una realidad conjunta y unitaria en sí misma. Sus aspectos subjetivos, objetivos, sociales, jurídicos y económicos permiten acotar una realidad independiente y coherente.[11]

---

[9] Véase al respecto, FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. *Derecho internacional privado (Una mirada sobre sus elementos esenciales)*. Córdoba: Advocatus, 1998, pp. 21-25, donde incluye un epígrafe denominado «Hacia el consenso acerca del objeto del Derecho internacional privado: la situación privada internacional».

[10] Existe una amplia aceptación de esta concepción. Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa». *Anuario de Derecho Civil,* tomo XLVI, 1993, pp. 1109-1151; DE ANGULO RODRÍGUEZ, M. «Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho Internacional Privado». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 1970-4, pp. 747- 748, entre otros.

[11] El Derecho del comercio internacional figura en los planes de estudio de muchas universidades, habiéndose consolidado como asignatura optativa diferenciada del

El objeto del derecho del comercio internacional engloba las relaciones entre sujetos de derecho cuando en éstas están presentes determinados presupuestos como la pluralidad de comunidades independientes, la variedad de sistemas jurídicos y la coexistencia de los distintos sistemas. El ansia de coexistencia tiene un reflejo evidente en la unificación jurídica internacional y en los procesos de armonización y regulaciones supranacionales.

El derecho internacional privado, con estos presupuestos, actúa intentando una coordinación entre los sistemas jurídicos como cauce adecuado para lograr una vida jurídico-privada internacional.[12] No obstante, la enorme importancia que está adquiriendo el derecho económico influye en la manera de tratar el derecho internacional privado cuando éste aborda situaciones comerciales.[13] No en vano, ambos confluyen en la misma función, la de tratar de conciliar la pluralidad de sistemas jurídicos con una regulación idónea del tráfico jurídico externo, desarrollándose esta función en distintos niveles y desde distintos frentes, cubiertos por ambas disciplinas.

Abundando en esta idea, podemos señalar que en el comercio internacional hay varias cuestiones que son objeto de regulación.

---

derecho internacional público, del derecho internacional privado, de la economía internacional y del derecho mercantil.

[12] *Cf.* ZAMORA CABOT, F.J. «Hitos del sustrato social y económico del Derecho internacional privado». *Revista General del Derecho*, 2000, p. 4453. El carácter privado nos indica la naturaleza con la que intervienen los sujetos participantes.

[13] No se puede sostener una separación absoluta entre el Derecho internacional privado y el Derecho internacional público en el momento actual. Véase ZAMORA CABOT, F.J. «Encuadramiento sistemático del Derecho internacional privado». *Derecho y Opinión*, Universidad de Córdoba, 1999, n.º 7, p. 509 y ss. El autor señala el influjo de determinadas cuestiones públicas en el derecho privado y recoge la recomendación del I.D.I. enmarcada en una Resolución sobre la enseñanza del Derecho internacional, según la cual «cuando se ofrezcan cursos separados de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado, ha de existir una estrecha coordinación e interrelación entre ellos».

Por un lado, hay un marco jurídico en el que se desenvuelve el comercio. Ese marco viene regulado desde la perspectiva pública y administrativa que es una parte también incluida en el derecho internacional económico. Cuestiones como el marco institucional multilateral o regional donde los agentes económicos desempeñan su actividad, los acuerdos de cooperación o integración económica, los mecanismos institucionales de solución de controversias, los principios imperantes en estos acuerdos comerciales o las reglas de defensa de la competencia son parte del derecho del comercio internacional y también del derecho internacional económico, aunque este último con un objeto más amplio, tal y como hemos señalado en el epígrafe anterior.

Por otro lado, un importante objetivo de toda esta ordenación del mercado, es posibilitar y facilitar la creación de relaciones jurídicas comerciales entre particulares, bien a través del comercio de las mercancías o de la prestación de los servicios. La regulación de esa relación comercial entre particulares, intercambios de mercancías o servicios, medios de pago entre las partes, financiación o garantías de esos contratos, así como la perspectiva judicial y arbitral de solución de controversias comerciales, se incardina dentro del derecho del comercio internacional y, obviamente, también es parte integrante del derecho internacional privado. Las relaciones comerciales que se producen en el mercado, superando las fronteras estatales así como las que se producen dentro de los procesos de integración, tienen elementos heterogéneos que posibilitan y condicionan la aplicación de diferentes sistemas jurídicos tanto desde su perspectiva judicial como reguladora. Son, por tanto, estas relaciones una parte integrante e importante del conjunto de relaciones que componen el objeto del derecho internacional privado. El derecho del comercio internacional tiene así como objeto —entre otras cuestiones— todas las relaciones de comercio entre particulares que tienen lazos esenciales con más de un ordenamiento que es lo que hace que las califiquemos de internacionales.[14]

---

[14] Esta es la perspectiva puramente privatista que aportan LOUSSOUARN, Y. y J. D. BREDIN. *Droit du commerce international*. París, 1969, p. 4.

Recapitulando lo dicho, si examinamos el contenido del derecho de comercio internacional, podemos concluir que está compuesto por ambas vertientes, pública y privada. Independientemente de que ambos sectores pertenezcan a ramas distintas del ordenamiento, su vinculación es indiscutible y el producto de la misma es el derecho del comercio internacional.[15] La posibilidad de entender y atender correctamente a las situaciones privadas internacionales pasa inexcusablemente por la necesidad de estudiar previamente la regulación pública en la que se van a desarrollar. La interacción entre lo público y lo privado es indiscutible y una respuesta general convincente a cualquiera de los dos ámbitos necesita inexcusablemente la presencia del otro.[16]

Por tanto, respondiendo al planteamiento inicial, podemos concluir que el derecho del comercio internacional se compone de dos partes: una regulada por el derecho internacional económico y otra por el derecho internacional privado. El derecho internacional privado es, por tanto,

---

[15] Este es el contenido que, por ejemplo, en la Universidad Rey Juan Carlos se le da a la materia optativa del Derecho del comercio internacional. El programa consta de dos partes bien diferenciadas: una referente al Derecho público del comercio internacional y otra a la perspectiva privada. Se aborda en primer lugar la materia de Derecho económico pasando posteriormente al estudio de la contratación internacional incluyendo la institución del arbitraje. En la primera parte se examinan cuestiones como los fundamentos económicos y jurídicos del comercio internacional, la estructura institucional creada a través de las organizaciones internacionales que protagonizan el panorama del comercio internacional, los principios rectores del sistema de comercio internacional, las cuestiones referentes a la política de competencia y el sistema de las inversiones. La segunda parte de la asignatura, la que surge del derecho internacional privado aborda los procedimientos de producción jurídica, las técnicas jurídicas utilizadas y sus fuentes, continuando con los aspectos de la contratación entre particulares donde se hace un recorrido por los contratos más importantes y los distintos medios de pago. El arreglo de controversias a través del arbitraje como sistema de solución de controversias típico del comercio internacional culmina el programa.

[16] La falta de correspondencia entre el sistema económico y el sistema jurídico y su distanciamiento constituyen un factor negativo en el progreso del Derecho. Véase Rojo, A. «El Derecho Económico como categoría sistemática». *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*. Madrid, 1981, p. 980 y ss.

una parte del derecho del comercio internacional, y el derecho económico es la otra parte del este derecho. La incidencia del derecho internacional privado en el derecho internacional económico, respondiendo al enunciado del epígrafe, no se produce, salvo en la cuestión de que regulan aspectos distintos y complementarios del comercio internacional.

3. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E INVERSIONES INTERNACIONALES

3.1. El papel del derecho internacional privado en la regulación de las inversiones internacionales

La segunda cuestión que se aborda en este capítulo es si el derecho internacional privado forma parte de la regulación de las inversiones internacionales, lo que nos conduce nuevamente a hacer una referencia a las cuestiones tratadas en el epígrafe anterior.

Según Carreau y Juillard,[17] las inversiones se encuentran a medio camino entre las fuentes de derecho público y las fuentes de derecho privado, ya que se producen a través de actos entre un Estado y un nacional de otro Estado.

En los epígrafes anteriores hemos recogido la inversión internacional como parte del derecho económico internacional y, sin embargo, no hemos hecho referencia a ella como parte del derecho internacional privado. Si bien goza de algunos elementos mixtos, fundamentalmente porque en muchos de los supuestos las relaciones surgen a través de contratos de inversión entre Estado y particular, un análisis de la naturaleza jurídica de la relación nos conduce de nuevo a su exclusión del derecho internacional privado ya que la relación vincula a un Estado u otro ente público con un inversor, yendo los intereses protegidos más allá de los intereses particulares de ambas partes. No parece, por tanto, que tenga cabida el derecho internacional privado cuyo objeto es la situación privada internacional.

---

[17] CARREAU y JUILLARD. *Ob. cit.*, pp. 9 y ss.

Sin embargo, y a pesar de que estas operaciones no sean de naturaleza privada, si examinamos muchos de los tratados internacionales que regulan la materia de protección de inversiones, tanto bilaterales como multilaterales,[18] nos encontramos con la presencia de fuentes típicas del derecho internacional privado, así como es frecuente la solución de controversias en materia de contratos de inversión ante tribunales arbitrales propios de litigios de naturaleza comercial. Pasamos a continuación a examinar la adaptación de las técnicas internacionales privatistas a esta materia, así como del sistema de arbitraje comercial.

3.1.1. Derecho aplicable a la reclamación por incumplimiento de la protección dispensada por los tratados

Los distintos textos que regulan las inversiones, o la resolución de controversias que éstas crean, no contienen un sistema idéntico de fuentes. Desde esta perspectiva, hay dos bloques de normas. Por un lado, convenios internacionales que enuncian fuentes como si de una relación de derecho privado se tratara, haciendo referencia a lo acordado por las partes, a la ley del Estado incluyendo las normas de derecho internacional privado y a las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.[19] Por otro lado, otro bloque de textos señala como derecho aplicable el propio tratado y demás reglas de derecho

---

[18] El sistema actual de regulación jurídica internacional de la inversión extranjera descansa fundamentalmente en dos pilares normativos. El primero de ellos son los tratados bilaterales, los Acuerdos de Promoción y Protección recíproca de inversiones, normalmente pactados entre países receptores y países importadores de capital. El segundo pilar normativo es la Convención de Washington, Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Washington de 18 de marzo de 1965. Otras regulaciones multilaterales completan el panorama con normas referentes a inversiones, como el Capítulo XI de Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, la Parte III del Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 o las normas relativas al tema en el marco del MERCOSUR, entre otras.

[19] *Cf.* art. 42 CIADI, art. 54 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Entre los APPRIs nos encontramos, entre otros con el art. 11.3º del segundo APPRIs firmado con Bolivia, de 29 de octubre de 2001, el art. 9.3º del APPRI con China o el art. 11 del APPRI firmado entre España y Cuba.

internacional, dando una respuesta jurídica propia de derecho público, sin hacer ninguna referencia a técnicas privatistas.[20]

La búsqueda del derecho aplicable a la inversión si es que ésta quiebra y se interpone una demanda arbitral, necesita hacer referencia a la distinción entre los *Contract Claims* y los *Treaty Claims*. En el primer caso se está haciendo referencia al incumplimiento contractual de alguna de las partes, mientras que en el segundo la base de la controversia es el incumplimiento del tratado que protege la inversión.

Si lo que se ha incumplido es la protección dispensada por el tratado internacional o por el derecho internacional (trato justo), nos encontramos ante un *Treaty Claim* al que sólo le puede ser aplicado el tratado o el derecho internacional donde están recogidas las obligaciones que el Estado ha incumplido. En este caso es bastante claro que las fuentes privatistas mencionadas en los textos no tienen cabida. Si el Estado ha violado lo pactado en los tratados, no hay margen alguno a ningún derecho acordado por las partes ni a ninguna norma de conflicto.

Vamos, no obstante, a examinar cada una de las técnicas utilizadas por estos tratados así como su aplicación a la protección de la inversión, que es el fin de dichos tratados y no la regulación del contrato de inversión entre las partes firmantes.

En primer lugar, ya hemos citado algunos textos que hacen referencia a la autonomía de la voluntad. Señalan que el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. Si se está aplicando un APPRI a una controversia, quiere decir que la diferencia surge directamente de una inversión entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado por incumplimiento del Estado de su obligación de protección de inversión. No hay, por tanto,

---

[20] *Cf.* art. 1131 TLCAN, art. 26 del Tratado de la Carta de la Energía. Entre los APPRIs señalamos los firmados con Hungría, Malasia, Filipinas, Túnez y antes China o el primer APPRI firmado con Bolivia. Al no contener ninguna referencia al derecho aplicable es de aplicación el APPRI mismo.

posibilidad de aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes. La protección que brinda un tratado no puede depender de la voluntad de las partes, no existiendo posibilidad de materialización de elección del derecho.[21] La referencia es, por tanto, ficticia y genera confusión acerca de la naturaleza jurídica del objeto de la controversia.

Otra técnica jurídica recogida por algunos tratados de inversiones ya señalados es la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado. También resulta poco operativa esta referencia tanto al derecho material como a las normas de derecho internacional privado, que son las normas de conflicto.[22] Aunque la aplicación del derecho del Estado parte es la posición clásica en materia de contratos de Estados y personas privadas extranjeras,[23] podemos hacer la misma referencia que ya hemos efectuado; generalmente, un tribunal arbitral adquiere competencia por un APPRI cuando se viola éste. La imputación por responsabilidad al Estado por su actividad como sujeto soberano conforme a la ley de dicho Estado queda desplazada por la legislación internacional a la que el Estado se ha comprometido con la firma de un Acuerdo. No es por tanto en la ley nacional donde se busca la respuesta a estos litigios cuando lo que se produce es un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado y no un incumplimiento del contrato.

La jurisprudencia avala la primacía del derecho internacional. A pesar de que algunos laudos aplican el derecho del Estado de la

---

[21] Véase VIVES CHILLIDA, J. A. *EL Centro Internacional de Arreglo de Diferencias*. McGraw-Hill, 1998, p. 180. En nuestra opinión ni siquiera se puede materializar la elección de ley después del nacimiento de la controversia. Si no se ha incumplido el APPRI no hay controversia por lo que no es susceptible de ser pactada la ley aplicable. Es distinto pactar una indemnización o cuestiones semejantes, pero la controversia gira en torno a una materia no susceptible de ser pactada.

[22] Los tribunales CIADI nunca han aplicado una norma sobre conflicto de leyes del Estado receptor de la inversión en aplicación de la segunda frase del art. 42.1º del convenio de Washington. *Cf*. VIVES CHILLIDA, *ob. cit*., p. 187.

[23] Véase VIVES CHILLIDA, *ob. cit*., p. 186. Avalando esta posición menciona las sentencias del TPJI sobre los empréstitos serbios y brasileños.

inversión,[24] la condición de aplicación del mismo es su no contradicción con el derecho internacional, por lo que la primacía de fuentes queda bastante clara.[25] El derecho del APPRI y el derecho internacional que da origen a la controversia prevalecen, siempre que entren en contradicción, sobre el derecho del Estado.[26] En realidad ese es el objetivo del sistema: alejar las demandas de los tribunales nacionales llevándolas a tribunales arbitrales neutrales y aplicar el derecho internacional (APPRI, TLCAN…) que protege al inversor. El inversor se encuentra protegido por el peso del derecho internacional en una sede neutral.

No se adaptan, por todo lo dicho, las fuentes del derecho privado al incumplimiento por un Estado de las obligaciones asumidas mediante un tratado internacional. La introducción de técnicas legislativas típicas del derecho privado para los supuestos de responsabilidad estatal es artificial e innecesaria, y aunque en última instancia no sea de aplicación, puede generar confusión en el enfoque y el tratamiento del procedimiento.

3.1.2. Derecho aplicable a la reclamación por incumplimiento del contrato

Si lo que se discute no es el incumplimiento del tratado sino del contrato, el tratado puede no ser de aplicación, salvo que el incumplimiento

---

[24] Lo aplican normalmente en el examen de la regulación del contrato de concesión. Véase Amco Asia Co and others v. República de Indonesia (ARB/81/1), Adriano Gardella c. Costa de Marfil ((ARB/74/1), Benvenuti c. República del Congo (ARB/77/2). Los tribunales aplican la ley del Estado receptor porque es conforme al Derecho internacional.

[25] Véase laudo Letco c. Liberia (CIADI ARB/83/2) en el que se declara aplicable el derecho de Liberia sujeto al derecho internacional con los principios del Derecho internacional público, al igual que en el caso Southern Properties c. Egipto (ARB/84/3) donde se señaló que aunque se había elegido implícitamente el derecho egipcio, este acuerdo no podía excluir la aplicabilidad directa del derecho internacional en determinadas situaciones.

[26] Véase DIEZ-HOCHLEITNER, J. «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIs». Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, 11, 2005, pp. 49-65.

contractual sea también un incumplimiento del tratado por parte del Estado o alguno de sus entes públicos.

En todo caso, y aunque hagamos referencia al contrato de inversión, éste es un contrato diferente al comercial ya que se encuadra dentro de los denominados «contratos de Estado». Los contratos de Estado difieren considerablemente de los contratos comerciales ordinarios, puesto que intervienen los intereses del Estado y pueden, en gran medida, estar en juego recursos estatales de diversa naturaleza. Estos contratos tienen consideraciones de política pública subyacentes a la contratación pública así como un componente de reglamentación de derecho público.[27] Así, por ejemplo, la fuente legal aplicable al contrato suele residir en la legislación y el reglamento sobre la materia de que es objeto del contrato, pudiendo encontrar diferencias con los contratos comerciales en diversas cuestiones.[28] Que dos

---

[27] *Cf*. UNCTAD, *Contratos de Estado*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, 2004, p. 3 y ss, <http://www.unctad.org/sp/docs/iteiit200411_sp.pdf>. La distinción entre los contratos comerciales ordinarios entre partes privadas, y un contrato de Estado celebrado entre una parte privada y un Estado o una entidad estatal se reconoce universalmente.

[28] *Cf*. UNCTAD, *Contratos de Estado*, *ob. cit*., p. 4 y ss. Frecuentemente, la explotación de sectores, como el del petróleo, sólo se autoriza a una entidad estatal o se efectúa en asociación con una entidad estatal. De esa forma, el ingreso de otros inversores a ese sector puede efectuarse únicamente mediante un contrato con la entidad estatal de que se trate. Además, los sistemas jurídicos nacionales normalmente aplican limitaciones a la forma en que se utilizan y reciben los fondos públicos y someten esas cuestiones a un examen riguroso aplicando las disposiciones legislativas y reglamentarias. Puede exigirse la firma ministerial de un contrato, así como preverse otros procedimientos específicos para examinar y analizar el contrato. Por último, la denuncia de un contrato de Estado puede depender de los criterios de necesidad pública vigente, en virtud de los cuales se incluirán o no disposiciones para determinar los daños no basados exclusivamente en las consideraciones comerciales aplicables a los contratos ordinarios. Los medios de denuncia pueden también diferir entre los contratos comerciales ordinarios y los contratos de Estado. Si bien ambos pueden rescindirse o denunciarse a raíz de infracciones, los contratos de Estado a menudo se denuncian, o su funcionamiento se impide total o parcialmente, por decisión de la autoridad.

partes manifiesten su acuerdo de voluntades en un instrumento contractual no convierte a dicho acuerdo en un contrato comercial.

Por otro lado, para conocer del *Contract Claim*, el tribunal arbitral constituido con fundamento en un APPRI carece de jurisdicción, no pudiendo por ello resolver controversias meramente contractuales o basadas en el derecho interno de una de las partes. El sistema de solución de controversias previsto en los APPRI sólo se pone en marcha por la violación del tratado, derivado o no del incumplimiento del contrato; pero, en todo caso, contrario al derecho internacional. Aun cuando tenga su origen en un incumplimiento contractual, el objeto de la controversia sólo puede ser la violación del APPRI, por lo que deben ser sus disposiciones, así como las normas de derecho internacional general las que sirvan de base para su resolución.[29]

Las fuentes del derecho internacional privado no se adaptan, por todo lo dicho, a este tipo de contratos, ya que ni el objeto ni los sujetos ni los intereses incorporados al contrato son de naturaleza privada.

3.2. Los mecanismos de solución de controversias comerciales para las inversiones internacionales

El sistema tradicional de protección del inversor extranjero recaía, en etapas anteriores, en los tribunales nacionales del país de la inversión, así como en la protección diplomática por parte de las autoridades del Estado del inversor. Esta protección diplomática resultaba acorde con la naturaleza de la diferencia donde intervenían un inversor extranjero

---

[29] Véase DIEZ-HOCHLEITNER, J. «El arbitraje internacional…», *L.c.*, pp. 62 y ss., así como la sentencia de compañía de Aguas de Aconquija allí citada que señala que son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento del contrato. Cada una de esas reclamaciones será determinada en referencia a su propio derecho aplicable, en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del contrato de concesión, por el propio derecho del contrato. Una causa de pedir bajo un Tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato. Requiere una demostración clara de que la conducta es contraria al tratado.

y un Estado, normalmente referente a las discrepancias en torno a un contrato administrativo. Ambos sistemas de solución de controversias son superados a partir de los años 50. La interposición de la demanda ante los tribunales nacionales puede no ser un sistema neutral de solución de controversias en materia de inversiones y el aumento cualitativo y cuantitativo de las inversiones hace que el sistema de protección diplomática se practique con dificultad. La superación de la doctrina Calvo[30] y de la protección diplomática se materializa a través de la sumisión a sistemas arbitrales. Los inversores, para protegerse de la preeminencia del Estado en el ejercicio de sus competencias soberanas, deslocalizan el contrato recurriendo al arbitraje internacional y evitando acudir a los recursos internos del Estado receptor.[31]

Las partes de la controversia se someten a arbitrajes que pueden ser desarrollados por diferentes organismos como un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido de acuerdo con el Reglamento de arbitraje UNCITRAL,[32] el tribunal de arbitraje CCI[33] o el CIADI,[34] cuyo convenio a día de hoy está ratificado por un número importante de Estados.[35]

Tanto el Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL como de la CCI están pensados para arbitrajes comerciales, es decir, para solucionar disputas típicas del comercio, normalmente planteadas en el ámbito

---

30 Véase acerca de la doctrina Calvo y lo que ésta supuso para el arbitraje internacional, Granato L., «Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión», <http://www.caei.com.ar.>, p. 27 y ss.

31 Véase Vives Chillida. *Ob. cit*. p. 7.

32 Incorporado en la mayor parte de los APPRIs, Véase como ejemplo el artículo 9.2 del APPRI entre España y la República Popular China, de 14 de noviembre de 2005.

33 Mucho menos frecuente que el anterior, incluido por ejemplo en el art. 11 del APPRI entre España y la República de Cuba, de 27 de mayo de 1994.

34 Véase Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Washington de 18 de marzo de 1965, en vigor para España el 17 de septiembre de 1994 (*BOE* n.º 219 de 13 de septiembre)

35 Véase la lista de Estados contratantes y signatarios del convenio en <http://www.worldbank.org>.

jurídico privado. El sistema CIADI se encuadra en parámetros similares. El arbitraje comercial internacional tiene como nota determinante el carácter privado de su objeto. Tanto desde la perspectiva de la arbitrabilidad de la controversia como desde el ángulo de los participantes en el comercio internacional, los intereses en presencia coinciden en su privacidad.

Cuando las personas jurídico-públicas actúan en el comercio internacional privado pueden ver su controversia sometida a arbitraje. El arbitraje comercial internacional en el que participa un Estado, en su función de gestor y en cumplimiento de un contrato internacional, no afecta a la soberanía del Estado ni pone en juego la inmunidad de jurisdicción o de ejecución.[36]

La materia de inversiones no se adapta, sin embargo, completamente a los presupuestos que acabamos de señalar. La validez del sistema no se discute. Como cualquier arbitraje, el consentimiento es la piedra angular del sistema. Las dos partes implicadas en la controversia manifiestan su consentimiento aunque de distinta manera ya que una de ellas es un Estado y la otra un particular. Los Estados lo otorgan incluyendo las cláusulas arbitrales en el convenio internacional correspondiente. Vigente el convenio, las cláusulas arbitrales del mismo le comprometen, no siendo necesaria ninguna muestra ni etapa posterior de manifestación o ratificación del consentimiento cuando es demandado por el inversor. El inversor presta su consentimiento a través de la interposición de la demanda arbitral ante uno de los organismos que aparecen incluidos en el tratado aplicable.[37]

---

[36] *Cf.* ARTUCH IRIBERRI, E. «Arbitraje comercial internacional». *Derecho del Comercio internacional. Eurolex*, 1996, p. 477.

[37] Por ejemplo, el último APPRI citado con China, ya citado, permite en el art. 9.2º interponer la demanda a elección del inversor ante el tribunal nacional de la parte contratante en la controversia, ante el CIADI o ante un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido según el Reglamento de arbitraje UNCITRAL. Una vez que el inversor haya sometido la controversia a uno de los tres órganos citados, la elección de uno de los tres procedimientos será definitiva.

El Estado se somete a través de tratado internacional por lo que la materia en él contenida también es arbitrable. No obstante, el objeto de la controversia no es un simple incumplimiento contractual o una cuestión del Estado como gestor sino un incumplimiento internacional que habitualmente contiene la discusión acerca de poderes que como Soberano ha ejercido el Estado y tratan de justificarse en muchos casos en intereses públicos (medio ambiente, salud, seguridad, medidas económicas…).

Acerca de este traslado hacia estructuras privatistas se pueden hacer dos apreciaciones:

1) La primera es que es posible aumentar la flexibilidad del sistema de solución de controversias entre Estado y particular, propio de las inversiones internacionales. El tratamiento del ente estatal —como si fuera un ente privado— ante un arbitraje comercial aporta eficacia al sistema y permite licencias inusuales en el Derecho público. En primer lugar, permite acercar los márgenes de actuación de un ente soberano a los de un ente privado, cuando éstos han de ser necesariamente distintos. El enfoque comercial y mercantilista, que adquieren estos arbitrajes, facilita el tratamiento similar de los sujetos en litigio y, con ello, la aproximación de las causas de exención de responsabilidad entre un Estado y un particular que, obviamente, no tienen parangón alguno al tener que proteger el primero los intereses generales. En segundo lugar, al darle esta apariencia de privacidad el tribunal tiene igualmente un mayor margen de maniobra para aplicar el acervo de derecho internacional que existe en torno a la responsabilidad de los Estados.[38] Al desplazarlo a la esfera privatista parece que la jurisprudencia del TIJ o del TEDH difumina sus oportunidades de aplicación cuando en realidad el

[38] Véase Wälde, T.W. «The present state of research carried out by the english speaking section of the Center fos studies and research». *New aspects of internacional investment law*. Martines Nijhoff Publishers, 2004, p. 148. «The authoritative strength of precedent is weakest in internacional comercial arbitration».

objeto es siempre el mismo: la responsabilidad de un Estado por un incumplimiento de sus obligaciones internacionales, en donde puede haber intervenido el interés general.[39] Los árbitros no tienen por qué ser juristas ni estar familiarizados con el derecho internacional ni conocer su significado, lo que obviamente dificulta, como hemos señalado, la aplicación del acervo de derecho internacional tan importante para la justicia y coherencia en estas decisiones.[40] Por último, la ejecución de laudos también se flexibiliza con este paso de la esfera pública típica de la responsabilidad estatal a la esfera arbitral comercial. Los laudos dictados son tratados como laudos mercantiles e incluso, en el caso del CIADI, se les dota de eficacia directa, lo que implica su ejecución automática sin previo proceso de revisión.[41]

2) La segunda apreciación gira en torno a las críticas a la utilización del arbitraje comercial para inversiones y propuestas de reforma que se vienen realizado cuando una de las partes un Estado. Dada la naturaleza jurídica del objeto, de los sujetos y de los intereses de los procedimientos de inversiones, sería comprensible la introducción de algunas pautas en este tipo de arbitrajes que lo diferenciaran de un arbitraje comercial.[42] Algunas cuestiones propuestas como la

---

[39] Véase ARREDONDO, R., «Inversiones y desarrollo en América Latina: El caso de las inversiones extranjeras en la República Argentina», <http//:www.reei.org>, n.º 13, 2007, p. 8 y ss. Justifica la conducta de la República Argentina y utiliza para ello jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos o de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

[40] Existe una copiosa doctrina jurisprudencial de los tribunales internacionales sobre responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros de la que el CIADI no debería separarse, como tribunal internacional que es, véase VIVES CHILLIDA, *El Centro internacional…Ob. cit*, p. 259.

[41] Véase DUTREY GUANTES, Y. «La eficacia del sistema de inversiones en Latinoamérica ante los nuevos acontecimientos», *Revista electrónica iberoamericana*, n.º 2, 2007. <http://www.urjc.es/ceib/investigacion/reib/presentacion.html>.

[42] Existen, con referencia a este tema, algunas propuestas de modificación de los procedimientos arbitrales. En sede de *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, <http://www.worldbank.org/icsid> se ha llevado a cabo un documento de trabajo en el que se plantean algunas de estas cuestiones;

publicidad, la intervención de *amicus curiae*,[43] la existencia de un sistema de selección de árbitros sujeta a requisitos específicos,[44] la supervisión de los conflictos de intereses, la sujeción a una jurisprudencia precedente consolidada o incluso la posibilidad de una segunda instancia encontrarían justificación cuando se tratara de juzgar controversias de inversiones por incumplimiento del Estado de sus obligaciones asumidas conforme al Derecho internacional.

Algunas de estas propuestas empiezan a tener reflejo. Por ejemplo, en el contexto TLCAN los argumentos de los litigantes y de terceros en una controversia se publican en páginas web de los gobiernos de las partes.[45] Por otro lado, varias Cortes han aceptado tradicionalmente la intervención de *amicus curiae* en litigios porque esos casos involucraban cuestiones de interés público y porque las decisiones que

---

Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, Working Paper of the ICSID Secretariat, May 12, 2005. Entre otras cosas se discuten cuestiones preliminares, publicación de sentencias, acceso de terceros al proceso o revelación y divulgación de los árbitros. También respecto de las Reglas *UNCITRAL*, que son las segundas más usadas para inversiones entre empresas y Estados, se han hecho algunas propuestas de adaptación para cuando se juzgan intereses públicos. En este sentido, *IISD* ha preparado un documento de trabajo junto con el *CIEL (Center for Internacional Environmental Law)* que señala el sentido en el que deberían ser las Reglas *UNCITRAL* revisadas para que recogieran los intereses públicos de los arbitrajes en los que estuviera implicado un Estado, incorporando los elementos fundamentales de transparencia y participación pública requeridos. Véase Revising the *UNCITRAL* Arbitration Rules to Address State Arbitrations, <http://www.iisd.org/investment>.

[43] Véase Wälde, T.W., «The present state of research carried out by the english speaking section of the Center fos studies and research». *New aspects of internacional investment law*. Martinvs Nijhoff Publishers, 2004, p. 146, quien señala cómo los aspectos públicos de la controversia hace que entren más actores en escena.

[44] No hay un procedimiento colectivo e institucional como sucede en la elección de los jueces del TIJ. Véase Vives Chillida, *ob. cit*., p. 33.

[45] Los sitios en cuestión son, del Canadá en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-en.asp>, de México en <http://www. Economia – snci .gob. mx / sic _ php / ls23al.php?s=18&p=1&l=1> y de los Estados Unidos en <http:// www.state.gov/s/l/c3439.htm>, aunque difieren en cuanto al grado de información que suministran.

se adoptaban en esos casos podían afectar, en forma directa o indirecta, a otras personas además de las que intervenían directamente como partes en el caso.[46]

El sistema creado para la solución de controversias entre particulares en materia comercial recibe voces críticas por su inadaptación a los sujetos, el objeto y los intereses juzgados en materia de inversiones.

4. CONCLUSIONES

La separación de las disciplinas que tratan de alguna manera la economía y el comercio internacional es compleja en un momento de globalización económica como el actual. Por ello se hacen todas las apreciaciones, matizando que una respuesta eficaz y completa necesita de la intervención de todas las normas implicadas en el conjunto global y a todos los niveles de las relaciones comerciales.

El derecho internacional privado tiene un papel relevante en la regulación del comercio internacional, pero únicamente en los actos de comercio entre los particulares habitualmente instrumentalizados a través del contrato o negocio internacional. El derecho internacional privado no forma parte, por tanto, del derecho económico, encargado de regular la organización de los intercambios económicos, comerciales y financieros, que emana de los Estados y de las organizaciones internacionales y que se destina a estos mismos sujetos.

Los intereses contemplados por una norma de derecho privado son los de los particulares, mientras que los intereses regulados por el derecho público son intereses generales. Las materias incluidas, por tanto, en el derecho económico no son susceptibles de ser reguladas por el

---

[46] Véase Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina, CIADI (ARB/03/17), Resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*, p. 8.

derecho privado, dado que en ellas participan entes públicos o soberanos, y que el objeto de la relación excede los intereses de los particulares. El derecho internacional privado no tiene, por tanto, papel alguno en el derecho internacional económico.

Hay una disciplina creada en torno al objeto exclusivo del comercio internacional, dejando al margen las relaciones económicas y monetarias, impartida en la actualidad en muchas universidades españolas, es el derecho del comercio internacional, que aglutina las normas jurídico-públicas de ordenación del mercado pertenecientes al derecho económico y las normas jurídico-privadas reguladoras de las relaciones comerciales entre sujetos privados propias del derecho internacional privado.

Una de las muestras de esta dificultad de separación entre disciplinas se observa al tratar el tema de las inversiones internacionales. En esta materia la relación jurídica que se produce es entre un Estado o ente público y un particular, por lo que su regulación no puede venir de la mano del derecho internacional privado. La relación es entre un Estado y un inversor, y el papel fundamental de los convenios y demás normas que regulan la inversión es proteger al inversor de las prerrogativas que el Estado tiene precisamente por su naturaleza pública. La protección de la inversión es del Estado, en muchas ocasiones asumida a través de convenios internacionales, por lo que su incumplimiento es un ilícito internacional, no una reparación de responsabilidad contractual por incumplimiento de una relación jurídica.

Si ponemos el acento en el contrato de inversión, éste puede ser calificado como un contrato público o de Estado, por lo que las fuentes internacional privatistas tampoco se ajustan al objeto ni a la naturaleza de los sujetos e intereses.

No obstante al estar presente la figura estatal, los contratos de inversiones se han internacionalizado; hay un derecho internacional de la responsabilidad del Estado y los procedimientos de solución de controversias son también internacionales, alejándose de los tribunales

nacionales. El derecho internacional se ha extendido a sujetos privados, pero la naturaleza jurídica de las normas sigue siendo pública dada la naturaleza del litigio.

Todo lo dicho permite afirmar que las técnicas típicas de derecho internacional privado como la autonomía de la voluntad o las normas de conflicto no tienen una aplicación práctica real en materia de inversiones y que al método arbitral comercial, como hemos apuntado, se le señalen algunas insuficiencias de inadaptación para decidir sobre intereses públicos.

Bibliografía

Álvarez González, S.
1993 «Objeto del derecho internacional privado y especialización normativa». *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI.

Angulo Rodríguez, de M.
1970-74 «Objeto, contenido y pluralidad normativa en derecho internacional privado». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIII.

Arredondo, R.
2007 «Inversiones y desarrollo en América Latina: El caso de las inversiones extranjeras en la República Argentina». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 13. Fecha de consulta: 20/03/2009.<http://www.reei.org/reei%2013/R.arredondo.pdf>.

Carreau, Dominique y Patrick Juillard
2003 *Droit internacional économique*. París: Dalloz.

Carrillo Salcedo, J. A.
1983 *Derecho internacional privado*. Tercera edición. Madrid: Tecnos.

Diez-Hochleitner, J.
2005 «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIs». Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, 11, pp. 49-65.

Domínguez Lozano, P.
1994 «Las concepciones publicista y privatista del objeto del derecho internacional privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, n.º 1, pp. 99-134.

DUTREY GUANTES, Y.
2004 «La repercusión de la globalización en las fuentes del derecho privado». *Revista de Derecho Mercantil,* n.º 1, pp. 271-272.

2007 «La eficacia del sistema de inversiones en Latinoamérica ante los nuevos acontecimientos». *Revista Electrónica Iberoamericana,* n.º 2. Fecha <http://www.urjc.es/ceib/investigacion/reib/presentacion.html>.

ECHEZARRETA FERRER, Mª. T.
1989 «La incidencia de la intervención estatal en la actual configuración del derecho privado, con especial referencia al derecho internacional privado». *Revista General del Derecho,* vol. I.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.
1998 *Derecho internacional privado (Una mirada sobre sus elementos esenciales).* Córdoba: Advocatus.

GRANATO, L.
2006 «Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión». *Centro Argentino de Estudios Internacionales.* Fecha de consulta: 20/03/2009. <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/inverson.pdf>.

LOUSSOUARN, Y. y J. D. BREDIN
1969 *Droit du commerce international.* París: Sirey.

ROJO, A.
1981 «El derecho económico como categoría sistemática». *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo.* Madrid: Edersa.

VIVES CHILLIDA, J. A.
1998 *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias.* Madrid: McGraw-Hill.

Voitovich, S. A.
1995 *Internacional Economic Organization in The Internacional Legal Process*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

Wälde, T.W.
2004 «The Present State of Research Carried out by The English Speaking Section of The Center for Studies and Research». *New Aspects of Internacional Investment Law*. Nueva York: Martinus Nijhoff Publishers.

Zamora Cabot, F. J.
1999 «Encuadramiento sistemático del derecho internacional privado». *Derecho y Opinión*, n.º 7. Universidad de Córdoba.

2000 «Hitos del sustrato social y económico del derecho internacional privado». *Revista General de Derecho,* n.º 667, pp. 4449-4482.

Desarrollo, medio ambiente y cooperación en el derecho internacional

Dra. Florabel Quispe Remón

DESARROLLO, MEDIO AMBIENTE Y COOPERACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Florabel Quispe Remón

Sumario: 1. Introducción.— 2. Antecedentes.— 2.1. La Carta de las Naciones Unidas y su relación con el medio ambiente, el desarrollo sostenible y la cooperación internacional.— 3. Internacionalización del medio ambiente y el desarrollo.— 3.1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano. Conferencia de Estocolmo (1972).— 3.1.1. Declaración de Estocolmo.— 3.1.2. El Plan de Acción para el Medio Humano.— 3.1.3. PNUMA.— 3.2. Informe «Nuestro Futuro Común», de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Informe Brundtland (1987).— 3.3. Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.— 3.3.1. La Declaración de Río.— 3.3.2. El Programa 21.— 3.3.3. Principios relativos a los bosques.— 3.3.4. La Comisión para el Desarrollo Sostenible.— 3.4. Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Río + 10. Johannesburgo (2002).— 3.4.1. La Declaración Política.— 3.4.2. Plan de Acción.— 4. La indivisibilidad del derecho al medio ambiente y su desarrollo sostenible con la cooperación al desarrollo.—

1. INTRODUCCIÓN

Las referencias al desarrollo sostenible,[1] medio ambiente y cooperación al desarrollo están estrictamente relacionadas, y su invocación en el Derecho internacional es cada vez más frecuente. La preocupación por la preservación del medio ambiente se ha convertido en una prioridad de la comunidad internacional en las últimas décadas. Su aparición

[1] En muchos países latinoamericanos se utiliza como sinónimo de éste, el término «sustentable», traducción del término inglés *sustainable*.

por vez primera la encontramos allá por los años setenta, en la primera Conferencia de Estocolmo, veinte años más tarde en la Conferencia de Río y, últimamente, en el de Johannesburgo. Durante estas casi cuatro décadas, la preocupación por la conservación del medio ambiente, relacionada con la calidad de vida, ha hecho que la comunidad internacional reaccione de modos diferentes.

Es en este contexto que se acuña el término *desarrollo sostenible y* se relaciona con el medio ambiente. Por otro lado, también se incentiva a la cooperación al desarrollo para el logro de los objetivos propuestos en los diversos tratados internacionales.

Existen muchos instrumentos jurídicos internacionales con el compromiso expreso por parte de los Estados de contribuir, en un primer momento y en sentido amplio, a la conservación del medio ambiente y, con el paso del tiempo y sus avances conceptuales, en el logro del desarrollo sostenible. Transcurridos treinta y seis años desde que la comunidad internacional mostró su gran preocupación por el medio ambiente, es importante conocer cuál ha sido el mecanismo que han venido adoptando los Estados para la lograr la preservación del medio ambiente. Es importante saber qué es lo que realmente les preocupa a los Estados, además de conocer si todos tienen la misma responsabilidad en esta tarea, y qué medidas se han tomado durante estos años. La incorporación de nuevos conceptos como «desarrollo sostenible» y «cooperación al desarrollo», merece nuestra atención; conocer el contexto en el que surgen y la relación que tienen estos conceptos entre sí, es relevante.

Para tener una visión general del nacimiento y la evolución del medio ambiente, desarrollo sostenible y cooperación al desarrollo, dentro del Derecho Internacional seguiremos el hilo conductor de estos temas desde su origen hasta la actualidad. Ubicar y analizar el contenido de los acuerdos y los compromisos internacionales nos permitirá tener un panorama de lo que existe hoy en día en los temas materia de estudio. Además nos será posible avizorar el futuro respecto de estos conceptos que nacen y se desarrollan en el seno de las Naciones Unidas y, por ende, en el ámbito del Derecho Internacional.

2. ANTECEDENTES

2.1. La Carta de las Naciones Unidas y su relación con el medio ambiente, el desarrollo sostenible y la cooperación internacional

Conceptos como «medio ambiente» y «desarrollo sostenible» no siempre han formado parte de vocabulario del Derecho internacional. La Carta de las Naciones Unidas[2] *(La Carta)* no los menciona específicamente, sin embargo, en su preámbulo, *La Carta* indica que las Naciones Unidas están resueltas «a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad». Teniendo en cuenta que uno de los objetivos de la conservación del medio ambiente es mejorar el nivel de vida de la persona humana, podría considerarse como un guiño al desarrollo.

Estos son temas que en las últimas décadas han ido logrando un espacio cada vez más amplio en la comunidad internacional, situándose hoy en día como prioritarios dentro de la agenda del derecho internacional por su importancia para la existencia misma de la humanidad.

Las Naciones Unidas consideraron de forma directa los asuntos del medio ambiente, por vez primera, en su 45 periodo de sesiones del Consejo Económico y Social, el cual por medio de su resolución 1346 (XLV), de 30 de julio de 1968, recomendó que la Asamblea General convocara una conferencia de las Naciones Unidas sobre «los problemas del medio humano».

En su 23 periodo de sesiones, la Asamblea General aprobó la resolución 2398 (XXIII), de 3 de diciembre de 1968, y decidió convocar una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano

---

[2] Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

advirtiendo el «deterioro constante y acelerado de la calidad del medio humano» y «los efectos consiguientes en la condición del hombre, su bienestar físico, mental y social, su dignidad y su disfrute de los derechos humanos básicos, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados», relacionando de este modo *La Carta* con los asuntos ambientales emergentes.

La resolución también reconoció que las relaciones entre el hombre y su medio estaban experimentando profundas modificaciones como consecuencia de los progresos científicos y tecnológicos.

En cambio el tema de cooperación internacional si se consideró específicamente en *La Carta* al señalar que constituye uno de sus propósitos (Capítulo I, artículo 1.3) el realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

En el Capítulo IX, se hace referencia a la cooperación internacional económica y social, cuyo artículo 55 establece:

> Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Se trata de un artículo de muy buenas intensiones, cuya prioridad es crear condiciones de estabilidad y bienestar para lograr una convivencia en paz entre las naciones, mejorando el nivel de vida de sus

habitantes. Dentro de sus prioridades encontramos la cooperación en orden cultural y educativo, que sin duda constituyen lo que hoy se conoce como cooperación al desarrollo.

Se entiende que la cooperación en aspectos tan importantes como la cultura y la educación, entre otros, forman parte del concepto, cooperación al desarrollo.[3] La organización de las Naciones Unidas a parte de promover, entre otros, la cooperación internacional en estos aspectos, también compromete a todos los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento. Así lo establece el art. 56 de la Carta:

> Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados.

Transcurridas casi cinco décadas desde que se creó la Organización de las Naciones Unidas, el Comité del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales recordó el papel de los Estados en la cooperación para el desarrollo, al señalar:

> El Comité desea poner de relieve que de acuerdo con los Artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del derecho internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados.[4]

---

[3] Ya en 1945 se hacía referencia a la cooperación al desarrollo en el seno de las Naciones Unidas. Hoy en día son muchas las organizaciones internacionales que incluyen en su agenda, como una prioridad, la cooperación al desarrollo con los países en vías de desarrollo. Es el caso de la Unión Europea y América Latina. Sobre este tema véase QUISPE REMÓN, F. «Cooperación para el Desarrollo y Asociación Estratégica Birregional». En *Perspectivas sobre la Relaciones entre la Unión Europea y América Latina*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pp. 133-162.

[4] Comité del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto periodo de sesiones de 1990. Párr. 14.

Señala el Comité que los Estados que están en condiciones de ayudar desempeñan un papel esencial en la cooperación, y si los Estados que están en situación de hacerlo no ponen en marcha un programa dinámico de asistencia y cooperación internacionales, la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales seguirá siendo una aspiración insatisfecha en muchos países.

De este modo los temas del medio ambiente, el desarrollo sostenible y la cooperación internacional, hoy conocida como cooperación *al* o *para* el desarrollo, pasaron a formar parte del Derecho Internacional y a estar presente en la agenda de la política internacional; y lo más importante, el derecho al desarrollo, a través de la cooperación, fue reconocido y recogido por diversos instrumentos internacionales.

Pero teniendo en cuenta la situación actual de pobreza en el mundo, pareciera que la cooperación al desarrollo no estuviera dando los resultados esperados.[5]

3. INTERNACIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 aborda el tema de cooperación internacional; pero, en ningún caso, hace referencia explícita al medio ambiente o al desarrollo sostenible, hoy conceptos inseparables.

Teniendo en cuenta el dinamismo del Derecho internacional y su evolución acorde a las exigencias de la sociedad internacional, estos temas se han venido incorporando paulatinamente en el lenguaje jurídico internacional a partir, fundamentalmente, de la década del setenta, principalmente mediante Conferencias Mundiales, convocadas por

---

[5] A propósito del tema, véase el trabajo de ABELLAN HONRUBIA, V. «Nuevos parámetros para una estrategia internacional de Cooperación al Desarrollo». En *Derecho Internacional en los albores del siglo XXI, Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa.* Trotta, 2002, pp.17-43.

la ONU, y los instrumentos que nacen como consecuencia de éstas. Gran parte de estos instrumentos son de *soft law* y, por ende, no vinculantes.

3.1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano. Conferencia de Estocolmo (1972)

La preocupación por parte de la comunidad internacional acerca de la calidad de vida de sus habitantes se ve plasmada en la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo en 1972.[6]

La Conferencia de Estocolmo centró la atención internacional en los temas medio ambientales, especialmente los relacionados con la degradación ambiental y la contaminación transfronteriza, concepto muy importante que establece que la contaminación no reconoce límites políticos o geográficos y afecta a los países, regiones y pueblos más allá de su punto de origen.

El objetivo de esta Conferencia fue contar con unos criterios y unos principios comunes que permitan preservar y mejorar el medio humano.

Como consecuencia de esta Conferencia nace la Declaración de Estocolmo sobre medio humano, considerada por muchos, hoy en día, como la Constitución del Medio Ambiente; un Plan de Acción con 109 recomendaciones y además, se crea en 1975, el Programa Internacional de Educación Ambiental, que estaría a cargo de dos agencias de la Organización de las Naciones Unidas: el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), encargado de la temática medioambiental, y la Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

---

[6] Congregó a 113 Estados, a expertos en temas de desarrollo y medio ambiente, y a muchos observadores de organismos especializados de la ONU, en Estocolmo, Suecia del 5 al 16 de junio de 1972. Es de señalar que hasta ese año el medio ambiente no había sido parte de la agenda política de los Estados.

3.1.1. La Declaración de Estocolmo[7]

Proclama que «el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente». Asimismo, reconoce «que la protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos».

Al hilo de lo anterior, señala que «en los países en desarrollo, la mayoría de los problemas ambientales están motivados por el subdesarrollo. Millones de personas siguen viviendo muy por debajo de los niveles necesarios para una existencia humana decorosa, privadas de alimentación y vestido, de vivienda y educación, de sanidad e higiene adecuadas».

Por ello invoca a «que los países en desarrollo dirijan sus esfuerzos hacia el desarrollo, teniendo presente sus prioridades y la necesidad de salvaguardar y mejorar el medio. Y con el mismo fin, los países industrializados deben esforzarse por reducir la distancia que los separa de los países en desarrollo».

Finalmente, señala que para «llegar a esa meta será menester que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos, acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en la labor común».

La Declaración de Estocolmo también establece 26 principios en los que destaca la importancia del medio ambiente y su relación con el desarrollo, y ubica al ser humano como el núcleo esencial en este proceso.

---

[7] El documento está disponible para consulta en el sitio <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/>.

Los principios dejan claro que en materia ambiental todos los Estados tienen iguales derechos y deberes,[8] y que el principio de cooperación internacional debe guiar a los Estados en todas las actividades relacionadas al medio ambiente, teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás Estados.[9]

3.1.2. El Plan de Acción para el Medio Humano[10]

En este Plan, la Conferencia realiza 109 recomendaciones, de las cuales la mayor parte se refieren a la vigilancia, a la investigación y al intercambio de conocimientos técnicos. De ellas 79 se refieren (en parte o en todo) a la evaluación del medio: que comprende a) evaluación y revisión, b) investigación, y c) vigilancia. El segundo gran tema que se toca es el de la ordenación del medio (es decir, acciones de protección), que recibe la atención de 66 recomendaciones, también en parte o en todo, ya que algunas de las recomendaciones tienen distintos epígrafes dedicados a uno u otro aspecto. Finalmente, el ter-

---

[8] Aunque instrumentos posteriores incorporarán el principio de responsabilidad común, pero diferenciada, como el Protocolo de Kyoto, por el cual se impone metas obligatorias sólo a los países que, por su industrialización anterior, acumularon en la atmósfera el grueso de los gases de efecto invernadero, que demoran pueden décadas o siglos en disiparse.

[9] De ellos resultan especialmente interesantes para este trabajo los que siguen: El principio 8: El desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y mejorar la calidad de la vida. El principio 9: Las deficiencias del medio originadas por el subdesarrollo y los desastres naturales se deben subsanar a través del desarrollo acelerado mediante asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos internos de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse. El principio 21: El derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que sus actividades no perjudiquen al medio de otros Estados. El principio 22: Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

[10] El texto se encuentra disponible en el sitio <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/>.

cer gran aspecto, las denominadas medidas auxiliares que son abordadas en 47 recomendaciones.

3.1.3. El PNUMA[11]

Tiene su sede en Nairobi-Kenia; su misión es dirigir y alentar la participación en el cuidado del medio ambiente inspirando, informando y dando a las naciones y a los pueblos los medios para mejorar la calidad de vida sin poner en riesgo las de las futuras generaciones.[12]

En su estructura funcional considera los programas: Evaluación y alerta temprana; Implementación de política ambiental; Tecnología, industria y economía; Cooperación regional; Legislación ambiental y Convenciones; Servicios de coordinación del medioambiente global; y Comunicaciones e información pública. También acoge las Secretarías de las diversas Convenciones realizadas en sus más de 30 años de trabajo (entre otras, Secretaría de la Convención sobre diversidad biológica, Secretaría del ozono, Secretaría de la Convención sobre cambio climático, etc.).

Cabe destacar el Reporte Anual que ejecuta periódicamente el Programa,[13] así como los informes Perspectivas del Medio Ambiente Mundial (GEO, por sus siglas en inglés, Global Environment Outlook) que constituyen a la vez un proceso y una serie de informes que analizan los cambios ambientales, las causas, los impactos y las políticas como respuesta.[14]

---

[11] Más información disponible en el sitio <http://www.unep.org>.

[12] En 1997 mediante la Declaración de Nairobi se definen la función y el mandato futuros del PNUMA. Para más información en el sitio <http://www.pnuma.org/perfil/declaracion.php>.

[13] Por ejemplo, en su último informe, correspondiente al año 2007, da cuenta de la situación en temas como cambio climático, manejo de ecosistemas, gobernabilidad ambiental, eficiencia en el uso de los recursos, sustancias dañinas y residuos peligrosos, y respuesta a desastres naturales y pos conflictos.

[14] Proporciona información para la toma de decisiones, apoyo a la alerta temprana y la capacitación en los planos mundial y subregional. GEO es también un

De este modo, la Conferencia de Estocolmo, con sus diversos documentos e instituciones, da inicio al proceso de internacionalización del medio ambiente.

Estocolmo articuló el derecho de las personas a vivir en un «medio ambiente de calidad tal que les permita llevar una vida digna y gozar de bienestar». Además dio un impulso legislativo, lo cual se manifiesta en el hecho de que gran parte de las legislaciones nacionales relativas al medio ambiente se elaboraron a partir de entonces. De 1971 a 1975, se aprobaron 31 importantes leyes nacionales ambientales en países pertenecientes a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), en comparación con sólo 4 en el periodo de 1956 a 1960, 10 de 1960 a 1965 y 18 de 1966 a 1970.[15]

De este modo se marca el inicio en la preocupación por el derecho ambiental en el derecho internacional y, a su vez, el de un largo camino aún por recorrer en el tema ambiental.

En 1983 la Asamblea General estableció la creación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, con el objeto de que informara acerca del medio ambiente y la problemática mundial hasta el año 2000 y más adelante.

3.2. Informe «Nuestro Futuro Común», de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Informe Brundtland (1987)

Dicha Comisión, dirigida por Gro Harlem Brundtland, en 1987 publicó su informe denominado «Nuestro futuro común», conocido también como informe Brundtland;[16] sin duda es el documento que

---

programa de comunicación que tiene como objetivo la sensibilización sobre cuestiones medioambientales proporcionando opciones para la acción.

15 Global Environment Outlook 3 (GEO-3).

16 El informe puede ser consultado en el sitio <http://www.un-documents.net/wced-oCf.htm>.

sentó las bases para la construcción conceptual del desarrollo sostenible.

El informe en su Parte I aborda preocupaciones e intereses comunes. Considera a la pobreza, el crecimiento y la crisis económica como causas y síntomas de un futuro en peligro de extinción. Establece una nueva aproximación para el medioambiente y el desarrollo, al indicar que no pueden ser tratados separadamente a nivel institucional o de políticas y están relacionados en un complejo sistema de causas y efectos.

Efectivamente, una de sus aportaciones más significativa fue el acuñar el concepto de «desarrollo sostenible», con el que proporciona un marco de trabajo para la integración de las políticas ambientales y estrategias de desarrollo; lo define como aquel que permite satisfacer las necesidades y aspiraciones presentes sin comprometer la capacidad para satisfacer éstas en el futuro.[17]

Finalmente, resalta el rol de la economía internacional, señalando que la sostenibilidad de los ecosistemas de los cuales la economía mundial depende debe ser garantizada y que los socios económicos deben estar satisfechos con un intercambio basado en la equidad. Estos dos cambios deben producirse para que los beneficios de la economía internacional puedan llegar a todos los involucrados.

En la Parte II del informe se refiere a los cambios comunes. Trata sobre la población (crecimiento y movilidad), y su relación con el medioambiente y el desarrollo en especial en el incremento de la demanda

---

[17] Desde una perspectiva de carácter más económico se entendería por desarrollo sustentable aquel que implica la maximización de los beneficios netos del desarrollo económico, sujeto al mantenimiento de los servicios y la calidad de los recursos naturales a lo largo del tiempo (PEARCE, David W. y R. KERRY TURNER. *Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente*. Traducido por Carlos Abad Balboa y Pablo Campos Palacín. Colegio de Economistas de Madrid. Madrid: Celeste Ediciones, 1995, p. 51).

productos y servicios como consecuencia del crecimiento económico y la presión que esto ejerce sobre el medioambiente. Es engañoso e injusto para la condición humana considerar a las personas meramente como consumidores.

Las mejoras en la educación y la salud, especialmente de las mujeres, pueden tener un profundo efecto en la reducción de las tasas de crecimiento poblacional. Un apartado importante es el de la seguridad alimentaria mundial, la cual depende no sólo del incremento de la producción (con el consecuente impacto sobre el medioambiente), sino también de reducir las distorsiones en la estructura del comercio mundial de alimentos (especialmente subsidios) y en movilizar los focos de producción a países, regiones y hogares deficientes en alimentos.

Las especies y ecosistemas son recursos para el desarrollo y por ello su conservación resulta crucial, no sólo por su valor económico sino también por su valor, visual, ético y cultural. Respecto a la energía, indica que es esencial para el crecimiento —tanto para el proceso de transformación de recursos en productos, como para el transporte de estos—, su demanda es creciente y se abastece principalmente a partir de combustibles fósiles —con sus conocidos problemas de disponibilidad-agotamiento y contaminación—, la energía nuclear conlleva el problema de los residuos —gestión y almacenamiento— y las renovables son aún minoritarias y requieren de un apoyo decidido para desarrollar su potencial productivo. En este contexto alienta la mejora en la eficiencia energética.

En cuanto a la industria, su diagnóstico es claro: producimos más con menos, aunque con un evidente impacto negativo sobre el medioambiente. Por ello, para lograr un desarrollo industrial sostenible en un contexto global, sería necesario que la industria y los procesos industriales se esforzaran en ser más eficientes en términos del uso de recursos, generar menos contaminación y residuos, que se basen más en la utilización de recursos renovables en lugar de no renovables, y en minimizar los impactos adversos irreversible sobre la salud y el medioambiente. Entre otros, propone establecer objetivos, regulaciones,

incentivos y estándares ambientales, así como hacer un uso más efectivo de los instrumentos económicos.

Finalmente, aborda la problemática del cambio de un estilo de vida rural a uno urbano, con mega ciudades y crecimiento desmedido, sin planificación urbanística, con graves consecuencias ambientales y déficit en el acceso a servicios sociales (salud, educación, transportes, etcétera), especialmente en los países del Tercer Mundo.

Por último, la Parte III se refiere a los esfuerzos comunes. Señala que la forma tradicional de soberanía está cambiando por la realidad de las interdependencia entre economía y medioambiente, lo cual es especialmente cierto en una parte de los ecosistemas y en los «comunes mundiales» —aquella parte del planeta que está fuera de las jurisdicciones nacionales como los océanos, el espacio y la antártica—. Aquí el desarrollo sostenible sólo puede asegurarse mediante la cooperación internacional, la aceptación de acuerdos para la vigilancia, desarrollo y gestión en pro del interés común.

Dado que la degradación ambiental y la apropiación de opciones de desarrollo (recursos naturales, por ejemplo) también puede ser fuente de conflictos armados, las amenazas a la seguridad ambiental sólo pueden ser evitadas con una gestión, mecanismos y procedimientos multilaterales.

Finalmente, induce hacia una acción común y propuestas de cambios institucionales y legales, principalmente a nivel nacional, destacando que las herramientas para el monitoreo y evaluación del desarrollo sostenible son rudimentarias y requieren ser refinadas. A nivel de instituciones internacionales se demanda una mayor implicación en la cooperación internacional y reformas tanto económicas como legales.

A modo de resumen puede indicarse que la importancia del informe Brundtland radica en haber puesto de manifiesto la relación entre crecimiento económico y medioambiente; haber acuñado el

término «desarrollo sostenible», el cual se asumiría en el Principio 3 de la Declaración de Río (1992); y por hacer propuestas de acción común a nivel institucional y legal, donde la cooperación juega una rol central. Además, la Comisión recomendó la convocatoria de conferencias que abordasen los diversos problemas señalados en el informe.

En 1986 se adopta, en el seno de la Naciones Unidas, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo[18] teniendo en cuenta los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos, entre otros, a la realización de la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario.

En ella se establece que «reconociendo que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan». Destacando del mismo modo que la persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo.

Esta declaración deja claro que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político, en el que pueden realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales; todos están llamados a contribuir con este desarrollo y a disfrutar de él.[19]

---

[18] Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución n.º 41/128 de 4 de diciembre de 1986, está compuesta por un preámbulo y diez artículos.

[19] Artículo 1.1.

Según esta declaración la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.[20]

Por otro lado, atribuye a los Estados, individual y colectivamente, la responsabilidad de formular políticas de desarrollo nacional e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo.

Como bien se reconoce en el artículo 4.2 de esta Declaración «se requiere una acción sostenida para promover un desarrollo más rápido de los países en desarrollo. Como complemento de los esfuerzos de los países en desarrollo es indispensable una cooperación internacional eficaz para proporcionar a esos países los medios y las facilidades adecuados para fomentar su desarrollo global».

3.3. Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Conferencia de Río (1992)

Dos décadas después de la reunión de los jefes de Estado y de gobierno en Estocolmo, tomando en cuenta el informe Brundtland, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también conocida como la Cumbre de la Tierra. Se llevó a cabo en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en 1992. Contó con la participación de 172 gobiernos, quienes han reafirmado la Declaración de Estocolmo.

El objetivo era establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados,

---

[20] Un estudio amplio sobre el desarrollo puede verse en MARIÑO MENÉNDEZ, F. «El Marco Jurídico Internacional del Desarrollo». En *El Desarrollo y la Cooperación Internacional.* Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, pp. 35-54; y MANERO SALVADOR, A. «Cuestiones Jurídicas Sobre el Derecho al Desarrollo como Derecho Humano». En *Derechos y Libertades, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos,* n.º 15, época II, junio 2006, pp. 257-279.

los sectores claves de las sociedades y las personas. Otro de los objetivos fundamentales de la Cumbre eran lograr un equilibrio justo entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y de las generaciones futuras y sentar las bases para una asociación mundial entre los países desarrollados y los países en desarrollo, así como entre los gobiernos y los sectores de la sociedad civil, sobre la base de la comprensión de las necesidades e intereses comunes.

En esta Declaración se normativiza todo lo referente al ambiente y estrecha el vínculo entre medio ambiente y desarrollo sostenible. Se reconoce que la protección del medio ambiente, y el desarrollo social y económico son fundamentales para el desarrollo sustentable. Deja claramente establecido que los diferentes factores sociales, económicos y medio ambientales son interdependientes.

Como consecuencia de esta Conferencia se aprobaron tres grandes acuerdos: la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, un conjunto de principios en los cuales se definían los derechos civiles y obligaciones de los Estados; el Programa 21, un plan de acción mundial para promover el desarrollo sostenible; y una Declaración de principios relativos a los bosques, serie de directrices para la ordenación más sostenible de los bosques en el mundo. También se abrieron a la firma dos instrumentos con fuerza jurídica obligatoria: la Convención Marco sobre Cambio Climático[21] y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.[22]

---

[21] Adoptada en Nueva York, en mayo de 1992, entró en vigor en marzo de 1994. Cuenta con un Preámbulo, veintiséis artículos y dos anexos, intenta conseguir la estabilización de las concentraciones de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropológicas peligrosas en el sistema climático. El texto está disponible en el sitio <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

[22] Realizado en Río de Janeiro en junio de 1992. Tiene como objetivo básico el mantenimiento de la biodiversidad para el desarrollo sostenido y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de los recursos genéticos. El texto está disponible en el sitio <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>.

3.3.1. La Declaración de Río[23]

Define derechos y obligaciones de los Estados respecto de principios básicos sobre el medio ambiente y el desarrollo. Indica que la incertidumbre en el ámbito científico no ha de demorar la toma de medidas de protección del medio ambiente;[24] los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos, pero no de causar daños al medioambiente de otros; la eliminación de la pobreza y la reducción de las desigualdades en el nivel de vida de todo el mundo son indispensables para el desarrollo sostenible; y la plena participación de la mujer es un hecho imprescindible para lograr el desarrollo sostenible.

3.3.2. El Programa 21[25]

También conocido como Agenda 21. Tiene por objeto preparar al mundo para los retos del próximo siglo. Se estructura en un preámbulo, cuatro secciones y cuarenta capítulos. La sección primera está referida a las dimensiones sociales y económicas, y en el primer capítulo se encuentra la cooperación internacional para acelerar el desarrollo sostenible de los países en desarrollo y políticas internas conexas. El capítulo siete está referido al fomento del desarrollo sostenible de los recursos humanos y el capítulo ocho a la integración del medio ambiente y el desarrollo en la adopción de decisiones.

---

[23] Cuenta con veinte y siete principios. El texto está disponible en el sitio <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21 /spanish/riodeclaration.htm>.

[24] Esta idea será la base para el establecimiento del principio de cautela o precaución (Principio 7 de la Declaración), por el cual con la finalidad de proteger el medio ambiente, sugiere que se aplique ampliamente un enfoque precautorio; ello significa que allí donde existan riesgos de un daño grave o irreversible al medio ambiente, la falta de una absoluta certeza científica al respecto no debería ser utilizada como pretexto para posponer el establecimiento de medidas, eficaces en función del costo, destinadas a prevenir la degradación del medio ambiente (FAO-LEX - Dictionary).

[25] El texto se encuentra disponible en el sitio <http://www.un.org/esa/sustdev/documents /agenda21 /spanish/agenda21sptoc.htm>.

Incluye más de 2500 recomendaciones prácticas y propuestas concretas en cuestiones sociales y económicas como lucha contra la pobreza, evolución de patrones de producción y consumo, dinámica demográfica, conservación y ordenación de recursos naturales, protección de la atmósfera, océanos y de la diversidad biológica, prevención de la deforestación y el fomento de la agricultura sostenible.

También recomienda maneras de fortalecer el papel de los grupos principales —mujeres, sindicatos, agricultores, niños y jóvenes, indígenas, comunidad científica, autoridades locales, comercio, industria y organizaciones no gubernamentales— con miras al desarrollo sostenible.

Se ha realizado un seguimiento a la ejecución del Programa 21 a través de la denominada Conferencia Río+5, periodo de sesiones extraordinarias convocado por la Asamblea General del 23 al 27 de junio de 1997; en el documento final,[26] los Estados reconocieron que el factor tiempo era crítico para hacer frente al reto del desarrollo sostenible y se comprometieron a seguir colaborando, de buena fe y en el espíritu de solidaridad, y acelerar la ejecución del Programa 21.

3.3.3. Principios relativos a los bosques[27]

Constituye el primer consenso mundial en la materia, sin embargo, carece de fuerza jurídica obligatoria. Los principios relativos a los bosques tienen como objetivo contribuir a la ordenación, a la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques y a tomar decisiones sobre sus múltiples usos.

---

[26] El texto se encuentra disponible en el sitio <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/013/69/PDF/N9701369.pdf?OpenElement>.

[27] El texto se encuentra disponible en el sitio <http://www.un.org/documents/ga / conf151 /spanish/aconf15126-3annex3s.htm>.

3.3.4. La Comisión para el Desarrollo Sostenible[28]

Concluida una conferencia internacional es importante adoptar los mecanismos de control o de supervisión del cumplimiento de los acuerdos adoptados para que no queden en simples declaraciones de buena voluntad. Por ello para hacer el seguimiento al cumplimiento de los acuerdos que nacieron de la Conferencia de Río, se creó la Comisión para el Desarrollo Sostenible.

La Comisión para el Desarrollo Sostenible cuenta con la División de Desarrollo Sostenible,[29] que presta servicios sustantivos de secretaría a esta Comisión, promueve el desarrollo sostenible a través de la cooperación técnica y la construcción de capacidades a nivel internacional, regional y nacional. Su contexto se trabajo es la implantación del la Agenda 21, del Plan de Acción de Johannesburgo y el Programa Barbados de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo.[30]

En el año 2000, en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas, los líderes del mundo convinieron en establecer los denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio.[31] De ellos el séptimo pretende garantizar la sostenibilidad del medio ambiente. En la Declaración de la Cumbre del Milenio[32] se definieron también muchos compromisos en materia de derechos humanos, buen gobierno y democracia.

---

[28] Creada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, mediante decisión 1992/207. Está compuesta por cincuenta y tres representantes estatales elegidos entre los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas siguiendo criterios geográficos. Más información disponible en el sitio <http://www.un.org/esa/sustdev/csd/policy.htm>.

[29] El objetivo fundamental de la División es la incorporación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales del desarrollo sostenible en la elaboración de políticas a nivel internacional, regional y nacional.

[30] Programa producto de la Conferencia Mundial sobre Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (1994).

[31] Son 8 objetivos que se deberían cumplir para el año 2015.

[32] El texto se encuentra disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/54/PDF/N0055954.pdf?OpenElement>.

3.4. Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Río + 10. Johannesburgo (2002)[33]

Convocada a iniciativa de la ONU, se llevó a cabo en Johannesburgo-Sudáfrica del 26 de agosto 4 de septiembre de 2002. Tras diez años de la Cumbre de Río, dado que el avance en el logro del desarrollo sostenible había sido extremadamente decepcionante, la pobreza había aumentado y la degradación del medio ambiente había empeorado, esta Cumbre se planteó como un examen decenal a la ejecución del Programa 21 desde 1992. Sin embargo, lo que el mundo deseaba, según lo afirmara la propia Asamblea General, no era un nuevo debate filosófico o político, sino más bien una cumbre de acciones y resultados.

Su prioridad no sólo se limitaba al medio ambiente, sino también a la lucha contra la pobreza y el desarrollo sostenible, con el fin de lograr una mejor calidad de vida de los seres humanos y la conservación de los recursos naturales del planeta. Como resultados se cuenta con la Declaración Política y un Plan de Aplicación.

3.4.1. La Declaración Política[34]

En ella los Estados Miembros asumieron una responsabilidad colectiva para avanzar y fortalecer los pilares interdependientes y mutuamente reforzados del desarrollo sustentable —desarrollo económico, desarrollo social y protección ambiental— a nivel local, nacional, regional y global.

La Declaración de Johannesburgo recoge como un desafío la «erradicación de la pobreza, el cambio de los modelos de producción y

---

[33] Como las Conferencias anteriores, ésta contó con la participación de muchos Jefes de Estado y de Gobierno, delegados nacionales, representantes de Organizaciones no gubernamentales, y otros grupos de la sociedad civil preocupados por el desarrollo sostenible.

[34] El texto se encuentra disponible en el sitio <http://www.un.org/esa/sustdev/documents /WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm>.

consumo, y la protección y la administración de la base de recursos naturales para el desarrollo económico y social, son objetivos transversales, y requerimientos esenciales, para el desarrollo sustentable».[35]

Además reconoce que «la profunda fisura que divide a la sociedad humana entre ricos y pobres, así como el abismo cada vez mayor que separa al mundo desarrollado del mundo en desarrollo, representan una grave amenaza a la prosperidad, seguridad y estabilidad mundiales».[36]

La Declaración reafirma el compromiso de los Estados con el desarrollo sostenible al señalar: «Reafirmamos nuestros votos para poner un particular énfasis en dar atención prioritaria a la lucha contra las condiciones mundiales que presentan severas amenazas al desarrollo sustentable de nuestra gente».[37]

3.4.2. Plan de Acción[38]

Por este documento los Estados Miembros se comprometieron a llevar a cabo actividades concretas y adoptar medidas en todos los niveles para intensificar la cooperación internacional.

Los temas considerados son: erradicación de la pobreza; modificación de modalidades insostenibles de producción y consumo; protección y gestión de la base de recursos naturales del desarrollo económico y social; el desarrollo sostenible en un mundo en vías de globalización; la salud y el desarrollo sostenible; desarrollo sostenible de los pequeños estados insulares en desarrollo y otras iniciativas regionales (América Latina y El Caribe, Asia y el Pacífico, Asia occidental, Comisión Económica para Europa).

---

35 Punto 11 de la Declaración.
36 Punto 12 de la Declaración.
37 Punto 19 de la Declaración.
38 El texto se encuentra disponible en el sitio <http://www.un.org/esa/sustdev/documents /WSSD_POI_PD/Spanish/POIsptoc.htm>.

Además, el Plan hace referencia a los medios de ejecución y al marco institucional para el desarrollo sostenible, resaltando la necesidad de fortalecimiento del marco institucional a nivel internacional y en plano nacional, así como el papel a desempeñar por la Asamblea General, el Consejo Económico y Social, de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, y de las instituciones internacionales.

Con Johannesburgo se cierra, de momento, el ciclo de Conferencias sobre Medio Humano, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Es destacable el papel que ha desempeñado la Organización de las Naciones Unidas en el desarrollo de estos temas al constituir el escenario principal de análisis y debate.

4. La indivisibilidad del derecho al medio ambiente y su desarrollo sostenible con la cooperación al desarrollo

En la revisión de los diferentes instrumentos emanados de las Conferencias de Estocolmo, Río y Johannesburgo (Convenios, Declaraciones, Programas y Planes) y en especial del Informe Brundtland, así como de las funciones, objetivos o estructura de los organismos creados a partir de ellos (principalmente Comisiones y Programas) se observa:

- Primero, por un lado, la génesis de la incorporación de la temática ambiental en la agenda internacional y su posterior evolución hacia el concepto de desarrollo sostenible; y, por otro, el fortalecimiento de la relación e interdependencia, entre medio ambiente y desarrollo sostenible, al ser el medio ambiente junto con el desarrollo económico y social los componentes fundamentales del desarrollo sostenible.

- Segundo, representando, tal vez, la culminación de una primera fase de concienciación, se constata el reconocimiento e incorporación, en los citados instrumentos, del derecho al medioambiente y al desarrollo sostenible.

- Tercero, la cooperación, especialmente con los países en desarrollo, se plantea de forma reiterada como un elemento esencial para el logro del desarrollo sostenible. No se trata tanto de una política exterior de cada Estado, o un componente de las relaciones económicas internacionales entre países desarrollados y países subdesarrollados, sino de un aspecto que forma parte de una estrategia global de desarrollo dirigida a la «sostenibilidad» del sistema económico mundial.[39]

- Se advierte de los diversos instrumentos analizados la interdependencia de medio ambiente, desarrollo sostenible y cooperación. Dado que el medio ambiente, junto con el desarrollo económico y social, es parte integrante del desarrollo sostenible es inconcebible pensar en el logro de este sin la protección del medio ambiente.

Finalmente, un aspecto que cabe destacar de todo el proceso relacionado con el medio ambiente, el desarrollo sostenible y la cooperación al desarrollo es la lentitud del proceso de consolidación de los derechos en contraposición a la rapidez de la degradación ambiental e incremento de la insostenibilidad. Esto se traduce en una cierta pérdida de tiempo, factor considerado crítico para el logro del desarrollo sostenible. En este camino iniciado hace un par de décadas y que continúa, ¿quién avanzará más rápido: el deterioro ambiental o el derecho Internacional público?

[39] ABELLAN HONRUBIA. *Ob. cit.*, p. 43.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLAN HONRUBIA, V.

2002 «Nuevos parámetros para una estrategia internacional de cooperación al desarrollo». En *Derecho internacional en los albores del siglo XXI, Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*. Madrid: Trotta, pp. 17-43.

FERNÁNDEZ LIESA, C.

1987 «La Democracia y el Desarrollo en el Orden Internacional». En *El Desarrollo y la Cooperación Internacional*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del EstadoMadrid, 1987, pp.183-231.

JUSTE RUIZ, J.

1999 *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid: McGraw-Hill.

MANERO SALVADOR, A.

2006ª *OMC y Desarrollo. Evolución y perspectivas del trato desigual en el Derecho del comercio internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

2006ᵇ «Cuestiones Jurídicas Sobre el Derecho al Desarrollo como Derecho Humano, en Derechos y Libertades». *Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n.º 15, época II, junio 2006, pp. 257-279.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. y C. FERNANDEZ LIESA (eds.)

1997 *El Desarrollo y la Cooperación Internacional*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997.

PEARCE, D. W. y R. K. TURNER

1995 *Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente*. Traducido por Carlos Abad Balboa y Pablo Campos Palacin.

Colegio de Economistas de Madrid. Madrid: Celeste Ediciones, p. 448.

QUISPE REMÓN, F.
2008 «Cooperación para el Desarrollo y Asociación Estratégica Birregional, en Perspectivas sobre la Relaciones entre la Unión Europea y América Latina». Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 133-162.

RENCONTRES INTERNATIONALES DE L'INSTITUT D'ÉTUDES POLITIQUES D'IX EN PROVENCE
1996 *Les nations unies et le développement social international*. Colloque, des 16 et 17 février 1996, sous la direction d'Yves Daudet. París: Éditions A. Pedone.

PARTE II:
Sistema Financiero y Monetario Internacional

El Banco Mundial

D. Xavier Seuba

El Banco Mundial

Xavier Seuba

Sumario: 1. El Banco Mundial en el seno del Grupo del Banco Mundial.— 2. El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.— 2.1. Orígenes y evolución del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.— 2.2. Objetivos.— 2.3. Miembros.— 2.4. Órganos de Gobierno.— 2.5. Capital y operaciones del Banco.— 2.7. Planes de ajuste estructural y críticas al Banco.— 3. La Asociación Internacional de Fomento.—

1. El Banco Mundial en el seno del Grupo del Banco Mundial

El Grupo del Banco Mundial es la primera fuente de ayuda multilateral para la financiación del desarrollo económico de los países en vías de desarrollo y de lucha contra la pobreza.[1] El propósito de las ayudas, créditos, asistencia técnica y mediación que prestan sus diversos integrantes es reducir la pobreza, promover el crecimiento económico y mejorar la calidad de vida de las personas que viven en países en desarrollo o que salen de conflictos armados. Para ello el Grupo del Banco Mundial emprende y promociona políticas y realiza acciones en ámbitos muy diversos, como la educación, la sanidad, la gobernabilidad, la lucha contra la corrupción, las inversiones, la agricultura, las infraestructuras, el medio ambiente, el análisis económico y los servicios financieros.[2]

---

[1] Alejo, E. y M. Varela. «Prólogo». M. Varela (coord.). *El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la economía española*. Madrid: Pirámide, 1994, p. XV.

[2] Sólo con respecto al amplio abanico de actividades emprendidas por el Grupo del Banco Mundial, véase Banco Mundial. *Grupo del Banco Mundial. Por un*

En el plano organizativo, el Grupo del Banco Mundial está conformado por tres organismos especializados: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, la Asociación Internacional de Fomento, y la Corporación Financiera Internacional —que son organizaciones internacionales con personalidad jurídica propia— y otras dos instituciones vinculadas: el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.[3] En términos sucintos, los principales cometidos de estas organizaciones e instituciones se concretan en:

- El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) otorga préstamos y provee servicios de análisis y asesoría a países pobres y de ingresos medios con capacidad financiera (es decir, con capacidad para endeudarse) con el objetivo de fomentar su desarrollo.

- La Asociación Internacional de Fomento (AIF) ofrece créditos sin intereses y realiza donaciones a los países más pobres del mundo, precisamente aquellos que no tienen capacidad para endeudarse, y es la mayor fuente mundial de asistencia en forma de donaciones y préstamos sin intereses para dichos países. Dichos préstamos pretenden contribuir al desarrollo fomentando la estabilidad de la inversión privada, el aumento de la productividad, la mejora de la gobernabilidad y el desarrollo de políticas públicas en ámbitos como la educación y la salud.

- El Grupo del Banco Mundial también tiene una rama dedicada al apoyo del sector privado de los países en desarrollo, en particular en aquellos los inversionistas consideran de riesgo. Se trata de la

---

Mundo sin Pobreza. Washington DC: Banco Mundial, 2007, pp. 3-10; específicamente sobre el Banco Mundial, véase, WORLD BANK. *Ten Things you Never Knew About the World Bank*. Washington D.C.: World Bank, 2006.

[3] Para una presentación inicial actualizada sobre la historia, estructura y objetivos del Grupo del Banco Mundial, véase WORLD BANK. *A Guide to the World Bank*. Segunda edición. Washington D. C.: World Bank, 2007.

Corporación Financiera Internacional, que se propone estimular el crecimiento económico de dichos países a través de la promoción de la inversión del sector privado.

- El objetivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones es fomentar la inversión extranjera directa. Para ello realiza seguros, denominados garantías, contra riesgos políticos y protege a los inversionistas frente a riesgos no comerciales. También presta servicios de asesoría para fomentar y atraer inversión extranjera y actúa como mediador en las disputas surgidas en torno a las inversiones.

- Por último, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones tiene por objetivo específico la resolución de controversias relativas a las inversiones extranjeras que puedan surgir entre inversionistas privados y gobiernos.

Teniendo presente la amplitud y diversidad de organizaciones que componen el Grupo del Banco Mundial, este capítulo se centra en el que habitualmente es conocido como Banco Mundial, que lo conforman el BIRF y la AIF. Pese a tener diferentes funciones, ambos comparten tres objetivos fundamentales: otorgar créditos para el desarrollo económico, prestar asistencia y asesoría de desarrollo, y catalizar el desarrollo y estímulo de otros factores, particularmente de inversiones de otros agentes.[4] En términos generales, el BIRF dedica su actividad a los países en desarrollo con capacidad crediticia, bien sean países de ingresos medios bien sean países pobres, mientras que la AIF ayuda a los países más pobres y sin capacidad crediticia. Dadas las similitudes entre ambos y el carácter central que ocupa el BIRF en el denominado Banco Mundial, se dedicará particular atención al BIRF, presentándose las principales características de la AIF en la parte final de este capítulo.

---

[4] MUÑOZ CIDAD, C. *Estructura económica internacional*. Madrid: Civitas, 1992, p. 346.

2. EL BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO

2.1. Orígenes y evolución del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento

El BIRF es una de las «instituciones de Bretton Woods», denominadas así por la población, situada en el Estado de New Hampshire de los Estados Unidos, en la que se celebró en julio de 1944 la conferencia internacional que resultó en la adopción de los textos constitutivos del BIRF y del Fondo Monetario Internacional. Dicha conferencia precedió el fin de la Segunda Guerra Mundial, y estableció las bases para la reconstrucción y estabilidad económica del mundo que amanecería tras la contienda bélica.

Como señala el Enrique Fuentes Quintana, para entender el propósito de la conferencia de Bretton Woods debe partirse del mundo que trataba de evitarse, que no era otro que el del fracaso de la vuelta al patrón oro de los años veinte del siglo XX —regreso lleno de desajustes e incidentes que llevaron a la desaparición de dicho patrón en los años treinta— y el de la negación de la interdependencia de las economías nacionales y de sus políticas que dominó en los años treinta, construidas desde el proteccionismo.[5] Así, las instituciones de Bretton Woods pretendieron acabar con la inestabilidad de los tipos de cambio, las restricciones a los pagos, el bilateralismo y las restricciones al comercio internacional, edificando en cambio un orden sobre normas que fomentaran la integración económica de las distintas economías.[6] Asimismo, en Bretton Woods también se tuvo en mente un objetivo sin duda más acuciante, que era el de abandonar la economía de guerra y reconstruir los países devastados por la Segunda Guerra Mundial.

---

[5] FUENTES QUINTANA, E. «El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial y el fin del modelo castizo del desarrollo económico de España». En M. Varela (coord.), *ob. cit*., p. XXIII. En el mismo sentido, VARELA F., «La era Bretton Woods: La experiencia de los tipos de cambio fijos». En M. Varela (coord.), *ob. cit*., 1994, p. 3.

[6] FUENTES QUINTANA, E., *ob. cit*., p. XXIII.

De la Conferencia de Bretton Woods nacieron dos instituciones con cometidos distintos y complementarios. En primer lugar, el Fondo Monetario Internacional pretendió instaurar un sistema monetario internacional que fuera capaz de romper el círculo vicioso de degradación de los intercambios internacionales a que había conducido la rotura del patrón oro y la crisis mundial antes de la Segunda Guerra Mundial.[7] En segundo lugar, el BIRF, como su nombre indica y como denota el texto del articulado de su Convenio constitutivo, fue concebido con el objetivo de actuar como un auténtico Banco para ayudar a reconstruir las economías de los países devastados por la Segunda Guerra Mundial.

Se afirma que la institución del BIRF fue la sorpresa de Bretton Woods, y que las peculiares características, membresía y función de la organización dificultaron calificarla adecuadamente. Y es que sus accionistas, la naturaleza de las suscripciones, la exclusión de préstamos concedidos a corto plazo y el hecho de que no tuviera un fin lucrativo, no coincidían precisamente con el concepto comúnmente compartido acerca de lo que es un banco. Se atribuye a Lord Keynes el haber afirmado que pareciera que existió una confusión al asignar los respectivos nombres del Fondo y el Banco, puesto que el Fondo, que pone a disposición de sus miembros créditos a corto plazo, funciona como un banco, mientras que el Banco, que concede préstamos a largo plazo, funciona como un fondo.[8]

Sea como fuere, un año después de la Conferencia de Bretton Woods, el 27 de diciembre de 1945, veintiocho países habían firmado el convenio constitutivo del BIRF, que daría inicio a su actividad el 25 de julio de 1946.[9] Sólo un año después, en septiembre de 1947, la Junta de Gobernadores del Banco aprobó el acuerdo en virtud del cual el

---

7 Granell, F. «La convergencia del FMI/Banco Mundial ante los problemas de los países en desarrollo». En M. Varela (coord.), *ob. cit.*, p. 55.

8 Bretaudeau, H. *Le Banque Mondiale*. París: PUF, 1986, pp. 9-10.

9 El primer préstamo del Banco, a Francia para tareas de reconstrucción y por valor de 250 millones de dólares, se daría en 1947. *Ibid*., p. 54.

BIRF se convertía en un organismo especializado de las Naciones Unidas, que también fue aprobado en noviembre de ese mismo año por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.[10]

Uno de los principales cambios experimentados por el Banco es el relativo a los miembros integrantes del mismo, tanto por el número como por sus características y necesidades. Así, los ya más de sesenta años de historia del BIRF han visto triplicar los Miembros del organismo, que presentan características y problemáticas muy distintas a las de los miembros originales. La condición de prestatarios que originalmente ostentaban los países europeos, que precisaban la ayuda del Banco para reconstruir sus países y economías de las consecuencias de la guerra, cambió de modo paulatino gracias a la recuperación económica de los mismos. Progresivamente, los países europeos dejaron de cumplir con las condiciones para poder ser prestatarios, y su lugar fue ocupado por los países en desarrollo que sucesivamente ganaban su independencia política e ingresaban en el banco. Muchos de estos países lo que precisaban no era la ayuda del BIRF para reconstruir una economía recién salida de la guerra, sino que, por el contrario, los préstamos debían permitirles salir de la dependencia económica que lastraban con respecto a sus respectivas metrópolis, superar el atraso económico y empezar a asentar las bases de sus sistemas productivos.

Hasta finales de los años setenta y principios de los años ochenta la actividad del Banco se desarrolló sin excesiva crítica externa, más allá de las repercusiones sobre el BIRF fruto de la escisión ideológica propia de la Guerra Fría. Sin embargo, a partir de mediados de la década de los setenta y ante la desconfianza generada por el impacto de diversos proyectos del Banco, éste fue evolucionando hacia la financiación de importaciones y de planes de desarrollo, y a principios de los ochenta, hacia la financiación necesaria par adoptar planes de ajuste estructural

---

[10] DIEZ DE VELASCO, M. «Organismos especializados de cooperación económica y financiera». En M. Diez de Velasco. *Las Organizaciones Internacionales*. Decimocuarta edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 394.

y de ajuste sectorial.[11] Sin embargo, las consecuencias de estas políticas, en particular de los planes de ajuste estructural, generaron una corriente muy crítica en torno a la Organización y, de modo similar, al FMI.

Básicamente, las críticas se centraron en las consecuencias sociales de los planes de ajuste estructural diseñados por el Banco sobre los países prestatarios; pero también han sido objeto de crítica otros impactos y características de los préstamos concedidos por el Banco. Entre otras cuestiones, los países en desarrollo y numerosas organizaciones de la sociedad civil han mostrado su preocupación en torno al daño ambiental ocasionado por alguno de los proyectos financiados por el Banco, la poca consideración a la situación del respeto de los derechos humanos en los países a los que se destinan los préstamos, las consecuencias de la reubicación de personas derivada de diversos proyectos del Banco y la afectación de los derechos de los pueblos indígenas resultante también de los proyectos emprendidos gracias a los préstamos del Banco.[12] En respuesta, el Banco impulsó el análisis de su propia acción, que resultó en la adopción del Informe Wapenhans,[13] que determinaría la institución del Panel de Inspección, encargado de analizar las denuncias formuladas contra los proyectos emprendidos por el Banco.

Más adelante, a finales de la década de los noventa, numerosas protestas contra el Banco Mundial se centraron en el problema derivado

---

[11] Granell, F. *Ob. cit*., p. 59.

[12] Véase por ejemplo, Choussudovsky, M. *La mondialisation de la pauverté, la conséquence des réformes du FMI et de la Banque Mondiale*. Montréal: Ecosocieté, 1988; Global Exchange. *How the International Monetary Fund and the World Bank Undermine Democracy and Erode Human Rights: Five Case Studies*, <www.globalexchange.org/wbimfwbReport2001.html>.

[13] El informe Wapenhans, que estuvo a cargo del que sería Vicepresidente del Banco Willi Wapenhans, llegó a la conclusión, en 1992, de que más de un tercio de los proyectos del Banco habían culminado en fracasos económicos: el 37,5% de los proyectos se estimaron insatisfactorios cuando finalizaron y solamente el 22% de los compromisos financieros se adecuaban a las directivas del Banco.

de los elevados niveles de endeudamiento multilateral de los países más pobres. No sólo la deuda sino especialmente el servicio de la deuda son insostenibles, habiendo generado un círculo vicioso que anula la capacidad de los países pobres para pagar su deuda y combatir la pobreza. En respuesta, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional impulsaron la HIPC, conocida como Iniciativa para la reducción de la deuda de los países pobres muy endeudados[14] y a propiciar promesas de contribución de fondos de parte de los países de ingreso alto para ayudar al Banco Mundial a facilitar el alivio de la carga de la deuda para los países pobres muy endeudados.

2.2. Objetivos

El artículo primero del Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento[15] establece que los fines de la organización son los de:

(i) Contribuir a la reconstrucción y desarrollo de los territorios de los Estados miembros, facilitando la inversión de capital para fines productivos. Se trata de una finalidad que, como apunta Manuel Diez de Velasco, si bien se refería a la restauración de las economías destruidas por la Segunda Guerra Mundial, ha seguido manteniéndose aunque hayan variado las circunstancias.[16]

(ii) Fomentar la inversión extranjera privada y, cuando no hubiere capital privado disponible en condiciones razonables, suplementar las inversiones privadas suministrando financiamiento para fines productivos. Esto se traduce en la promoción de la inversión mediante garantías o participaciones en los préstamos y otras inversiones hechas por los inversores privados. La alusión

---

[14] HIPC, por sus siglas en inglés.

[15] Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), artículo 1, *BOE* n.º 220, de 13 de septiembre de 1953.

[16] DIEZ DE VELASCO, M. *Ob. cit*., p. 394.

a suplementar las inversiones privadas remite a la acción complementaria del Banco bien por medio de su propio capital, bien por medio del capital que el Banco toma en préstamo en el mercado.[17]

(iii) Promover el crecimiento equilibrado y duradero del comercio internacional, así como el mantenimiento del equilibrio de las balanzas de pagos y la promoción de la inversiones internacionales, ayudando a aumentar la productividad, a elevar el nivel de vida y mejorar las condiciones de trabajo en los Estados miembros.

(iv) Coordinar los préstamos que haga o garantice con los préstamos internacionales tramitados por otros conductos, de modo que se atiendan, en primer término, los proyectos más útiles y urgentes.

(v) Un último objetivo, ya superado, era el de facilitar en los años subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial la transición de una economía de guerra a otra de paz.[18] Para ello el Banco debía dirigir sus operaciones con atención a los efectos que las inversiones internacionales sobre la situación económica de los territorios de los miembros.

2.3. Miembros

En relación con la membresía, todos los Estados miembros del Fondo Monetario Internacional[19] pueden adherirse al BIRF, que en la actualidad cuenta con 185 Miembros.[20] Estos son los accionistas del Banco, que se clasifican en diversas categorías —países desarrollados y países

---

17 *Ídem*.

18 *Ídem*.

19 Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit*., Artículo II, Sección 1.

20 La lista completa de Estados miembros a noviembre de 2007 puede encontrarse en la página web del Banco: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0contentMDK:20193431 ~menuPK:418779~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html>.

prestarios—[21] y condiciones,[22] distinguiéndose entre Miembros fundadores[23] y otros miembros en función de si ingresaron al banco con anterioridad a 31 de diciembre de 1945.[24] Si la pertenencia al FMI es prerrequisito al ingreso al BIRF, la membresía al mismo lo es para ingresar en la AIF, en la Corporación Financiera Internacional y en el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones. Por otro lado, los Miembros del BIRF podrán retirarse en cualquier momento,[25] lo que sucederá de forma automática en caso de que dejen de ser miembros del FMI.

Los Miembros del BIRF son a su vez sus accionistas, y en condición de tales intervienen en la adopción de decisiones. Las aportaciones de los accionistas están relacionadas con la adopción de decisiones, puesto que a los 250 votos adicionales de los que disponen todos los países, se asigna un voto adicional por cada acción por valor de 100.000 dólares del capital del Banco, lo que, de modo similar a lo que sucede en el FMI, permite el control del Banco por parte de los países más industrializados.[26] En la actualidad Estados Unidos es el mayor accionista,

---

[21] Son los estándares de la AIF los que determinan la distinción entre países desarrollados (Parte I) y países prestatarios (Parte II).

[22] Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit*., Artículo II, Secciones 3 a 10.

[23] Miembros fundadores fueron Bélgica, Bolivia, Canadá, China, Checoslovaquia, Etiopía, Francia, Grecia, Honduras, Islandia, India, Irak, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Filipinas, Sudáfrica, Egipto, Reino Unido, Estados Unidos, Yugoslavia, Paraguay, Guatemala, República Dominicana, Ecuador, Irán, Perú, México y Chile.

[24] Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit.*, Artículo XI, Sección 2, e).

[25] «Cualquier miembro podrá retirarse del Banco en cualquier momento, dando aviso escrito a la oficina principal del Banco. El retiro se hará efectivo en la fecha en que se reciba dicho aviso». Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit*., Artículo VI, Sección 1.

[26] PONS RÀFOLS, X. y D. BONDIA GARCÍA. «Els organismes especialitzats de cooperació económica i finacera». En V. Abellán Hoinrubia (dir.), J. Saura (coord.). *Nocions bàsiques de Dret Internacional Públic per a les diplomatures de Ciències Empresarials i de Gestió i Administració Pública*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2005, p. 188.

con 16,11% de los votos, seguido de Japón (7,87%), Alemania (4,49%), el Reino Unido (4,31%) y Francia (4,31%).[27]

2.4. Órganos de Gobierno

El BIRF está compuesto por órganos políticos y otros ejecutivos. Se trata de la Junta de Gobernadores, los Directores Ejecutivos, el Presidente y los funcionarios y empleados.[28] A estos cabe agregar el Tribunal Administrativo, el Consejo Asesor (o Consultivo), las Comisiones o comités de operaciones de préstamos y las Oficinas y Consejos regionales.

La Junta de Gobernadores está investida con todos los poderes del Banco y la conforman un gobernador y un suplente designados por cada Estado miembro, que designan un Presidente de la Junta. Estos gobernadores y suplentes, que suelen ocupar los cargos más altos de los respetivos Ministerios de Economía y Hacienda de sus países, o en ocasiones la Presidencia del Banco Central, sirven sus cargos por cinco años, sujetos al arbitrio del miembro que los designe, y pueden ser reelegidos.[29] La Junta se reúne como mínimo una vez al año, habitualmente en octubre en las denominadas Juntas de Gobernadores del Grupo del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, y tantas otras como soliciten un número determinado de Directores Ejecutivos.[30]

Si bien la Junta delega sus competencias en los Directores Ejecutivos, hay un conjunto de competencias que corresponden exclusivamente a la Junta de Gobernadores, y que remiten en términos generales a la determinación de las políticas de la institución y a la admisión o suspensión de los países miembros. Las competencias exclusivas de

---

[27] Banco Mundial, *ob. cit.*, p. 11.

[28] Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit.*, Artículo V, Sección 1.

[29] *Ibíd.*, Artículo V, Sección 2, a)

[30] *Ibíd.*, Artículo V, Sección 2, c).

la Junta son la admisión —y determinación de las condiciones para ello— de nuevos miembros, del aumento o disminución del capital por acciones del Banco, de la suspensión de un miembro, de la decisión de las apelaciones contra interpretaciones del Convenio constitutivo dadas por los Directores Ejecutivos, de la celebración de acuerdos de cooperación con otras organizaciones internacionales, de la decisión de la suspensión permanente de las operaciones del Banco y la distribución de sus activos; y, finalmente, de la determinación de la distribución de las entradas netas del Banco.[31]

El Convenio Constitutivo determina que los cinco países miembros con más acciones[32] designen cada uno un director ejecutivo, los 19 Directores Ejecutivos restantes son nombrados por parte de los demás Estados, intentando preservar un equilibrio geográfico. Estos son renovados cada dos años.[33] El Directorio Ejecutivo —que es la Junta de Directores— y el Presidente del Banco Mundial dirigen las operaciones generales del Banco, fiscalizan sus labores cotidianas y llevan a cabo sus deberes en conformidad con las facultades concedidas por la Junta de Gobernadores. La gestión y ejecución permanente de las políticas acordadas por los gobernados queda en mando de los Directores Ejecutivos, radicados en el Banco.

Los Directores Ejecutivos, que se reúnen dos veces por semana,[34] son responsables de la conducción de las operaciones del Banco y para este efecto ejercen todos los poderes que en ellos delegue la Junta de Gobernadores. Cada Director designado estará autorizado para emitir el número de votos que corresponden al miembro(s) que lo haya(n) designado, emitiéndose como una unidad todos los votos a que un Director está autorizado,[35] lo que, lógicamente, no deja de

---

31 *Ibíd.*, Artículo V, Sección 2, b).

32 Francia, Alemania, Japón, el Reino Unido y Estados Unidos.

33 Artículo V, sección 4, b) ii).

34 Banco Mundial, *ob. cit*., p. 11.

35 Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit*., Artículo V, Sección 4, g).

ser problemático cuando no todos los Estados que representa comparten una misma opinión al respecto de la cuestión sometida a votación. El Directorio escoge y está encabezado por el Presidente del BIRF, que también preside las cinco organizaciones que componen el Grupo del Banco Mundial.

Sin acuerdo escrito alguno, y en razón a un reparto entre Europa y los Estados Unidos de América cada vez sometido a mayores presiones, el Presidente del Banco, elegido por la Junta de Gobernadores durante un periodo inicial renovable de cinco años,[36] ha sido siempre de nacionalidad estadounidense,[37] quedando en manos de un europeo la dirección del Fondo Monetario Internacional. El Presidente es el jefe del personal del Banco y tiene a su cargo la conducción de los negocios ordinarios del Banco bajo la dirección de los Directores Ejecutivos. Sujeto al control general de los Directores Ejecutivos, es el responsable de la organización, del nombramiento y de la remoción de los funcionarios y empleados,[38] y tanto él como los funcionarios y empleados se deben exclusivamente al Banco.[39]

En cuanto a los empleados y funcionarios, de un grupo inicial compuesto básicamente por analistas económicos y basado exclusivamente en Washington, se ha pasado una plantilla compuesta por profesionales de muy distintos ámbitos, desde juristas a ingenieros, pasando por economistas y sociólogos. Además, en la actualidad, el 40% del personal del Banco se encuentra desplegado en las numerosas oficinas nacionales.

---

[36] *Ibíd*., Artículo V, Sección 5, a).

[37] Desde el nacimiento de la institución hasta la actualidad, los diversos directores del Banco han sido Eugene Meyer, 1946, John J. McCloy, 1947 - 1949, Eugene R. Black, 1949 - 1963, George D. Woods, 1963 - 1968, Robert S. McNamara, 1968 - 1981, Alden W. Clausen, 1981 - 1986, Barber B. Conable, 1986 - 1991, Lewis T. Preston, 1991 - 1995, James D. Wolfensohn, 1995 - 2005, Paul Wolfowitz, 2005 - 2007, Robert Zoellick, 2007.

[38] Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit*., Artículo V, Sección 5, b).

[39] *Ibíd*., Artículo V, Sección 5, c).

También forman parte de la estructura del Banco un Tribunal Administrativo, el Consejo Asesor (o Consultivo), el Grupo de Inspección, las comisiones de operaciones de préstamos, las oficinas y los consejos regionales. El Tribunal Administrativo es un órgano creado en 1980 con competencia para examinar cualquier demanda de un agente del Grupo del Banco que alegue el incumplimiento de un contrato o de su contrato laboral. Está integrado por siete miembros de distinta nacionalidad procedentes de los Estados miembros y elegidos por los Directores del Banco por un periodo renovable de cinco años.[40] Por otro lado, el Consejo Consultivo lo componen siete personas nombradas por la Junta de Gobernadores, que deben representar los intereses bancarios, comerciales, industriales, agrícolas y del trabajo con el objetivo de asesorar al Banco en asuntos de política general. Asimismo, en 1993 el Banco Mundial constituyó el denominado Grupo de Inspección, que examina que las acciones del Banco se ajusten a sus políticas y procedimientos operacionales, permitiendo a los afectados por los proyectos financiados por el Banco solicitar una investigación, que en función de su resultado puede determinar retirar el apoyo del Banco al proyecto en cuestión.

2.5. Capital y operaciones del Banco

Los préstamos del BIRF se financian principalmente mediante la venta de bonos AAA a inversionistas privados y públicos de América del Norte, Europa y Asia en los mercados financieros, principalmente a instituciones financieras, fondos de pensiones y otras administradoras de recursos institucionales y bancos centrales. A pesar de que presta el dinero en condiciones que el Banco denomina de mercado, lo cierto es que el Banco se endeuda en las buenas condiciones que le permiten su elevado *rating* en los mercados internacionales y presta a deudores no tan solventes en condiciones similares a las de los deudores solventes.[41] Si bien el BIRF retiene un pequeño margen en esas operaciones, la mayor parte de sus ingresos proviene de los préstamos otorgados

---

[40] DIEZ DE VELASCO, M., *ob. cit*., pp. 395-396.

[41] MUÑOZ CIDAD, C., *ob. cit*., p. 346.

con cargo al propio capital, compuesto por las reservas acumuladas y el dinero aportado por los 185 países accionistas.

Los ingresos del BIRF financian los gastos operativos del Banco Mundial y contribuyen a los préstamos que otorga la AIF y al alivio de la deuda. El excedente generado por el BIRF, fruto de los intereses que gravan sus préstamos y las comisiones que cobra por sus servicios, se destina a la AIF, al alivio de la deuda de los países pobres más endeudados, a la provisión a las reservas y a afrontar imprevistos y emergencias humanitarias que se van presentando.

La evolución histórica ha llevado a que actualmente el BIRF y la AIF distribuyan sus préstamos en muy diversos ámbitos. En el año 2006, el BIRF concedió 14.100 millones de dólares para 112 operaciones nuevas en 33 países.[42] En dicho ejercicio, un 26% de los fondos se destinaron al desarrollo del sector financiero y del sector privado, un 16% a la gestión del sector público, un 11% a desarrollo humano, un 9% a desarrollo rural, un 8% a riesgo y protección social, otro 8% a desarrollo urbano, un 7% a comercio e integración, un 6% a gestión ambiental y de los recursos naturales, un 5% a desarrollo social y de género, y un 3% a imperio de la ley.[43]

El Convenio constitutivo del BIRF prescribe que los recursos y servicios del Banco sólo deben utilizarse en beneficio de los miembros, prestando atención equitativa a los proyectos de fomento y los proyectos de reconstrucción.[44] Las operaciones del Banco se canalizan únicamente a través de tesorerías, bancos centrales, fondos de estabilización u otras agencias fiscales similares,[45] sometiéndose sus préstamos a una serie de

---

[42] Banco Mundial, *Informe Anual 2007*. Washington D. C.: Banco Mundial, 2007.

[43] Banco Mundial, *Grupo del Banco Mundial. Por un Mundo sin Pobreza*, *ob. cit*., p. 18.

[44] Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit*., Artículo III, Sección 1, a).

[45] Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), *ob. cit*., Artículo III, Sección 2.

condiciones especiales. Así, el país en el que se materialice el préstamo debe garantizar la devolución del mismo, no deben existir fuentes de financiación alternativas al Banco, se debe contar con un informe elaborado por una comisión recomendando el proyecto, el préstamo se debe hacer en adecuadas condiciones financieras, se deben considerar debidamente las garantías de cumplimiento de las obligaciones contraídas, se deben obtener compensaciones adecuadas en relación con el riesgo asumido cuando el Banco actúa como avalista del préstamo concedido por otro inversionista y, finalmente, los préstamos concedidos o garantizados por el Banco deben destinarse a proyectos específicos de reconstrucción o fomento.[46]

De cumplirse con las condiciones antedichas, el Banco podrá conceder préstamos directos o la participación en tales préstamos con sus fondos propios o con fondos del mercado de un miembro o tomados en préstamo por el Banco en otra forma.[47] Con respecto a estos préstamos, el contrato deberá estipular la moneda o las monedas en que los pagos contractuales deberán efectuarse al Banco,[48] y éste determinará los términos y condiciones que regirán para el pago de intereses y amortización, el vencimiento y las fechas de pago de cada préstamo, y determinará también la tasa y otros términos y condiciones referentes a las comisiones por los préstamos.

Por norma general, los créditos que concede el BIRF son a plazos más ventajosos que los de la mayoría de bancos privados (15 a 20 años, con tres a cinco años de periodo de gracia). Si un miembro sufriere de una aguda escasez de divisas, de modo que el servicio de cualquier préstamo contratado por dicho miembro o garantizado por él o por una de sus agencias no pudiere ser cubierto en la forma estipulada, el miembro respectivo podrá solicitar del Banco que se moderen las condiciones de pago.[49]

---

[46] *Ibíd.*, Artículo III, Sección 4.
[47] *Ibíd.*, Artículo IV, Sección 1, a).
[48] *Ibíd.*, Artículo IV, Sección 4. b).
[49] *Ibíd.*, Artículo IV, Sección 4, c).

El Banco también podrá conceder préstamos mediante la garantía total o parcial de préstamos concedidos por inversionistas privados por los conductos corrientes de inversión.[50] Al conceder su garantía sobre un préstamo colocado por los conductos usuales de inversión, el Banco cobrará una comisión por dicha garantía pagadera periódicamente sobre el saldo del préstamo a una tasa que el Banco determine. Las comisiones de garantía deberán ser pagadas directamente al Banco por el prestatario y en las mismas se deberá prever que el Banco puede poner término a sus responsabilidades respecto de los intereses si, en caso de insolvencia del prestatario y del fiador que hubiere, el Banco ofreciere comprar los bonos u otras obligaciones garantizadas a la par y pagar los intereses acumulados hasta la fecha fijada en la oferta.[51]

El Banco podrá comprar y vender títulos por él emitidos, y comprar y vender títulos por él garantizados o en los cuales hubiere hecho inversiones, siempre que obtenga la aprobación del miembro en cuyo territorio dichos títulos hubieren de ser comprados o vendidos. El Banco podrá también garantizar títulos en que hubiere hecho inversiones con el fin de facilitar su venta y tomar en préstamo la moneda de cualquier miembro con aprobación de dicho miembro. Asimismo, puede comprar y vender toda clase de títulos que los Directores estimen apropiados para la inversión de la totalidad o parte de la reserva especial a que se refiere la Sección 6 del artículo IV. En el ejercicio de estos poderes el Banco podrá entrar en negocios con cualquier persona, sociedad mercantil, asociación, sociedad anónima u otra entidad jurídica legal en los territorios de cualquier miembro.[52]

2.6. Planes de ajuste estructural y críticas al Banco

Si bien el presente es un capítulo general sobre los aspectos institucionales y operativos del Banco, parece difícil hacer referencia a esta organización internacional sin detenerse brevemente en una de las figuras más polémicas que ha impulsado. Efectivamente, los planes de ajuste

---

[50] *Ibíd.*, Artículo IV, Sección 1, a) iii).
[51] *Ibíd.*, Artículo V, Sección 5.
[52] *Ibíd.*, Artículo IV, Sección 8.

estructural, iniciados a principios de los años ochenta en coordinación con el Fondo Monetario Internacional, han sido la fuente de buena parte de las críticas dirigidas contra el Banco Mundial.

Pese a que una importante disposición del Convenio Constitutivo prevé que «el Banco y sus funcionarios no podrán intervenir en asuntos políticos de ningún miembro ni tampoco permitirán que la clase de gobierno de un miembro o de miembros interesados sea factor que influya en sus decisiones»,[53] lo cierto es que la independencia política del Banco es más que cuestionable en la práctica. Más allá de que existe un obvio control político del Banco por parte de los Estados que más contribuyen económicamente al mismo, que determinan consiguientemente las acciones del mismo y el sesgo ideológico de sus operaciones, lo cierto es que diversos tipos de préstamos del Banco se vinculan explícitamente a la adopción de medidas políticas en el ámbito interno.

Dejando de lado los préstamos destinados a proyectos específicos de diversa naturaleza, que en principio son de alcance más limitado, otros tres tipos de préstamos tienen claras implicaciones políticas. Así, el Banco concede préstamos dedicados a todo un sector de la economía de un país y que se someten a condiciones que determinan las políticas nacionales. Existen también otros préstamos de tipo institucional destinados a la reorganización de instituciones gubernamentales con el fin de orientar sus políticas hacia el libre comercio. Y, en tercer lugar, aparecen los más conocidos préstamos de ajuste estructural, que se supeditan a la adopción de medidas correctoras en ámbitos muy dispares, como la sanidad, la educación y el sector público en general. Conviene, consecuentemente, presentar con algo más de detenimiento los planes de ajuste estructural del Banco y la conocida como «condicionalidad» de los préstamos del Banco.

Fue a principios de los años ochenta, pretendiendo responder a la situación de numerosos países pobres devastados por las crisis energéticas de los años setenta y la generación de una elevadísima deuda

---

[53] *Ibíd.*, Artículo IV, Sección 10.

externa como resultado de las políticas deflacionistas de los principales países industrializados, cuando el Banco Mundial concibió los planes de ajuste estructural globales (SAL) y los planes de ajuste sectorial (SECAL). Las distinción entre los SAL y los SECAL cabe encontrarla más en la amplitud de las reformas que emprenden que en la propia naturaleza de las mismas.[54]

En su aplicación, los planes de ajuste se caracterizan por supeditar la concesión de créditos a la adopción de diversas medidas de amplio alcance en el ámbito de las políticas públicas. En términos generales, los planes de ajuste estructural han pretendido establecer la disciplina fiscal que permita conseguir unos ingresos públicos suficientes para atender las necesidades públicas. Asimismo, han delimitado muy estrictamente el destino del gasto público, a la vez que obligaban a liberalizar el comercio y las inversiones internacionales, a establecer los tipos de cambios según condiciones de mercado, a fomentar la privatización y la desregulación y, también, a reformar el sistema financiero para, en principio, generar ahorro interno y atraer ahorro externo.[55] Así, si bien el Banco no exige garantías reales o personales para la concesión de préstamos, sí obliga a adoptar una la política económica que el banco entiende adecuada para solucionar los problemas del país y permitir la devolución de préstamos.

Las críticas a los planes de ajuste estructural han sido muy numerosas, habiéndose procedido por parte de algunos autores a sistematizarlas en tres grandes grupos. El primero se refiere a las críticas dirigidas al contenido técnico de los planes de ajuste estructural, poniéndose en duda la operatividad y oportunidad de algunas de las medidas prescritas en los planes de ajuste. Un segundo grupo comprende las críticas a los planes derivadas del sesgo ideológico de los mismos, sesgo estrechamente vinculado al paternalismo del Banco a través de la condicionalidad y de su férrea promoción del mercado como mecanismo de

---

[54] Requeijo, J. «La condicionalidad del Banco Mundial». M. Varela (coord.), *ob. cit*., p. 157.

[55] Granell, F., *ob. cit*., p. 61.

valoración de la idoneidad de cualquier política, sea en el ámbito que sea. Y, por último, un tercer grupo de críticas son las referentes al coste social que han entrañado los planes de ajuste estructural, coste que ha sido fruto básicamente de la baja de rentas derivada del desempleo y de la disminución de salarios provocada por los planes de ajuste del Banco, del aumento del precio de los productos básicos, y del recorte de servicios básicos, en particular, la sanidad y la educación.[56]

3. La Asociación Internacional de Fomento

Como ya se señaló, cuando se alude al Banco Mundial no se hace referencia al Grupo del Banco Mundial sino al conjunto de organizaciones formado por el BIRF y la AIF. La AIF es una organización internacional nacida con posterioridad al BIRF, casi veinticinco años después, y que complementa la acción de éste centrando su actividad en aquellos países que, debido a su precaria situación económica y a las condiciones de préstamo del BIRF, no pueden ser beneficiarios de sus préstamos.

De hecho, se afirma que la AIF es el resultado de la constatación de que las condiciones de préstamo del Banco Mundial eran demasiado exigentes para los países más pobres.[57] Si bien la creación de un organismo similar a la AIF ya fue propuesta en Naciones Unidas en 1949, no sería hasta 1958 cuando se abrió camino gracias a la iniciativa del senador norteamericano Monroney, proponiendo la creación de un fondo especial destinado exclusivamente a los países más pobres al que contribuirían los Estados Unidos y otros países industrializados.[58] La propuesta fue trasladada por los Estados Unidos a la Junta de Gobernadores del BIRF en 1959, aprobándose su convenio constitutivo en 1960[59] e iniciándose las operaciones de la AIF ese mismo año.[60]

---

[56] Requiejo, J., *ob. cit.*, p. 165.

[57] Pons Ràfols, X. y D. Bondía García, *ob. cit.*, p. 191.

[58] Bretaudeau, H., *ob. cit.*, p. 15.

[59] Convenio Constitutivo de la Asociación Internacional de Fomento, *BOE* n.º 307, de 24 de diciembre de 1981.

[60] Los primeros créditos de la AIF se destinaron a Chile, Honduras, India y Sudán

Tan sólo un año después, al igual que el BIRF, la AIF se convirtió en un organismo especializado de las Naciones Unidas.

Remitiéndonos a su propio convenio constitutivo, cabe señalar que los objetivos de la AIF son los de promover el desarrollo económico, incrementar la productividad y de este modo elevar el nivel de vida en las regiones menos desarrolladas del mundo. Ello se hace especialmente mediante la aportación de recursos financieros necesarios para atender las necesidades más importantes de desarrollo, en condiciones más flexibles y menos gravosas para la balanza de pagos que las propias de los préstamos usuales, a fin de contribuir de este modo a impulsar los objetivos de expansión económica del BIRF y secundar las actividades de éste.[61]

Al igual que el BIRF, los Miembros de la AIF se distinguen entre miembros fundadores, adheridos a la misma con anterioridad hasta 31 de diciembre de 1960, y los demás miembros «que se adhieran a la Asociación en el momento y de acuerdo con las condiciones que determine la Asociación».[62] Actualmente, de los 185 Miembros del Banco Mundial, 166 lo son también de la AIF,[63] entre ellos los 82 Estados más pobres del mundo, que encuentran en la AIF su única fuente de financiación.

También la estructura organizativa de la AIF es muy similar a la del BIRF, y cuenta con una Junta de Gobernadores, Directores Ejecutivos y Presidente. Además, en caso de que los miembros del BIRF sean también miembros de la AIF, sus Gobernadores y Directores Ejecutivos en el BIRF también lo serán de la AIF. Asimismo, el Presidente del BIRF y

---

61 Artículo I del Convenio Constitutivo de la Asociación Internacional de Fomento, *ob. cit*.

62 Artículo II, Sección 1, b) del Convenio Constitutivo de la Asociación Internacional de Fomento, *ob. cit*.

63 Banco Mundial, *Informe Anual 2007*. Washington D. C.: Banco Mundial, 2007, p. 4. Lista completa en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,,contentMDK:20193437~menuPK: 418786~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html (11/2007)>.

parte de sus empleados lo son también de la AIF, que lo que no obsta para que la AIF también cuente con personal propio.[64]

Como se decía, la AIF concede préstamos y otorga garantías en condiciones mucho más ventajosas para los países más pobres, que en algunos casos llegan a términos de hasta cuarenta o cincuenta años, sin interés y con un periodo de carencia de hasta diez años. Los fondos de la AIF proceden de diversas fuentes:

- De las suscripciones de los Estados Miembros repartidas en función de su participación en el capital social de la AIF.

- De los rendimientos que le transfiere el BIRF y de los resultantes de los préstamos que ella misma otorga. Parte del excedente generado por BIRF, fruto de los intereses que gravan sus préstamos y las comisiones que cobra por sus servicios, se destina a la AIF. Asimismo, el reembolso del capital de los préstamos sin intereses concedidos a largo plazo (hasta 40 años) generan fondos adicionales, que son prestados nuevamente.

- De las contribuciones voluntarias. Existen cuarenta países donantes que cada tres años reponen los recursos de la AIF.

Pese a la diversidad de las fuentes de financiación, debe señalarse que la solidez de la AIF radica en la reposición de su base de capital, a cargo de los países donantes.[65] Desde su fundación, la AIF ha otorgado créditos y donaciones por un total de 161.000 millones de dólares, y en términos globales concede aproximadamente 40% de los préstamos del Banco Mundial. En el año 2006, la AIF concedió préstamos por valor de 9.500 millones de dólares, destinados a 167 operaciones nuevas en 59 países.[66]

---

[64] Artículo VI del Convenio Constitutivo de la Asociación Internacional de Fomento, *ob. cit*.

[65] Banco Mundial, *Grupo del Banco Mundial. Por un Mundo sin Pobreza*, *ob. cit*., p. 3.

[66] *Ibíd.*, p. 13.

Bibliografía

Banco Mundial
2007 *Grupo del Banco Mundial. Por un Mundo sin Pobreza*. Washington D.C.: Banco Mundial.

Bretaudeau, H.
1986 *Le Banque Mondiale*. París: PUF.

Chossudovsky, M.
1988 *La mondialisation de la pauverté, la conséquence des réformes du FMI et de la Banque Mondiale*. Montreal: Ecosocieté.

Devesh, K., J. P. Lewis y R. Webb
1997 *The World Bank. Its First Half Century.* Washington, D.C.: Brookings Institution Press.

Diez De Velasco, M.
2007 «Organismos especializados de cooperación económica y financiera». En M. Diez De Velasco. *Las Organizaciones Internacionales*. Decimocuarta edición. Madrid: Tecnos.

Gilbert, C. L. y D. Vines (eds.)
2000 *The World Bank, structure and policies.* Cambridge: Cambridge University Press.

Mason, E. y R. E. Asher
1973 *The World Bank Since Bretton Woods.*Washington D.C.: Brookings Institution.

Muñoz Cidad, C.
1992 *Estructura económica internacional*. Madrid: Civitas.

PONS RÀFOLS, X. y D. BONDÍA GARCÍA
2005 «Els organismes especialitzats de cooperació económica i financera». En V. Abellán Hoinrubia (dir.) y J. Saura (coord.). *Nocions bàsiques de Dret Internacional Públic per a les diplomatures de Ciències Empresarials i de Gestió i Administració Pública*. Barcelona: Universitat de Barcelona.

SHIATA, I. F. I.
1991 *The World Bank in a Changing World. Selected Essays*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.

SALDA, A. C. M.
1997 *Historical Dictionary of the World Bank*. Lanham, Maryland: The Scarecrow Press.

VARELA M. (coord.)
1994 *El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la economía española*. Madrid: Pirámide.

WORLD BANK
2006 *Ten Things you Never Knew about the World Bank*. Washington D.C.: World Bank.

2007 *A Guide to the World Bank*, Second Edition, Washington D. C.: World Bank.

El Fondo Monetario Internacional

Francisca Jiménez Jiménez
Francisco Montijano Guardia

El Fondo Monetario Internacional

Francisca Jiménez Jiménez
Francisco Montijano Guardia

Sumario: 1. Introducción.— 2. Antecedentes y objetivos.— 2.1. Antecedentes.— 2.2. Objetivos del FMI.— 3. Evolución del papel del FMI a lo largo del tiempo.— 3.1. El sistema de Bretton Woods.— 3.2. Reformas del FMI.— 4. Estructura organizativa y financiación del FMI.— 5. Actividades o políticas del FMI.— 5.1. Supervisión.— 5.2. Asistencia técnica.— 5.3. Asistencia financiera.— 6. El SMI y el debate actual.— 6.1. El SMI.— 6.2. Reformas y desafíos del FMI.— 6.2.1. El papel del Fondo como prestamista de última instancia.— 6.2.2. La propia estructura de gobierno de la institución.— 6.2.3. La condicionalidad de los precios.— 6.2.4. El alcance de las actividades del Fondo.—

1. Introducción

El Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI) fue creado en 1945, mediante tratado internacional en Bretton Woods. El FMI es un organismo vinculado a la Organización de las Naciones Unidas[1] (ONU) y actúa como institución multilateral del Sistema Monetario Internacional (SMI). El SMI constituye un conjunto de acuerdos institucionales y jurídicos que protege las actividades económicas internacionales, los procedimientos para financiar los desequilibrios

[1] El acuerdo mediante el cual pasó a ser organismo especializado de las Naciones Unidas fue aprobado por el Consejo de gobernadores en septiembre de 1947 y entró en vigor el 15 de noviembre de ese mismo año. Véase, Díez de Velasco Vallejo, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 2006.

exteriores y los modos en que los países habrán de proceder para corregirlos.

El marco regulador del FMI es el fruto de una evolución histórica. El sistema monetario predominante hasta 1914 fue el patrón oro. Bajo este sistema los países fijaron la paridad de sus monedas con respecto al oro. Al inicio de la Primera Guerra Mundial, la operatividad del patrón oro quebró, los países encontraron grandes dificultades de pago que se tradujo en una secuencia continuada de devaluaciones[2] competitivas. Después de la Segunda Guerra Mundial representantes de los Estados Unidos (en lo sucesivo, EE.UU.) y del Reino Unido se reunieron en Bretton Woods para diseñar un nuevo orden mundial. El resultado de esas conversaciones, en las que participaron un total de 45 países, fue la creación del FMI y del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) que se ha convertido en el actual Banco Mundial (BM).

La evolución del FMI, tanto en su nacimiento como en sus reformas, ha estado determinada por los cambios en las condiciones económicas y políticas de orden internacional. Aunque sus objetivos fundacionales se han mantenido, sin embargo, en la práctica se ha observado un cambio en la orientación de las políticas del FMI, sobre todo a partir de la década de los noventa con el creciente proceso de globalización de la economía. En sus inicios, el FMI perseguía mantener un sistema estable de tipos de cambio que contribuyera al buen funcionamiento de la economía mundial, en aspectos tan diversos como la cooperación monetaria o facilitar la fluidez de las relaciones comerciales. Actualmente, la principal labor que desempeña el Fondo es la de ofrecer financiación a países con problemas de balanza de pagos.[3] Es decir,

---

[2] Disminución del valor de la moneda nacional en relación con el valor de las monedas de otros países. Este término se utiliza bajo un sistema de tipos de cambio fijos, para distinguirlo del término «depreciación» aplicado en un sistema de tipos de cambio flotantes.

[3] La Balanza de Pagos se define como un estado estadístico que resume sistemáticamente, para un periodo específico dado, las transacciones económicas entre una

en los últimos treinta años el FMI ha pasado de regular y gestionar las relaciones internacionales a convertirse en prestamista de última instancia.

En definitiva, en los últimos 50 años el Fondo ha sido, probablemente, el organismo económico internacional con mayor importancia, aunque no exento de numerosas críticas que reflejan la disparidad de intereses nacionales de los países miembros y de la comunidad científica especializada.

2. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS

2.1. Antecedentes

El FMI tiene su origen en la gran crisis de la década de los años 30, en el periodo que transcurrió entre ambas guerras, cuando la inflación y las devaluaciones competitivas fueron importantes elementos de perturbación del SMI. Confluyó, durante estos años, un escenario crítico con constantes depresiones monetarias junto a una sensible caída del dólar, que actuaba como moneda ancla. Los países, mayoritariamente, implementaron políticas de devaluación de sus respectivas monedas con el fin de mejorar la competitividad de sus productos en los mercados exteriores. La prolongación de esta situación supuso el desplome general del comercio internacional secundado por un persistente proteccionismo.

Como respuesta política a este contexto de derrumbe, los representantes gubernamentales de 45 países acordaron, en 1945, establecer un marco de cooperación económica destinada a evitar nuevas depre-

---

economía y el resto del mundo. Las transacciones comprender las que se refieren a bienes, servicios y renta, las que entrañan activos y pasivos financieros frente al resto del mundo y las que se clasifican como transferencias, definición según FMI, *Manual de Balanza de Pagos*. Quinta edición. Washington, 1993.

siones y definir un nuevo orden económico internacional que garantizara la estabilidad cambiara.

Desde la óptica jurídica,[4] el FMI se crea como una organización económica internacional de carácter intergubernamental, que se concibe bajo un marco de cooperación entre Estados para la obtención de finalidades concretas. Los países miembros están obligados por contrato a cumplir determinadas reglas, a cooperar financieramente para solventar el déficit exterior y afrontar problemas de política monetaria internacional.

El FMI, desde 1947, es un organismo especializado perteneciente a la ONU. Ello significa determinadas obligaciones, de acuerdo con el artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas, que se concretan en: 1) la promoción de los niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; 2) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos, y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y 3) el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades. En suma, el FMI tiene personalidad jurídica internacional lo que significa, de forma genérica, la titularidad de derechos y obligaciones. En particular tiene capacidad para: contratar, adquirir y vender bienes, y promover procedimientos legales.

Desde la perspectiva económica, el Convenio Constitutivo del FMI creó un sistema de tipos de cambio fijos.[5] Los tipos de cambio se vincularían al oro en el caso del dólar estadounidense y al dólar y al oro

---

[4] Véase GALINDO LUCAS, Alfonso. «Pasado, presente y futuro del Fondo Monetario Internacional». *Centro Argentino, Working Papers - Programa Organismos Internacionales,* 2006.

[5] En un sistema de tipos de cambio fijo, el Banco Central interviene en el mercado de divisas para que el tipo de cambio se mantenga próximo al objetivo sin permitir fluctuaciones significativas que lo desvíen de la paridad central.

en el caso de las demás monedas. Bajo este patrón oro-divisas, EE.UU. debía de mantener el precio del oro en $35.00 por onza con la facultad de cambiar dólares por oro a ese precio sin restricciones ni limitaciones.

Cada uno de los Estados miembros fijó para su respectiva moneda una paridad, respecto del oro o respecto del dólar, y se comprometió a mantener las fluctuaciones del tipo de cambio, para las operaciones al contado, dentro de los límites de más o menos 1% con respecto a la paridad fijada.[6] En tales casos, los ajustes serían simétricos, es decir, los países con persistentes superávit de la balanza de pagos procederían a revaluar sus monedas, mientras que los países que incurriesen en déficit crónico las devaluarían[7] dado que una continua intervención acabaría agotando sus reservas. Así pues, para la consecución de la estabilidad cambiaria se crea un sistema de pagos multilaterales para las transacciones corrientes.

2.2. Objetivos del FMI

Los objetivos fundacionales del FMI están recogidos en el artículo I del Convenio Constitutivo[8] y son los siguientes:

1. Fomentar la cooperación monetaria internacional por medio de una institución permanente que sirva de mecanismo de consulta y colaboración en cuestiones monetarias internacionales.

2. Facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, contribuyendo así a alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales y a desarrollar los recursos

---

6 Sin embargo, los tipos de cambio fijos podrían ajustarse para aliviar los denominados *desequilibrios fundamentale*s, es decir, condiciones económicas de elevada inflación y déficit por cuenta corriente.

7 Los tipos de cambio fijos funcionan como un sistema de mantenimiento de precios, de forma que el organismo encargado de dicha estabilidad debe satisfacer el exceso de demanda o absorber el exceso de oferta.

8 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/spa/aa01.htm>

productivos de todos los países miembros como objetivos primordiales de política económica.

3. Fomentar la estabilidad cambiaria, procurar que los países miembros mantengan regímenes de cambios ordenados y evitar depreciaciones cambiarias competitivas.

4. Coadyuvar a establecer un sistema multilateral de pagos para las transacciones corrientes que se realicen entre los países miembros y eliminar las restricciones cambiarias que dificulten la expansión del comercio mundial.

5. Infundir confianza a los países miembros poniendo a su disposición temporalmente y con las garantías adecuadas los recursos generales del Fondo, dándoles así oportunidad de que corrijan los desequilibrios de sus balanzas de pagos sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional.

6. De acuerdo con lo que antecede, acortar la duración y aminorar el grado de desequilibrio de las balanzas de pagos de los países miembros.

En conformidad con sus objetivos, el FMI se encarga de velar por la estabilidad del SMI, con un fin más ambicioso de alentar y estimular la prosperidad mundial. Podemos observar que los fundadores del FMI basaron su propuesta en los viejos éxitos del patrón oro, pero teniendo presente la profundidad de la crisis acontecida en la década de los 30. Por ello, se estableció un sistema basado en el patrón oro y en el dólar, en un intento de abandonar los infructuosos desenlaces del pasado con políticas de devaluaciones que trataban de trasladar las depresiones a otros países. Por tanto, la idea que subyace en estos objetivos es que el Fondo actuaría en aquellos países que mostraran dificultades de balanza de pagos, pero siempre y cuando éstos no estuvieran inmersos en devaluaciones competitivas. Estos objetivos, también, se plantearon como reacción al proteccionismo para impulsar, en última instancia, el libre comercio internacional.

En la consecución de los anteriores fines, el FMI realiza una labor de asesoramiento político y seguimiento de las medidas adoptadas. Aporta, en este sentido, conocimientos y especialización, ofreciendo asistencia técnica sobre el modo de aplicar las medidas económicas en aquellos países miembros que así lo requieran. Además, actúa como prestamista para corregir no sólo ajustes temporales, sino también estructurales de la balanza de pagos. En consecuencia, el FMI promueve la estabilidad del SMI a través de sus tres funciones principales:

1. Supervisión de la política económica.

2. Desarrollo de una función crediticia, orientada a proporcionar asistencia financiera a los países miembros.

3. Prestación de asistencia técnica.

Estas funciones serán desarrolladas con mayor detalle cuando abordemos las actividades propias del FMI.

3. EVOLUCIÓN DEL PAPEL DEL FMI A LO LARGO DEL TIEMPO

3.1. El Sistema de Bretton Woods

La creación del FMI supuso, como hemos dicho, la respuesta política a una situación de crisis del SMI que había provocado la quiebra del patrón oro. Situación de crisis que afectó a la fluidez de los pagos internacionales y muchas de las monedas referentes dejaron de ser convertibles, por lo que apareció el mecanismo de *clearing*,[9] con las dificultades que este tipo de acuerdos conlleva. Durante la década de los treinta, la crisis se agravó por la política de *empobrecer al vecino*,[10]

---

[9] Son acuerdos bilaterales por los cuales los países implicados establecen la intención de intercambiar un cierto volumen de bienes y servicios durante un periodo de tiempo determinado.

[10] Las políticas de «empobrecer al vecino» pretenden la solución de los problemas

desarrollada por muchos países con consecuencias nefastas para el comercio internacional.[11] Bajo este horizonte se plantea la necesidad de llevar a cabo una cooperación internacional con el objetivo de lograr la estabilidad y recuperar la convertibilidad de las monedas.

El régimen cambiario propuesto, como hemos expuesto anteriormente, en Bretton Woods fue el patrón oro, con tipos de cambio fijos, pero ajustables entre las diversas monedas. En este sistema, el FMI desarrolló un papel clave al establecer y regir el cumplimiento de las normas que regulaban las relaciones internacionales. Durante los años cincuenta y sesenta, el FMI se erigió en el eje central que regulaba el SMI. En estos años, los acuerdos de Bretton Woods funcionaron de manera satisfactoria y eficaz, contribuyendo a una etapa de crecimiento económico, de estabilidad cambiaria y de creciente liberalización de las transacciones comerciales. Algunas de las ventajas que aportó el régimen de cambios fijos fueron: 1) la eliminación de la volatilidad excesiva, contribuyendo a la estabilidad de precios; 2) la eliminación del riesgo de tipo de cambio y de los perjuicios que de ello se derivan para el comercio internacional; 3) los ajustes de la competitividad que se realizan vía precios; 4) la capacidad de otorgar disciplina y credibilidad antiinflacionista; y 5) con credibilidad, los tipos de interés tienden a converger a niveles internacionales.

No obstante, a pesar de su aparente éxito surgieron algunos problemas relacionados con el sistema patrón oro: la liquidez fue una preocupación constante de los años sesenta. Cuando el comercio mundial creció rápidamente, aumentaron las necesidades de reservas en dólares, estableciéndose una elevada dependencia para financiar el déficit de la balanza de pagos de los Estados Unidos de América. Bajo estas condiciones, otros países deficitarios implementaron tanto restricciones

económicos nacionales a través de medidas como el uso de devaluaciones competitivas o el establecimiento de barreras a la importación con un claro perjuicio al resto de países.

[11] Véase CUENCA GARCÍA, Eduardo. *Organización Económica Internacional*. Madrid: Prentice Hall, 2004.

comerciales como de pagos con el consiguiente empeoramiento del comercio y el crecimiento económico mundial. Esta situación de falta de liquidez erosionó, por un lado, la confianza que se consideraba un elemento fundamental del comercio. Por otro lado, la orientación económica de los países tenía como prioridad la aplicación de políticas fiscales y monetarias para lograr los objetivos internos de crecimiento y empleo y, secundariamente, se preocupaban de los fines externos. En suma, el sistema presentó ciertas desventajas que podemos sintetizar en:

- La pérdida de autonomía de la política monetaria. Los Bancos Centrales estaban obligados a intervenir.

- Los diferentes *shocks* externos afectaban a la producción y el empleo (en especial si no hay flexibilidad salarial y laboral).

- El sistema se volvió vulnerable a los ataques especulativos ante la falta de credibilidad en el mantenimiento del objetivo del tipo de cambio.

- La escasa credibilidad justificaría subidas del tipo de interés.

3.2. Reformas del FMI

El papel desarrollado por el Fondo se ha ido modificando durante sus años de vida. Específicamente, el FMI ha sufrido tres reformas o enmiendas de desigual naturaleza. La primera de ellas, en 1969, para solventar la falta de liquidez internacional; una segunda, que tuvo lugar en 1976, para resolver la falta de confianza en el dólar y, en 1986, se acomete una tercera reforma de índole meramente administrativa.

A mediados de los años sesenta, los Estados Unidos de América presenta un persistente déficit de la balanza de pagos. Aunque el comercio internacional seguiría creciendo, el hecho es que se iba erosionando la confianza en la paridad del dólar frente al oro. Esta circunstancia dio lugar a la primera reforma del Convenio Constitutivo, con el propósito de resolver los problemas de escasez de liquidez (dólares)

que se originó. La asamblea del FMI celebrada en Río de Janeiro, en 1967, decidió crear los Derechos Especiales de Giro (DEG) como un activo de reserva adicional, necesaria para mantener el sistema de paridades fijas de Bretton Woods. La oferta de los dos activos fundamentales (oro y dólar de EE.UU.) resultaba inadecuada ante la creciente expansión del comercio mundial y de los mercados financieros. Inicialmente, el valor del DEG se fijó vinculado a una cantidad fija de oro y a la par del dólar. Los países lo poseían como parte de sus reservas y lo convertían en moneda cuando presentaban problemas de balanza de pagos.

Según el Convenio Constitutivo del FMI, los DEG son asignados a los países miembros en proporción de su cuota. Dicha asignación representa para cada país un activo de liquidez, no frente al FMI, sino frente a las monedas de libre uso de los países miembros, de tal forma que un país puede adquirir estas monedas a cambio de sus DEG. Si un país acumula tenencias de DEG superiores a su asignación, recibe intereses por la diferencia, mientras que si incurre en un déficit ha de pagar intereses por la utilización neta de DEG.

Aunque el método de valoración del DEG ha cambiado desde su nacimiento, actualmente se determina en función de una cesta de las principales monedas del mundo: el dólar de los Estados Unidos de América, el euro, el yen y la libra esterlina. Al ser una media ponderada de cuatro monedas, su cotización es más estable que la de cualquiera de las monedas incluidas en la cesta. Dicha valoración se revisa cada cinco años con el objetivo de reflejar la importancia relativa de cada moneda en las relaciones comerciales y financieras del mundo.

Finalmente, el papel del DEG como activo de reserva quedó limitado cuando surgió el régimen de tipos de cambio flotantes y la creciente integración de los mercados financieros permitió acceder con mayor facilidad a los fondos necesarios. Actualmente, la principal función del DEG es la de servir como unidad de cuenta del FMI y de otras instituciones internacionales.

No obstante, la introducción de los DEG no supuso una resolución total de los problemas. Los países del FMI realizaron constantes operaciones de cambio de dólares por oro reduciéndose, de ese modo, las reservas de oro, hecho que agravó la crisis de confianza. El resultado fue que en 1971 el gobierno de los Estados Unidos de América suprimió la convertibilidad del dólar, lo que permitió devaluar su moneda. Concurrió una situación de déficit de la balanza norteamericana junto a una bajada de tipos de interés como medida para reactivar la economía americana, lo que desencadenó una tormenta especulativa contra el dólar, seguida de compras masivas de oro. En concreto, las autoridades de EE.UU., además de suspender temporalmente la convertibilidad de su moneda, adoptaron otras dos medidas que anunciaban la desaparición del sistema:

- Se impuso un arancel adicional del 10% sobre todas las mercancías importadas.

- Se redujo un 10% su ayuda exterior.

Definitivamente, en 1973 quiebra el sistema de tipos de cambio fijos, iniciándose una nueva época de cambios flexibles. Esto conduce a introducir en 976 una II Enmienda para corregir y aceptar la flotación de las monedas bajo supervisión, no estricta, del FMI. A continuación, enumeramos un compendio de las características principales de la segunda reforma:

- Regímenes cambiarios a elección de cada país miembro.

- Reducción de la función del oro en el SMI, incluida la venta y distribución de parte de las tenencias de oro del propio Fondo. Se suprime la función del oro como unidad de valor del DEG.

- Propuestas para que el DEG se convierta en el principal activo de reserva del FMI.

- Otros cambios de tipo organizativo y administrativo del Fondo.

En esta segunda etapa,[12] el papel y la obligación del Fondo no radica sólo en vigilar la evolución de los tipos de cambio sino también en asistir y colaborar en «la adopción por los países de medidas de ajuste encaminadas a mantener la estabilidad económica y financiera».[13] El FMI comienza a prestar sus recursos para corregir desequilibrios de balanza de pagos, mediante financiación sujeta a condiciones. En estos casos, el país prestatario se debe de comprometer a implementar todo un programa de medidas de ajuste para solventar los problemas económicos por los que se solicita la ayuda. Con el transcurso del tiempo,[14] se observó que las condiciones prescritas de políticas monetaria y fiscal de carácter restrictivo eran controvertidas, especialmente las que tenían como finalidad reducir el gasto público.

La mayor transformación del FMI, en lo concerniente a su actuación, tiene lugar a partir de la crisis de la deuda externa de 1982. El escenario es de una mayor integración regional y monetaria a escala mundial. En estos años, las condiciones de los mercados internacionales de la deuda se fueron deteriorando y se generó una severa crisis económica y financiera. El punto álgido de la crisis sucedió cuando la banca comercial decidió denegar recursos financieros a México. Ante estas nuevas y complejas circunstancias, el Fondo tuvo que encontrar nuevas respuestas. A partir de entonces, el FMI debía de acometer la difícil tarea de actuar como prestamista para países con importantes fugas de capital, ante los considerables movimientos internacionales de capital privado, debilitando la estabilidad del SMI.

También, durante estos años, la transición de las economías de planificación centralizada a sistemas de mercado planteó nuevos

---

[12] Para una perspectiva histórica de los acontecimientos que han marcado al Fondo en los últimos cincuenta años, véase GRANELL, Francesc. «La convergencia FMI/ Banco Mundial ante los problemas en desarrollo». En *El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Economía Española*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1994, capítulo 3.

[13] Véase CUENCA GARCÍA, Eduardo. *Organización Económica Internacional*. Madrid: Prentice Hall, 2004.

[14] Como veremos en el epígrafe dedicado a la principales controversias del FMI.

desafíos.[15] Ante éstos, la asistencia del FMI serviría para crear las instituciones, formular políticas monetarias y fiscales y adoptar políticas estructurales, donde estas cuestiones eran substanciales para la estabilidad y el crecimiento de los países.

A partir de la década de los noventa, el contexto internacional al que se enfrenta el FMI es complejo. Las crisis de balanza pagos, por ejemplo, de las economías emergentes tienen una naturaleza distinta a las crisis tradicionales, debido a la mayor integración financiera. Un contexto donde el volumen de los flujos de capital es más elevado que los propios flujos comerciales. Bajo este panorama, la operatividad del Fondo es limitada a la hora de disponer recursos para actuar. Los actuales procesos se caracterizan por una fuerte y repentina salida de capitales que conlleva bruscos ajustes de la balanza de pagos. Bajo este horizonte, hemos de aludir a las intervenciones de rescate realizadas en México en 1995, Turquía en 2001 y Brasil en 2002, que han necesitado grandes disposiciones de capital. En consecuencia, el Fondo se ha afanado en ampliar el volumen de los recursos financieros de los que puede disponer, con base en la cuota de los países miembros y por la ampliación de otras líneas de financiación. Pero por lo que realmente se ha caracterizado es por sus funciones de asesoramiento y asistencia técnica en aquellos países con problemas de desequilibrios externos.

En definitiva, el FMI ante la cambiante realidad ha tenido que adaptarse, replanteando sus objetivos y funciones. En la actualidad acomete objetivos más amplios como la cooperación monetaria internacional para fomentar la estabilidad cambiaria, facilitar el crecimiento equilibrado del comercio y financiar a países con dificultades de balanza de pagos.

---

[15] Véase De Rato Figaredo, Rodrigo. «La evolución de la arquitectura financiera internacional y la función del FMI». *Información comercial Española*, 2006, n.° 827, pp. 9-15.

4. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA Y FINANCIACIÓN DEL FMI

Actualmente, el FMI está integrado por 185 países miembros, casi todos los países del mundo. En el Fondo existen tres órganos principales:[16]

1. La Junta de Gobernadores: es la máxima autoridad del FMI donde cada país se encuentra representado por un gobernador por un periodo de cinco años. El Presidente es nombrado por la propia Junta. Si bien este órgano puede delegar en el Directorio Ejecutivo ciertos poderes, en el artículo XII, Sección 2.a) y b) se recogen aquéllos que ineludiblemente debe ejercer, entre los que cabe destacar la admisión y suspensión de miembros, la aprobación de la revisión de cuotas, la modificación uniforme de la paridad de las monedas de todos los países miembros, la distribución de los ingresos netos del Fondo y la disolución del mismo. Todos los gobernadores se reúnen una vez al año.

2. El Directorio Ejecutivo: encargado de la gestión de las operaciones del FMI y está integrado por 24 miembros. En el artículo XII, Sección 3.ª b) y e) se prevén casos especiales en los que el número de Directores puede incrementarse hasta 26 o reducirse a 22.

3. El Director Gerente: es elegido por el Directorio Ejecutivo y no podrá ser Gobernador ni Director Ejecutivo. Tiene las facultades propias de la jefatura de Estado, preside el Directorio Ejecutivo (sin derecho a voto salvo en caso de empate) y ejecuta (bajo la dirección del Directorio) los asuntos ordinarios del FMI.

Además de los anteriores, otros órganos son el Comité Monetario y Financiero Internacional (CMFI) y el Comité para el Desarrollo. El primero está formado por 24 gobernadores que asesoran al FMI en la orientación general de sus políticas. Por su parte, el Comité para el Desarrollo,

---

[16] Véase <www.imf.org/external/np/obp/orgcht.htm>.

que también está integrado por 24 miembros de rango ministerial, aconseja con respecto a los problemas de los países en desarrollo.

La principal fuente de financiación del FMI son las cuotas asignadas a los países miembros. Éstas se determinan, generalmente, en función del tamaño de la economía del país con relación al resto del mundo. En concreto, se tiene en cuenta el volumen del producto interior bruto, las transacciones de la cuenta corriente y las reservas oficiales.

Los cinco países con las cuotas más altas son Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia y Reino Unido. Cada uno de ellos elige a su propio director ejecutivo. Debido al gran volumen de sus cuotas, Arabia Saudita, China y Rusia también nombran a sus directores. El resto de países se distribuyen en 16 grupos, cada uno de los cuales elige a su director ejecutivo.

El montante de la cuota de un país determina su suscripción de capital al FMI y limita la disponibilidad de recursos que puede obtener como préstamo. Asimismo, la cuota determina el número de votos del país en las decisiones del FMI. Estas cuotas se revisan regularmente en periodos de no más de 5 años. El total de cuotas ascendía a 217.000 millones de DEG (327.000 millones de dólares americanos, aproximadamente) a finales de marzo de 2007.[17]

Los países pagan aproximadamente el 25% de la cuota en las principales monedas (dólar de los Estados Unidos de América, euro, yen o libra esterlina) o en DEG. El 75% restante se paga en la moneda del país miembro. Cada país obtiene 250 votos básicos (igual para todos los países miembros) más un voto adicional por cada DEG 100.000 DEG de cuota.

En caso de que las cuotas ingresadas por los países miembros no fuesen suficientes para afrontar cualquier peligro que amenace al SMI,

---

[17] Véase <http://www.imf.org>.

el FMI posee dos mecanismos permanentes para obtener préstamos de los países miembros. En primer lugar, se encuentran los Acuerdos Generales para la Obtención de Préstamos (AGP), creados en 1962, en virtud de los cuales once países se comprometen a prestar dinero al FMI en sus respectivas monedas en circunstancias especiales y a un interés de mercado. En segundo lugar, están los Nuevos Acuerdos para la Obtención de Préstamos (NAP), aprobados en 1997 y en cuyo marco 26 países acordaron prestar dinero al Fondo en circunstancias similares a los anteriores.

Por último, para hacer frente a sus gastos corrientes de administración, operaciones de crédito y saldos de precaución, la institución recibe ingresos de los intereses y comisiones que cobra por sus préstamos y del rendimiento de la cuenta de inversión creada en 2006. Actualmente, una «Comisión de Notables» está evaluando opciones alternativas de financiación.

5. ACTIVIDADES O POLÍTICAS DEL FMI

Para lograr los objetivos propuestos, el FMI utiliza tres mecanismos principales:

- Supervisión (*Surveillance*)
- Asistencia técnica
- Asistencia financiera

A continuación vamos a describir brevemente en qué consiste cada una de estas actividades.

5.1. Supervisión

El FMI realiza un seguimiento y evaluación de las políticas llevadas a cabo por los gobiernos de los países miembros y hace recomendaciones de los ajustes a realizar, en caso de que lo crea necesario.

El ingreso de un país el FMI implica aceptar la obligación de someter al examen de la comunidad internacional la eficacia e idoneidad de sus políticas macroeconómicas. Con el objetivo de garantizar la estabilidad económica y financiera mundial, el FMI realiza evaluaciones regulares de las condiciones económicas a nivel nacional, regional y mundial.

Las denominadas «consultas del artículo IV»[18] suponen consultas bilaterales del FMI con cada uno de los países miembros en las que, una vez al año, los economistas del FMI analizan sus políticas económicas: tipo de cambio, políticas fiscal y monetaria, balanza de pagos y deuda externa. También evalúan las repercusiones de dichas políticas en el ámbito nacional e internacional, así como las posibles vulnerabilidades ante las crisis. Debido al elevado grado de internacionalización de los mercados de capital, la supervisión del FMI se centra cada vez más en la cuenta de capital y la solidez del sistema financiero de los países miembros.

Como complemento de la supervisión por países, el FMI examina también las políticas que se adoptan en los acuerdos regionales, como en la zona euro, la Unión Económica y Monetaria de África Central, la Unión Económica y Monetaria de África Occidental y la Unión Monetaria del Caribe Oriental. Los informes aparecen publicados en *Perspectivas de la economía regional*.

Por último, el FMI hace un seguimiento de las condiciones económicas mundiales, las políticas económicas de los países en su contexto mundial y la evolución de los mercados internacionales de capital. Los principales resultados de dicha supervisión mundial aparecen publicados semestralmente en *Perspectivas de la economía mundial* y *Global Financial Stability Report*.

---

[18] En cumplimiento de lo establecido en el artículo IV del Convenio Constitutivo del FMI.

En los últimos años, y como consecuencia de la crisis de los años noventa, el FMI ha introducido importantes medidas para reducir la vulnerabilidad de los países miembros frente a las crisis. Así, en colaboración con el Banco Mundial, el FMI ha establecido el Programa de Evaluación del Sector Financiero[19] (PESF) que permite identificar los puntos fuertes y débiles de los sistemas financieros de los países y formular las políticas apropiadas. Además, el FMI promueve la utilización de códigos y normas de buenas prácticas en la elaboración y puesta en marcha de políticas económicas.

5.2. Asistencia técnica

El FMI ayuda a las autoridades de los países miembros a potenciar su capacidad para elaborar y poner en marcha políticas económicas eficaces. La asistencia técnica abarca diversos ámbitos: política fiscal, política monetaria y cambiaria, publicación de estadísticas financieras y formación. La principal ventaja que ofrece el FMI es su experiencia y especialización en este tipo de cuestiones. La asistencia técnica es gratuita y no conlleva condiciones, como la ayuda financiera.

5.3. Asistencia financiera

Otra de las funciones primordiales del FMI es la concesión de préstamos a los países miembros que presentan dificultades en su balanza de pagos. Dichos recursos permiten a los países reconstituir sus reservas internacionales, estabilizar sus monedas, hacer frente a los pagos de las importaciones y establecer un programa de medidas de ajuste que garantice un crecimiento económico sostenible.

Para que un país miembro pueda recibir un préstamo del Fondo, las autoridades nacionales y el FMI deben acordar un programa específico de medidas de ajuste que ha de ser aprobado por el Directorio Ejecutivo. Así, la concesión y continuidad de la financiación solicitada está

---

[19] En parte, como respuesta a la crisis financiera surgida en Asia a finales de los noventa.

condicionada a la implementación de un programa de políticas de ajuste y reforma que permita restablecer la solidez de su sistema económico y financiero. Es el conocido «principio de condicionalidad». Determina las condiciones que los países miembros deben cumplir para acceder a los recursos financieros del Fondo. Se trata de un compromiso por parte del país miembro que recibe el préstamo a realizar el programa de políticas de ajuste y de reforma formulado por el FMI. De esta forma, la financiación del FMI contribuye a suavizar la gravedad del proceso de ajuste y garantiza que los recursos se destinan al fin para el que han sido otorgados.[20]

A la hora de diseñar el programa de ajuste, el Fondo debe tener en cuenta la situación económica particular del país que reclama la ayuda, pero siempre buscando un equilibrio entre el principio de uniformidad y el de flexibilidad.[21] El programa de medidas se describe en la carta de intención o el memorando de política económica y financiera que acompaña la solicitud de financiación.

El montante de la ayuda y las políticas de ajuste dependerán de las dificultades de balanza de pagos y sus causas. Por ello, el FMI ha desarrollado una serie de servicios financieros distinguiendo entre financiación ordinaria o no concesionaria y financiación concesionaria (específica para los países de bajo ingreso y en la que colabora con el Banco Mundial).

En la actualidad, los préstamos en condiciones no concesionarias se articulan en cuatro grandes servicios financieros (véase «El FMI en Foco». *Suplemento del Boletín del FMI*, 2006, vol. 35, p. 25):

---

[20] Ejemplo de ello es el hecho de que la concesión de la ayuda financiera es escalonada en la mayoría de los préstamos, es decir, el Fondo desembolsa el montante total del préstamo concedido de forma gradual a medida que el país aplica el programa de reformas.

[21] Véase Varela, Manuel. *El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la economía española*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1994, p. 142.

- Acuerdos de Derecho de Giro (Stand-By), establecidos en 1952 para afrontar problemas temporales de balanza de pagos. La condicionalidad se rige por la política de tramos, es decir, el programa de reformas es cada vez más estricto a medida que un país accede a un crédito de tramo superior. Existen en total cuatro tramos de crédito, cada uno de un 25% de la cuota.

- Servicio Ampliado, creado en 1974, para superar dificultades de balanza de pagos de carácter estructural, por tanto, son préstamos de larga duración y de mayor cuantía que los anteriores.

- Servicio de Complementación de Reservas, creado en 1997. Se trata de un servicio de asistencia a corto plazo para resolver problemas de balanza de pagos ocasionados por la pérdida de confianza de los mercados.

- Servicio de Financiamiento Compensatorio, creado en 1963 para cubrir deficiencias de los ingresos de exportación y aumento de los costes de importación de cereales por causas externas a los países miembros.

Al margen de los préstamos anteriores, existe un servicio de Asistencia de Emergencia para aquellos países que han sufrido una catástrofe natural o un conflicto armado.

Los préstamos concesionarios van destinados a los países de bajo ingreso a los que el FMI otorga condiciones favorables. La concesión de estos programas requiere un elevado volumen de recursos, por lo que el Fondo cuenta con el apoyo del Banco Mundial, otros bancos multilaterales de desarrollo y la banca privada. Bajo esta línea de financiación, existen básicamente dos servicios:

- Servicio para el Crecimiento y la Lucha contra la Pobreza (SCLP), creado en 1999 para superar problemas estructurales de la balanza de pagos con el objetivo de conseguir un crecimiento sostenible y reducir la pobreza.

- Servicio para *Shocks* Exógenos (SSE). Se trata de un servicio creado en 2005 pero que aún no cuenta con plena financiación. Otorgaría recursos a aquellos países que sufren *shocks* exógenos, tales como cambio de los precios de los productos básicos, desastres naturales y perturbaciones del comercio surgidas en países vecinos.

En los últimos años, el mayor número de préstamos ha correspondido al SCLP aunque, en volumen de recursos prestados, han sido los acuerdos *Stand-By* los más solicitados.

Obviamente, los programas del Fondo y la condicionalidad se han ido adaptando a los distintos problemas de balanza de pagos y las condiciones económicas de cada momento.[22] Las crisis financieras de los noventa hicieron necesario que el FMI modificara los límites de acceso, incrementándose en octubre de 1994 del 68% al 100% de la cuota de los miembros, así como sucesivas ampliaciones en el volumen total de los recursos disponibles del FMI. En 2002 el Directorio Ejecutivo adoptó nuevas directrices que centran la condicionalidad de los préstamos en objetivos macroeconómicos más concretos. Se trata no sólo de resolver problemas de balanza de pagos, sino también de sentar las bases para conseguir un crecimiento económico sostenible diseñando programas de medidas adecuados con la realidad económica del país en cuestión.

En 2001 el Directorio Ejecutivo del FMI creó la Oficina de Evaluación Independiente (OEI) como un organismo independiente encargado de evaluar la actuación del Fondo. En el sitio web de la OEI (<http://www.imf.org/oei>) se encuentra disponible información detallada de los objetivos de la Oficina, composición, informes de evaluación, programas en marcha, etc. La creación de esta OEI responde a la necesidad

---

[22] Para un estudio más detallado de las diferentes modalidades de préstamos y su condicionalidad a lo largo del tiempo, véase CEÑA, Carmen, María VARELA y Joaquín ZAMORANO. «La condicionalidad en el Fondo Monetario Internacional». En *El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la economía española*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1994, capítulo 8.

de una mayor transparencia y la rendición de cuentas en las actividades del Fondo.

6. EL SMI Y EL DEBATE ACTUAL

6.1. El SMI

En las últimas tres décadas el mundo ha experimentado profundos cambios en su naturaleza y actividad económica. Cambios debido a una mayor movilidad de bienes, de capital y el papel activo que desempeñan los países en desarrollo. Los países se están vinculando de manera más estrecha por medio del intercambio y las finanzas internacionales. En respuesta a la cambiante situación surgen nuevos convenios bilaterales y regionales, así como procesos de integración, como por ejemplo el europeo. Conformándose en el panorama mundial tres grandes bloques comerciales: el americano, el europeo y el asiático.

Este nuevo panorama exige un SMI que facilite las transacciones económicas y se instituya en un mecanismo de ajuste que disponga de una adecuada liquidez para proporcionar suficientes reservas a los países con déficit en su balanza de pagos. La nueva situación que de una manera formal se impone después de la quiebra de Bretton Woods es la de libertad para elegir el régimen cambiario. Según Frankel[23] «ningún régimen cambiario es el correcto para todos los países en todo momento».

Una mayoría de países han optado por un sistema de tipos de cambio flexibles. Durante las tres últimas décadas en funcionamiento el mismo ha mostrado algunas ventajas: su contribución a la libertad en la implementación de las políticas fiscal y monetaria y su capacidad para aislar a las economías nacionales de los sucesos económicos

---

[23] Véase FRANKEL, Jeffrey. «No single currency regime is right for all countries or at all times». *Essays in International Finance*, 1999, n.° 25, Princeton University.

exteriores.[24] Ese «satisfactorio» funcionamiento ha arrinconado cualquier iniciativa orientada a una reforma monetaria internacional. En términos generales, la experiencia de estos años de flexibilidad puede considerase aceptable, justificada en parte porque han funcionado como tipos de cambio relativamente fijos y relativamente flexibles. La flotación ha funcionado, en la práctica, como un sistema de tipos de cambio fijos con ampliabas bandas de fluctuación y revisiones frecuentes. Durante este periodo no se han producido devaluaciones competitivas ni los mercados han padecido crisis de funcionamiento ni la inflación se ha acelerado significativamente.

Pero el gran avance del SMI se produjo con la creación del Sistema Monetario Europeo (SME). El SME giraba inicialmente sobre el ECU: unidad monetaria compuesta por una cesta de monedas comunitarias sujeta a disposiciones técnicas que aseguraban el mantenimiento de una estabilidad ajustable entre sus monedas.

La primera etapa de este proceso comenzó en 1990 con la ratificación de los Estados miembros del nuevo Tratado que supuso eliminar las restricciones a los movimientos de capitales, al tiempo que se adoptaban programas de convergencia económica. La segunda etapa comenzó en 1994, cuando entra en funcionamiento el Banco Central Europeo con plena independencia, sustituyendo a su predecesor el Instituto Monetario Europeo. Finalmente, en 1999 se inicia la tercera etapa con el nacimiento del euro. En este momento se estableció un sistema de paridades fijas irrevocables entre las monedas nacionales y la moneda única. El uno de enero de 2002 comenzó a circular el euro. Mundell[25] señalaba que «la introducción del euro representará el cambio más drástico en el sistema monetario internacional».

---

[24] El tipo de cambio flexible funciona como estabilizador automático, evitando algunos de los efectos negativos de los *shocks* externos.

[25] Véase MUNDELL, Robert «The Euro and the stability of the International Monetary System». *Review Policy Essays*, 1999.

El SME ha perseguido crear una zona monetaria estable, con tipos de cambio asegurados por la intervención de los Bancos Centrales. Más allá de la estabilidad cambiaria, el SME sirve para reforzar la coordinación de la política económica y monetaria de los Estados miembros. Entre los objetivos prioritarios está el garantizar la estabilidad de precios y lograr la disciplina presupuestaria.

6.2. Reformas y desafíos del FMI

Tras las sucesivas crisis financieras de los mercados emergentes de los años noventa, sobre todo a partir de la crisis asiática, han surgido nuevos planteamientos del orden monetario internacional, la conocida «reforma de la arquitectura financiera internacional». En el intento de reducir el riesgo de sufrir futuras crisis y prevenirlas, los principales países industrializados han llevado a cabo diferentes esfuerzos de reforma encaminados a incrementar la disponibilidad de información de las condiciones económicas de los países emergentes y el fortalecimiento de sus sistemas financieros. Existe bastante literatura financiera especializada que analiza las causas y consecuencias de las recientes crisis y las propuestas de reforma del sistema financiero global.[26]

La reforma del sistema financiero internacional tiene implicaciones directas en las actividades y la organización del FMI. Las principales

---

[26] Algunos ejemplos son: KENEN, Peter B. «The Internacional Financial Architecture: What's new? What's missing?». *Institute for International Economics*, 2001, Washington, D. C.; EDWARDS, Sebastian, *Crisis and reform in Latin America: From Despair to Hope*. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 1995; ROUBINI, Nouriel y Brad SETSER. Bailouts or Bail-ins? Responding to financial crises in emerging economies. *Institute for International Economics*, 2004, Washington, D.C.; BUSTELO, P., C. GARCÍA e I. OLIVIÉ. *Crisis financieras en economías emergentes: enseñanzas de Asia Oriental*. Madrid: Ediciones Cooperación al Desarrollo, Agencia Española de Cooperación Internacional, 2000. BUSTELO, Pablo. «La construcción de una nueva arquitectura financiera internacional: progresos y propuestas». *Boletín Económico de Información Comercial Española*, n.° 2.642, 2000.

cuestiones relacionadas con la reforma del FMI que son objeto de debate público giran en torno a las cuatro siguientes controversias:[27]

6.2.1. El papel del Fondo como prestamista de última instancia

Como ya se indicó anteriormente, en los últimos treinta años la principal actividad del Fondo ha sido la de actuar como prestamista de última instancia, es decir, como institución multilateral a la que acuden los países en situaciones de emergencia de balanza de pagos para conseguir financiación. Los analistas más críticos defienden que este papel podría ser ejercido por el sector privado y el FMI debería actuar simplemente como coordinador, aconsejando a los inversores privados cuáles son los países con políticas sólidas y estables. Es decir, el Fondo debería especializarse en la función de supervisión del SMI.[28] No obstante, como respuestas a este argumento destacan, por un lado, el hecho de que la financiación del FMI es menos volátil y sensible a las condiciones económicas internacionales, en contraposición con la liquidez que puedan aportar los mercados de capital privado en situaciones de crisis. Por otro lado, también se defiende la mejor posición en que se encuentra el FMI para imponer la condicionalidad de los préstamos.

Otro argumento en contra de la presencia del FMI hace referencia al riesgo moral de la financiación que otorga,[29] es decir, algunos analistas defienden que la concesión de préstamos por parte del FMI anima a prestamistas y prestatarios a aceptar condiciones crediticias

---

[27] Siguiendo a VELASCO, Andrés y Emre DELIVELI. «El Fondo Monetario Internacional: Orígenes, objetivos, controversias y retos». *II Asamblea General del Club de Madrid: FMI y Democracia*. Madrid, 2003.

[28] Algunas estimaciones empíricas muestran cómo una elevada tasa de participación en los préstamos del Fondo reduce el crecimiento económico, véase el trabajo de BARRO, Robert y John-Wha LEE. «IMF programs: Who is chosen and what are the effects?». *Journal Monetary Economics,* 2005, vol. 52, Issue 7, pp. 1245-1269.

[29] Véase LANE, Timothy y Steven PHILLIPS. «¿Alienta el financiamiento del FMI la imprudencia de prestatarios y prestamistas?». *Temas de Economía del FMI*, 2002, n.º 28.

imprudentes al considerar que los recursos del Fondo garantizarán el mayor riesgo asumido en comparación al que estarían dispuestos a aceptar si la financiación no se concediera. No obstante, existen pocos estudios que analicen la existencia y, sobre todo, la magnitud de este fenómeno en el ámbito empírico. Las crisis financieras de la década de los noventa (México a finales de 1994 y principios de 1995, Asia en 1997 y Rusia en 1998, entre otras), que contaron con el apoyo económico del FMI, no aportan evidencia suficiente que permita concluir que las medidas adoptadas por el Fondo hayan conducido a una nueva etapa de intensificación del riesgo moral.

6.2.2. La propia estructura de gobierno de la institución

La mayor parte de las decisiones adoptadas por el Fondo requieren una mayoría de votos del 50%. Esto implica que se trata de una organización fuertemente dominada por los países ricos si se tiene en cuenta que sólo los Estados Unidos de América poseen más del 17% del total de los votos y que, junto con Alemania, Japón, Francia y el Reino Unido, reúnen alrededor del 40% de los votos. Por ello, se critica que las actuaciones de la institución respondan principalmente a los intereses de los países desarrollados.

6.2.3. La condicionalidad de los préstamos

Probablemente ésta sea la actuación del FMI que más controversia ha suscitado. Existen básicamente dos razones por las que se debería vincular la financiación del FMI a un conjunto de medidas correctoras. La primera y elemental es asegurarse el reembolso de la deuda y la segunda es evitar el riesgo moral mencionado anteriormente. Si los gobiernos de estos países saben que pueden acudir al Fondo en situaciones de crisis y dicha disponibilidad de recursos no impusiera compromisos, las autoridades competentes podrían verse incentivadas a actuar de forma irresponsable con políticas poco adecuadas a las condiciones económicas del país. No obstante, la condicionalidad de los préstamos impone importantes recortes de gasto nacional, tanto público como privado, y otras medidas poco populares y aceptadas por los agentes

económicos del país. A raíz de la crisis financiera asiática de 1997 (que afectó a Indonesia, Malasia, Tailandia y Corea del Sur).[30] La experiencia asiática ha abierto todo un debate en torno a la nueva orientación que el FMI debería adoptar en sus objetivos hacia los problemas de la balanza de pagos generados por la cuenta de capital[31] y la necesidad de adaptar sus programas de ajuste y de rescate a las condiciones económicas de cada país. Con relación a la creciente importancia de los flujos de capital como fuente de inestabilidad financiera, se observa cada vez más «un efecto contagio o efecto dominó» en economías aparentemente sólidas cuando se ven sacudidas por las crisis originadas en cualquier parte del mundo.[32] La vulnerabilidad de las economías, incluso las más fuertes y sólidas, ante situaciones de crisis alimenta la discusión sobre la necesidad de realizar reformas en el sistema financiero internacional. Recientemente, se ha revitalizado la propuesta de crear un impuesto uniforme para contener la especulación en las transacciones de divisas (conocido como «impuesto Tobin»).[33] Respecto a la adecuación de las medidas de reforma, se defiende que la condicionalidad no debería extenderse a cuestiones estructurales, sino limitarse a políticas macroeconómicas (fiscal, monetaria y tipos de cambio).

---

[30] Algunos economistas, entre ellos el premio Nobel de Economía Joseph E. Stiglitz, han defendido que si Malasia hubiera seguido en 1997 las recomendaciones del FMI habría destruido el tejido social creado en las cuatro décadas anteriores. De todos los países afectados, Malasia fue el único que no aceptó ayuda del FMI y su recesión fue la menos profunda y más corta. El éxito se debió, principalmente, al control de los flujos de salida que el gobierno impuso en los mercados de capitales.

[31] Los cambios repentinos en los flujos de capital y los ataques a los tipos de cambio se consideran las dos clases típicas de problemas de cuenta de capital.

[32] Esto es lo que ocurrió con la crisis financiera iniciada en un país pequeño como Tailandia y que afectó a Corea del Sur, una economía mucho más grande y desarrollada. Otro ejemplo del alto grado de globalización de los mercados de capitales es la repercusión que el desplome del rublo ruso tuvo sobre la especulación masiva originada sobre el real brasileño. Para un análisis más profundo véase KAMINSKY, Graciela L., Carmen REINHART y Carlos A. VÉGH. «The Unholy Trinity of Financial Contagion». *Journal of Economic Perspectives* 2003, n.° 17, pp. 51-74.

[33] Se trata de un impuesto reducido, del 0.1-0.5%, sobre todas las negociaciones realizadas en el mercado de divisas para reducir las transacciones a corto plazo. Sus defensores sostienen que tal medida podría contribuir a evitar crisis financieras originadas por ataques a los tipos de cambio, sin obstaculizar el comercio internacional.

6.2.4. El alcance de las actividades del Fondo

Como expusimos en la sección cuarta del presente capítulo, las actividades financieras actuales del Fondo se dirigen tanto a resolver problemas de balanza de pagos a corto plazo como a la concesión de préstamos a largo plazo a los países pobres. Existe una opinión generalizada entre la comunidad financiera internacional que defiende la especialización y división del trabajo de las instituciones. En este sentido, el FMI debería restringir sus préstamos a la provisión de liquidez a corto plazo y el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo deberían dedicarse a conceder préstamos a largo plazo a los países pobres para la reducción de la pobreza y otros objetivos.[34] Otra razón en defensa de las operaciones de corto plazo sería el uso eficiente de recursos escasos. Debido a que las necesidades de liquidez a corto plazo pueden ser muy elevadas ante una situación de crisis por cuenta de capital (por ejemplo, por una fuga repentina de capitales), tal y como han demostrado las operaciones de rescate del FMI de los años noventa, se hace necesaria una concentración de los recursos disponibles para resolver problemas temporales.

No obstante, existe otro grupo de analistas, preocupados por la situación de pobreza del mundo en desarrollo, que defiende el compromiso del FMI hacia estos países.[35] La asistencia de carácter concesionario a los países pobres debe de ser un elemento esencial. La persistencia de la pobreza muestra que es necesario redoblar los esfuerzos. Es cometido del FMI colaborar estrechamente con el Banco Mundial y con los gobiernos nacionales para establecer un nuevo enfoque que refuerce los vínculos entre la reducción de la pobreza y el crecimiento económico.

---

[34] Véase el informe de la Comisión Meltzer presentado en marzo de 2000 al Senado de los Estados Unidos de América.

[35] Al respecto, HERDEGEN, Matthias. *Derecho Económico Internacional*. München: Thomson-Civitas, 2003.

BIBLIOGRAFÍA

BARRO, R.y J. WHA LEE
2005 «IMF programs: Who is chosen and what are the effects?». *Journal Monetary Economics,* vol. 52, issue 7, pp. 1245-1269.

BUSTELO, P.
2000 «La construcción de una nueva arquitectura financiera internacional: progresos y propuestas». *Boletín Económico de Información Comercial Española,* n.º 2.642.

BUSTELO, P., C. GARCÍA y I. OLIVIÉ
2000 *Crisis financieras en economías emergentes: enseñanzas de Asia oriental*. Madrid: Ediciones Cooperación al Desarrollo, Agencia Española de Cooperación Internacional.

CEÑA, C., M. VARELA y J. ZAMORANO
1994 «La condicionalidad en el Fondo Monetario Internacional». En *El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la economía española.* Madrid: Ediciones Pirámide, 1994, capítulo 8.

CUENCA GARCÍA, E.
2004 *Organización Económica Internacional.* Madrid: Prentice Hall.

DE RATO FIGAREDO, R.
2006 «La evolución de la arquitectura financiera internacional y la función del FMI». *Información comercial Española,* n.º 827, pp. 9-15.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.
2006 *Las Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.

EDWARDS, S.
1995 *Crisis and reform in Latin America: From Despair to Hope*. Oxford: U.K. Oxford University Press.

FRANKEL, J.
1999 «No single Currency Regime is Right for All Countries or At All times». Essays in International Finance, n.º 25, Princeton, University.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL
1993 *Manual de Balanza de Pagos*. Quinta edición. FMI: Washington.

2000 «Los regímenes cambiarios en el contexto de la creciente integración de la economía mundial». *Estudios temáticos del FMI,* junio.

2006 «El FMI en Foco». *Suplemento del Boletín del FMI,* septiembre, vol. 35.

GALINDO LUCAS, A.
2006 «Pasado, presente y futuro del Fondo Monetario Internacional». *Centro Argentino, Working Paper - Programa Organismos Internacionales.*

GARCÍA ESCOBAR, Á.
1998 «La globalización de la economía y el sistema Monetario internacional». *Estudios gerenciales*, n.º 69, pp. 29-36.

GRANELL, F.
1994 «La convergencia FMI/Banco Mundial ante los problemas en desarrollo». En *El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la economía española.* Madrid: Ediciones Pirámide, capítulo 3.

HERDEGEN, M.
2003 *Derecho Económico Internacional*. Müchen: Thomson-Civitas.

KAMINSKY, G. L., C. M. REINHART y C. A. VÉGH
2003 «The Unholy Trinity of financial contagion». *Journal of Economic Perspectives*, n.º 17, pp. 51-74.

Kenen, P. B.
2001 The International Financial Architecture: What's new? What's missing? *Institute for International Economics*. Washington, D. C.

Lane, T. y S. Phillips
2002 ¿Alienta el financiamiento del FMI la imprudencia de prestatarios y prestamistas? *Temas de Economía del FMI*, n.º 28.

Mundell, R.
1999 «The Euro and the Stability of the International Monetary System». *Review Policy Essay*s, Columbia University, enero.

Oficina de Evaluación Independiente, <http://www.Imf.Org/Oei>

Rivero, L.
1996 «Los cambios del sistema monetario internacional (1945-1980)». *Revista economía*, n.º 11, pp. 149-164.

Roubini, N. y B. Setser
2004 «Bailouts or Bail-ins? Responding to financial crises in emerging economies». *Institute for International Economics*. Washington, D. C.

Varela, M. (coord.)
1994 *El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la economía española.* Madrid: Pirámide.

Velasco, A. y E. Deliveli
2003 «El Fondo Monetario Internacional: orígenes, objetivos, controversias y retos». En *II Asamblea General del Club de Madrid: FMI y Democracia*. Madrid.

El Banco Interamericano de Desarrollo

Miguel Ángel Elizalde Carranza

El Banco Interamericano de Desarrollo

Miguel Ángel Elizalde Carranza

Sumario: 1. Introducción.— 2. Aspectos generales.— 2.1. Los países miembros del BID.— 2.2. La misión, los objetivos y las áreas prioritarias del Banco.— 2.3. Las funciones del Banco.— 2.4. Los recursos del Banco.— 2.5. Los Fondos en Administración.— 3. Las operaciones.— 3.1. La clasificación de las operaciones.— 3.2. Los préstamos y garantías.— 3.3. El cumplimiento de los compromisos en caso de mora.— 3.4. Distribución de utilidades.— 4. Estructura y administración.— 4.1. La Asamblea de Gobernadores.— 4.2. El Directorio Ejecutivo.— 4.2.1. Los comités de apoyo creados por el Directorio Ejecutivo.— 4.3. El poder de voto.— 4.4. Presidente, Vicepresidente Ejecutivo y personal.— 4.4.1. El Presidente del Banco.— 4.4.2. El Vicepresidente Ejecutivo del Banco.— 4.4.3. El personal del Banco.— 4.5. Las inmunidades y los privilegios del BID y de sus funcionarios.— 5. El retiro y la suspensión de países miembros.— 6. La suspensión y terminación de operaciones.— 6.1. La responsabilidad de los países miembros y la forma de pagar las deudas.— 6.2. La forma de realizar la distribución de activos.— 7. Los mecanismos para la solución de diferencias.— 7.1. Diferencias entre miembros o un país miembro y el Banco.— 7.2. El Mecanismo de Investigación Independiente.— 7.3. El Tribunal Administrativo del BID.—

1. Introducción

La primera vez que se discutió acerca de la necesidad de establecer una institución para financiar el desarrollo de los países latinoamericanos y del Caribe fue en la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos de 1889-1890. Años después (1948, 1950, 1954, 1957) hubo nuevas propuestas en este mismo sentido, pero ninguna prosperó ya

que enfrentaron la resistencia de Estados Unidos que argumentaba que las instituciones existentes, en particular el Banco Internacional de Reconstrucción (Banco Mundial), podía proveer el financiamiento necesario. Sin embargo, los países latinoamericanos y del Caribe consideraban que el apoyo financiero aportado por la citada institución era limitado y condicional al cumplimiento de requisitos demasiado rígidos. Además, criticaban que sus necesidades, como región, no eran debidamente atendidas ni sus opiniones consideradas en las instituciones existentes.[1] Por está razón, los intentos no cesaron y, en 1958, el entonces presidente de Brasil, Juscelino Kubitschek, propuso nuevamente la creación de una institución financiera multilateral para impulsar el desarrollo de los países la región.[2] El 8 de abril de 1959, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), se firmó el convenio constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que entraría en vigor el 30 de diciembre de ese mismo año.[3] El BID fue el primer banco regional de desarrollo y, como tal, ha servido de inspiración para que otras regiones establecieran instituciones similares.[4]

Actualmente, el BID representa la principal fuente de financiamiento multilateral para favorecer el desarrollo de América Latina y el Caribe. Desde 1959 hasta 2006, el BID ha aprobado préstamos por valor de

---

1 BLOCH, H. «Regional Development Financing». *International Organization*, vol. 22, n.º 1, 1968, pp. 186-188.

2 TOMASSINI, Luciano. «La visión de Felipe Herrera: más que un banco». En Carlos Brezina (ed.). *Banco Interamericano de Desarrollo: Más que un Banco.* Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 1999, pp. 1-58, en especial p. 11. Véase también AVALLE, O. «The Multilateral Development Banks in Latin America and the Caribbean Region». *Vermont Journal of Environmental Law,* vol. 6, 2004-2005, p. 8.

3 Convenio constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, hecho en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 8 de abril de 1959, en vigor desde el 30 de diciembre de 1959 (en lo sucesivo: El convenio constitutivo del BID). Disponible en línea en: <http://www.iadb.org>.

4 SCHEMAN, L. R. «Banking on Growth: The Role of the Inter-American Development Bank». *Journal of Interamerican Studies and World Affairs,* vol. 39, n.º 1, 1997, p. 86.

$145.000 millones de dólares,[5] garantías para financiar proyectos por valor de $336.000 millones de dólares, y ha realizado donaciones y financiamiento concesional para programas de cooperación técnica por valor de $2.200 millones de dólares.[6]

El grupo BID está integrado por el Banco Interamericano de Desarrollo, la Corporación Interamericana de Inversiones (CII) y el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN). La CII tiene por objetivo principal promover el desarrollo económico de sus países miembros regionales de forma complementaria a las actividades del Banco aportando financiamiento para estimular al establecimiento, ampliación y modernización de empresas privadas, en particular las pequeñas y medianas empresas mayoritariamente propiedad de nacionales de América Latina y del Caribe.[7] Por su parte, el FOMIN busca fomentar el desarrollo de las pequeñas y micro-empresas por medio de donaciones e inversiones. Para lograr este objetivo, promueve las inversiones privadas, el desarrollo de los recursos humanos y la mejora de las capacidades técnicas de los países de la región.[8]

---

5 En este capítulo toda referencia a la moneda «dólar» debe entenderse como dólar de los Estados Unidos de América.

6 BID, *Informe anual 2006*. Washington: Sección de información pública y publicaciones de la oficina de relaciones externas del BID, 2007, p. 44 (en lo sucesivo: Informe anual 2006).

7 Véase el artículo I del convenio constitutivo de la Corporación Interamericana de Inversiones, hecho en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 19 de noviembre de 1984, en vigor desde el 23 de marzo de 1986. Este convenio ha sido modificado por resoluciones que entraron en vigor el 3 de octubre de 1995, el 4 de julio de 2001 y el 12 de junio de 2002.

8 Artículos I y III, secciones 2-4, del convenio constitutivo del Fondo Multilateral de Inversiones, hecho en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 11 de febrero de 1992. De conformidad con el artículo V, sección 2 de este acuerdo, la vigencia del FOMIN estaba prevista que fuera de 10 años, prorrogables a 5 años más. No obstante, dado que sus operaciones siguen siendo consideradas necesarias, los países miembros adoptaron el FOMIN II para que opere hasta el 2015 (prorrogable hasta el 2020). Véase el acuerdo constitutivo del Fondo Multilateral de Inversiones II, hecho en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 9 de abril de 2005.

El objetivo de este capítulo es describir los aspectos más importantes del funcionamiento del BID. Para lograr este fin, el capítulo está divido en seis apartados. En el primer apartado se identifican algunos aspectos generales del Banco, tales como la sus países miembros, su misión, sus objetivos, sus funciones y los recursos con que cuenta. En el segundo apartado se describen las operaciones del Banco, en concreto las operaciones de préstamo y garantías. El tercer apartado se ocupa de describir su estructura institucional y algunos aspectos de administración. En el cuarto apartado se comenta sobre las diferentes formas en que un país puede perder la calidad de miembro del BID. La suspensión y terminación de las operaciones del Banco es el tema central del quinto apartado. Por último, en el sexto apartado se describen los mecanismos utilizados para resolver los distintos tipos de diferencias que pueden surgir en torno a las operaciones del Banco.

2. ASPECTOS GENERALES

El BID tiene su oficina principal en Washington, D. C., Estados Unidos de América; cuenta con personalidad jurídica y puede celebrar acuerdos con otras instituciones siempre y cuando el fin de los acuerdos sea compatible con las disposiciones de su acuerdo constitutivo.[9]

2.1. Los países miembros del BID

Los miembros fundadores del BID fueron los miembros de la OEA que hasta antes de la entrada en vigor del convenio constitutivo manifestaron formalmente su voluntad de participar y vincularse a la institución. El convenio constitutivo del BID estableció que los demás miembros de la OEA y Canadá, Bahamas y Guayana podrían ser aceptados como miembros en las fechas y conforme a las condiciones que el Banco conviniera; así como otros países extrarregionales que fueran miembros del Fondo Monetario Internacional, y Suiza en los términos

[9] Artículo XIV del convenio constitutivo del BID.

establecidos por la Asamblea de Gobernadores.[10] Bajo estas normas, en sus inicios el BID estaba integrado por diecinueve países latinoamericanos y del Caribe, y además con Estados Unidos.[11] Poco tiempo después, Canadá y ocho países de la OEA ingresaron como miembros del BID. A éstos les siguieron, en 1974, doce países y, en 1976, diecisiete más, entre los que se encontraban países europeos, Israel y Japón.[12] Actualmente, el BID cuenta con 47 países miembros. Es importante mencionar que, de entre todos los miembros del BID, los países miembros latinoamericanos y del Caribe en vías de desarrollo son principales destinatarios del financiamiento del Banco. Además de éstos, solamente los países miembros del Banco del Caribe pueden beneficiarse de los recursos del BID.

2.2. La misión, los objetivos y las áreas prioritarias del Banco

El BID es una institución multilateral de carácter financiero cuya misión principal es contribuir a acelerar el desarrollo en sentido amplio, comprendiendo tanto los aspectos económicos y sociales, en lo individual y colectivo, de los países miembros latinoamericanos y del Caribe en vías de desarrollo.[13] Como se puede apreciar, el BID adoptó una concepción multifuncional del desarrollo, poco habitual en su época,[14] abordándolo como un fenómeno social compuesto, en el que se reconoce la importancia no sólo de favorecer el crecimiento económico, sino también de impulsar el logro de otras metas sociales.

El Banco pretende cumplir con su misión enfocándose en dos objetivos considerados fundamentales: el crecimiento económico sustentable,

---

[10] Artículo II.1

[11] Además de Estados Unidos fueron miembros fundadores del BID: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, la República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

[12] Cuenca García, E. *Organización económica internacional*. Madrid: Pearson Educación S.A., 2004, p. 186.

[13] Artículo I.1 del convenio constitutivo del BID.

[14] Cuenca García, *ob. cit.*, p. 163.

y la reducción de la pobreza y promoción de la equidad social.[15] La estrategia de crecimiento económico sustentable del Banco está destinada a favorecer el aumento de los índices de crecimiento del PIB *per capita* y la renta de los países prestatarios, bajo condiciones que mejoren la calidad de vida de sus habitantes, reduzcan la pobreza y preserven o mejoren la base de los recursos naturales.[16] La estrategia reducción de la pobreza y promoción de la equidad social pretende lograr un sustantivo avance en la disminución de la pobreza, abordando las causas que la originan y promoviendo la inclusión y equidad social, para mejorar las condiciones de vida de la población más pobre.[17]

Adicionalmente, el Banco ha identificado y elaborado estrategias particulares para algunas áreas concretas consideradas prioritarias para el logro de sus objetivos: la modernización del Estado, la competitividad, el desarrollo social, y la integración regional. En este contexto, el medio ambiente se aborda como un aspecto de carácter transversal. La estrategia de modernización del Estado está orientada a consolidar el Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática, considerados elementos esenciales para favorecer el crecimiento económico sustentable, y la reducción de la pobreza y la equidad social.[18] La estrategia de competitividad tiene por objetivo ayudar a mejorar el entorno económico e institucional de los países miembros promoviendo el desarrollo sostenible de la actividad económica y aumentando la productividad. Esta estrategia se centra en corregir o compensar las fallas existentes en el funcionamiento de los mercados para lograr la competitividad

---

[15] El Banco debe destinar al menos el 50 por ciento de sus operaciones y como mínimo el 40 por ciento de sus recursos a programas dirigidos a mejorar la equidad social y a mejorar las condiciones de vida de las personas con más bajos ingresos en áreas como la salud, la educación, el agua y la vivienda.

[16] BID. *Crecimiento económico sustentable: documento de estrategia*. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

[17] BID. *Reducción de la pobreza y promoción de la equidad social: documento de estrategia*. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

[18] BID. *Modernización del Estado: documento de estrategia*. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., julio de 2003.

del sector privado, incluidas las micro, pequeña y mediana empresas.[19] La estrategia de desarrollo social está destinada a acelerar el progreso social de los países miembros fomentando entornos sociales propicios para el bienestar de su población, dando prioridad a la reducción de la pobreza y la desigualdad de oportunidades.[20] Finalmente, la estrategia de integración regional busca guiar el apoyo del Banco para la creación de bienes públicos regionales, particularmente la integración y el comercio, y la cooperación regional. Las líneas prioritarias de acción son, entre otras, la consolidación de mercados regionales bajo un sistema de apertura comercial, la promoción de infraestructura regional, y el fortalecimiento de instituciones relacionadas con el proceso de integración.[21]

Conviene mencionar que, en respuesta a la crisis de credibilidad que en los últimos años ha afectado a las principales instituciones financieras internacionales por haber recomendado la aplicación de medidas económicas homogéneas a países heterogéneos y con problemas económicos distintos, en algunos casos con graves consecuencias sociales y económicas;[22] en diciembre del 2006, el BID redefinió su modelo organizacional con la finalidad de fortalecer su capacidad estratégica y aumentar la efectividad de sus operaciones en el desarrollo de la región mediante un mayor enfoque de país y un mejor conocimiento de los sectores con los que se trabaja.[23] Este nuevo enfoque parte de la premisa de que cada país tiene problemas de desarrollo propios y pluridimensionales, que superan los aspectos estrictamente económicos.[24]

---

[19] BID. *Competitividad: documento de estrategia*. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

[20] BID. *Desarrollo social: documento de estrategia*. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

[21] BID. *Integración regional: documento de estrategia*. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

[22] Véase Stiglitz, J. E. *El malestar de la globalización*. Traducido por Carlos Rodríguez B. Madrid: Satillana Ediciones, 2006, p. 51.

[23] Moreno, L. A. «Promoting Economic Opportunity in the Americas: IDB's Role». *Law and Business Review of the Americas*, vol. 12, 2006, p. 147.

[24] BID, *Informe anual 2006 . . ., ob. cit*., p. 15.

2.3. Las funciones del Banco

Para lograr su objetivo, el BID realiza varias funciones: promueve la inversión de capitales públicos y privados para fines de desarrollo; aporta financiamiento de proyectos que favorezcan el desarrollo de los países miembros; estimula la inversión del sector privado en proyectos, empresas y actividades que favorezcan el desarrollo económico y complementa las inversiones privadas cuando no hubiere capitales particulares disponibles en términos y condiciones razonables; coopera con los países miembros para orientar su política de desarrollo hacia una mejor utilización de los recursos; promueve y aporta asistencia técnica para la preparación, financiamiento y ejecución de planes y proyectos de desarrollo; y cooperara con el sector privado y con otras instituciones nacionales e internacionales.[25]

2.4. Los recursos del Banco

Los recursos del Banco se dividen en recursos ordinarios y recursos especiales del Fondo para Operaciones Especiales. Los denominados recursos ordinarios de capital cubren la mayor parte de las operaciones que realiza el Banco, y comprenden el capital ordinario suscrito y pagado por los miembros, todos los fondos obtenidos en préstamo en los mercados internacionales, los reembolsos de préstamos y otros fondos relacionados. Originalmente, el capital ordinario autorizado era de $850 (ochocientos cincuenta) millones de dólares,[26] dividido en 85.000 acciones cada una con un valor nominal de 10. 000 (diez mil) dólares cada una. Para atender a las crecientes necesidades de los países miembros de la región, los recursos ordinarios de capital se han aumentando en ocho ocasiones distintitas, la última en 1994, hasta alcanzar a los $101.000 (ciento un mil) millones de dólares que conforman el total de los recursos ordinarios en la actualidad. Los países miembros aportan directamente aproximadamente el 4,3 por ciento de este monto.

---

[25] Artículo I, sección 2 del convenio constitutivo del BID.

[26] «Organization of American States». En *International Organization*, vol. 13, n.º 4, 1959, p. 660.

El monto restante, es decir, el 95,7 por ciento de los recursos ordinarios, se conforma por capital exigible, garantizado por los países miembros.[27]

Los aumentos de capital deben ser autorizados por votación en la Asamblea de Gobernadores del Banco. En virtud de que el número de acciones es proporcional al número de votos que cada miembro tiene, cuando se autorizan aumentos de capital todos los países tienen derecho a una cuota del aumento de acciones equivalente a la proporción de acciones hasta entonces suscritas guarden con el capital total del Banco, pero en ningún caso están obligados a participar en las contribuciones asociadas al aumento de capital.

Por su parte, los recursos especiales son aquellos que componen el Fondo para Operaciones Especiales, establecido por el convenio constitutivo del Banco para realizar préstamos a países o para algunos proyectos que presentan circunstancias especiales; es decir, para operaciones cuyos riesgos normalmente serían consideradas inaceptables por un Banco.[28] Por norma general, los recursos del Fondo se utilizan para apoyar las economías menos desarrolladas de la región o para asistir al Banco de Desarrollo del Caribe para que financie proyectos en países que no son miembros del BID.[29] El Fondo se nutre esencialmente de las contribuciones de los países miembros, de todos los fondos provenientes de los empréstitos y por los montos que se reciben en concepto de reembolso de préstamos realizados con sus recursos. Los recursos iniciales fueron de $150 (ciento cincuenta) millones de dólares.[30]

---

[27] BID, Recursos Financieros. Disponible en línea en: <http://www.iadb.org> (última visita el 2 de diciembre de 2007).

[28] «Organization of American States». *International Organization,* vol. 13, n.º 4, 1959, p. 660.

[29] El Banco de Desarrollo del Caribe se estableció el 18 de octubre de 1969 con el propósito de contribuir al crecimiento y desarrollo económico de los países miembros del Caribe. Véase Avalle, O. «The Multilateral Development Banks in Latin America and the Caribbean Region». *Vermont Journal of Environmental Law,* vol. 6, 2004-2005, p. 10.

[30] «Organization of American States». *International Organization,* vol. 13, n.º 4, 1959, p. 660.

No obstante, al igual que sucede con los recursos ordinarios, la Asamblea de Gobernadores puede decidir aumentar los recursos del Fondo a través de contribuciones adicionales de los miembros. Aquí también, todos los países tienen derecho, aunque no están obligados contribuir, a una cuota del aumento de de recursos de acuerdo con la proporción entre la cuota vigente de cada país y el total de los recursos del Fondo aportados por los miembros. De este modo, el Fondo ha aumentado sus recursos y en la actualidad cuenta con $10.000 (diez mil) millones de dólares en cuotas de contribución pagadas de los países miembros.[31]

Conviene observar que, cuando se reduce la paridad de la moneda de un país miembro en el Fondo Monetario Internacional o, cuando en opinión del Banco, el valor de cambio de una moneda sufra una depreciación significativa, los países miembros deben aportar al Banco una cantidad adicional de su propia moneda que sea suficiente para mantener el valor de toda la moneda del miembro en poder del Banco, ya sea ésta parte de los recursos ordinarios o del Fondo. Del mismo modo, si el Fondo Monetario Internacional aumenta la paridad de la moneda de un país miembro o cuando el valor de ésta aumente significativamente, el Banco deberá devolver al país miembro que haya realizado aportaciones en esa moneda una cantidad equivalente al aumento de valor del monto de esa moneda que el Banco tenga en su poder.

2.5. Los Fondos en Administración

El Banco administra aproximadamente 50 fondos fiduciarios establecidos a través de donaciones cuyo objetivo principal es apoyar a los países miembros prestatarios aportándoles servicios de consultoría, capacitación y cofinanciamiento de préstamos del Banco. Este tipo de fondos constituyen la principal fuente de financiamiento de proyectos de cooperación técnica no reembolsables del BID.[32]

---

[31] BID, Recursos Financieros. Disponible en línea en: <Http://www.iadb.org> (última visita el 2 de diciembre de 2007).

[32] BID. *Informe anual 2006.* Washington: Sección de información público y publicaciones de la oficina de relaciones externas del BID, 2007, p. 53. Este informe está disponible en línea en: <Http://www.iadb.org>.

3. Las operaciones

3.1. Clasificación de las operaciones

Las operaciones del Banco están divididas en operaciones ordinarias y operaciones especiales. Las operaciones ordinarias son aquellas financiadas con los recursos ordinarios y consisten en préstamos o garantías que sean reembolsables únicamente en la moneda o monedas en que los préstamos se hayan realizado. Por su parte, las operaciones especiales son financiadas con los recursos del Fondo y son reembolsadas total o parcialmente en la moneda del país en cuyo territorio se realiza el proyecto. La parte del préstamo no reembolsada en esa moneda se paga en la moneda o monedas en que se efectuó el préstamo.[33]

En lo que concierne a la utilización de sus recursos, el Banco trabaja con base en el principio básico de separación. En otras palabras, los recursos ordinarios en ningún caso pueden ser utilizados para cubrir obligaciones, compromisos o pérdidas por operaciones que utilicen recursos del Fondo. El Banco lleva estados de cuenta independientes para las operaciones ordinarias y las operaciones especiales. Del mismo modo, los gastos de las operaciones ordinarias se cubren con los recursos ordinarios y los gastos de las operaciones especiales con los recursos del Fondo.[34]

3.2. Los préstamos y garantías

Una de las funciones básicas del Banco en su calidad de entidad financiera multilateral es realizar o garantizar préstamos en favor de sus países miembros, a cualquiera de sus subdivisiones políticas, órganos gubernamentales, o empresas en su territorio, así como al Banco de Desarrollo del Caribe. Esto lo puede realizar a través de préstamos directos o aportando una parte de ellos con recursos ordinarios o especiales libres de gravamen y con sus utilidades no distribuidas y reservas;

---

[33] Artículo III, sección 2 del convenio constitutivo del BID.
[34] Artículo III, sección 3 del convenio constitutivo del BID.

o con fondos adquiridos por el Banco en los mercados de capitales o que haya obtenido en concepto de préstamo u otros medios, con el objetivo de ser incorporados al capital ordinario o a los recursos del Fondo.[35] El Banco también puede garantizar con los recursos ordinarios o del Fondo, ya sea total o parcialmente, préstamos realizados por el sector privado.[36]

Para que el Banco pueda efectuar o garantizar un préstamo, los interesados deben someter una solicitud detallada que sirve a los funcionarios de la institución para emitir un informe por escrito valorando la conveniencia de la propuesta. Cuando los beneficiarios de un préstamo así lo soliciten, el Banco puede facilitar asistencia y asesoramiento técnico en la preparación, financiamiento y ejecución de planes y proyectos; así como para la formación y entrenamiento del personal que habrá de prepáralos y ejecutarlos.[37] Al examinar la solicitud, el Banco toma en cuenta, entre otras cosas, si el prestatario tiene capacidad para obtener financiamiento de fuentes privadas en condiciones razonables, si el prestatario está en condiciones de cumplir con las obligaciones relacionadas con el préstamo, si la tasa de interés y el plan de amortización son adecuados para el proyecto. Más aún, en los casos en que el Banco garantice préstamos efectuados por otros inversores, debe asegurarse de recibir una compensación adecuada por los riesgos en que incurre.[38]

---

[35] Las operaciones de préstamos y garantías tienen la limitación de que no pueden exceder el total del capital ordinario, libre de gravámenes, las utilidades no distribuidas y reservas. En los casos en que la operación se haya efectuado con fondos de empréstitos obtenidos por el Banco, el total adeudado al Banco en una moneda determinada no podrán exceder el monto del empréstito que el Banco haya obtenido. Véase el artículo III, sección 5 del convenio constitutivo del BID.

[36] Artículo III, sección 4 del convenio constitutivo del BID.

[37] Para tal efecto, el Banco está autorizado para celebrar acuerdos de asistencia técnica con otras instituciones nacionales o internacionales, ya sean éstas públicas o privadas.

[38] Artículo III, sección 7 del convenio constitutivo del BID.

Las operaciones de préstamo o garantía del Banco, por norma general, están dirigidas a financiar proyectos específicos, incluidos entre éstos aquéllos que formen parte de un programa nacional o regional de desarrollo de los países miembros. No obstante, al Banco le está permitido realizar o garantizar préstamos globales a instituciones de fomento o agencias similares de los países miembros con la finalidad de que éstas financien proyectos específicos que no sean suficientemente grandes como para requerir la intervención directa del Banco. En cualquier caso, el Banco no puede conceder financiamiento a una empresa que se localice dentro del territorio de un país miembro si éste se opone a tal operación.[39]

En los contratos de préstamo del Banco se especifican los términos y condiciones relativos al pago de capital, intereses y otros cargos, así como las fechas de vencimiento y el calendario de pagos, y la moneda en la que se deberán hacer los pagos. Cuando el Banco garantiza un préstamo cobra un derecho de garantía a una tasa por éste libremente determinada, que cobra periódicamente sobre el saldo pendiente del préstamo. Adicionalmente, el Banco cobra una comisión especial en todas las operaciones de préstamos o garantías realizadas con los recursos ordinarios. El monto recaudado por este concepto se destina a una reserva especial con la que el Banco, en caso de mora, cubre sus compromisos por concepto de empréstitos adquiridos en los mercados de capitales o garantías de préstamos realizados por el sector privado.[40]

3.3. El cumplimiento de los compromisos en caso de mora

Los pagos que deba realizar el Banco en relación con empréstitos o garantías en operaciones ordinarias se cubren, en primer lugar, con los recursos de la reserva especial a la que nos hemos referido antes; y, en segundo lugar, con cargo a otras reservas, utilidades no distribuidas y fondos relativos a capital pagado por acciones del capital ordinario.[41]

---

[39] Artículo III, sección 7 del convenio constitutivo del BID.
[40] Artículo III, secciones 11-13.
[41] Artículo VII, sección 3.

Cuando en alguna operación ordinaria se hace necesario realizar pagos contractuales de amortizaciones, intereses u otros cargos sobre empréstitos o para cumplir con pagos similares sobre préstamos garantizados, el Banco puede requerir a los países miembros el pago de una cantidad de sus suscripciones exigibles de capital ordinario. En los casos en que la situación de mora puede ser prolongada, el Banco está facultado para exigir el pago de una cantidad adicional de suscripciones de los miembros, aunque hasta un cierto límite. Esto recursos sirven al Banco para liquidar parte o la totalidad de los préstamos garantizados con recursos ordinarios y respecto al cual el deudor esté en estado de incumplimiento, o a cumplir de otro modo con sus obligaciones respecto a tal préstamo. Asimismo, estos recursos podrán destinarse a readquirir total o parcialmente las obligaciones emitidas por el Banco pagaderas con sus recursos ordinarios, que estuvieren pendientes, o a cumplir de otro modo con sus obligaciones respecto a tales compromisos.[42]

Por otra parte, en las operaciones especiales, los recursos y las reservas del Fondo constituyen el límite de la responsabilidad financiera del Banco; mientras que la responsabilidad de los miembros queda limitada a la parte que no han pagado de sus cuotas exigibles. Adicionalmente, cuando el Fondo haya obtenido empréstitos para incluirlos como parte de sus recursos, los pagos para cumplir con los compromisos relacionados a éstos se cubren con las reservas establecidas para este propósito o con otros recursos disponibles del Fondo.[43] Esta es un reflejo del principio de separación de los recursos del Banco al que ya hemos hecho referencia.

3.4. Distribución de utilidades

Como hemos podido apreciar, el BID funciona en muchos aspectos como lo hace la Banca privada, sus operaciones generan beneficios y, en algunos casos, perdidas. Los miembros del BID son sus accionistas

---

[42] Artículo VII, sección 3 del convenio constitutivo del BID.
[43] Artículo IV, secciones 5 y 7.

o, si se prefiere, sus propietarios y tienen derecho a recibir una parte de los beneficios que generan las operaciones del Banco. La Asamblea de Gobernadores del Banco determina periódicamente la distribución de las utilidades netas corrientes de los recursos ordinarios o del Fondo que se encuentren acumuladas. La Asamblea de Gobernadores goza de total discrecionalidad para determinar si las reservas han llegado a un nivel adecuado para realizar la distribución de utilidades sin que se ponga en riesgo las operaciones y normal funcionamiento del Banco. La distribución de utilidades se efectúa en proporción al número de acciones de capital ordinario o de la contribución a los recursos del Fondo de de cada uno de los miembros, según corresponda. Con el fin de mantener informados a los países miembros, el Banco tiene la obligación de publicar anualmente un informe sobre el estado de cuentas de las operaciones ordinarias y especiales, por separado, revisado por auditores y, cada tres meses, debe hacer llegar a los países miembros un resumen de su posición financiera y un estado de las ganancias y las perdidas relativas a operaciones ordinarias y especiales, también por separado.[44]

4. Estructura y administración

La estructura del Banco está compuesta por una Asamblea de Gobernadores, un Directorio Ejecutivo, un Presidente, un Vicepresidente del Banco, un Vicepresidente a cargo del Fondo y otros funcionarios y empleados considerados necesarios.

4.1. La Asamblea de Gobernadores

Todas las facultades del Banco residen en la Asamblea de Gobernadores, que constituye su máxima autoridad. Para ser representado en ésta, cada país nombra un gobernador, con frecuencia es el Ministro de Finanzas de cada país, y un suplemente que duran en su cargo por

[44] Artículo VII, sección 4 del convenio constitutivo del BID.

periodos de cinco años prorrogables. Los suplentes no gozan de derecho a votar a menos que el titular se encuentre ausente. De entre los gobernadores nombrados por los países miembros, la Asamblea elige a uno para que ostente el cargo de Presidente hasta la siguiente reunión ordinaria. Por norma general, la Asamblea de Gobernadores está autorizada para delegar en el Directorio Ejecutivo todas sus facultades, aunque existen algunas excepciones y siempre conserva plena autoridad sobre sus facultades. Por ejemplo, son facultades indelegables de la Asamblea, entre otras, la admisión de nuevos miembros; el aumento o disminución del capital ordinario autorizado del Banco y las contribuciones al Fondo; la elección de su Presidente; la suspensión de algún país miembro; fijar la remuneración del Presidente, de los Directores Ejecutivos y sus suplentes; aprobar el balance general y el estado de ganancias y pérdidas del Banco; determinar las reservas y la distribución de las utilidades netas de los recursos ordinarios y del Fondo; modificar el Convenio constitutivo del Banco; y decidir las terminación de las operaciones del Banco y la distribución de sus activos.[45]

La Asamblea de Gobernadores se reúne una vez por año, pero puede reunirse las veces que así lo considere conveniente o cuando lo convoque el Directorio Ejecutivo en respuesta a la solicitud de al menos cinco miembros del Banco o de un número de miembros que represente una cuarta parte de la totalidad de los votos de los países miembros.[46] Para que exista quórum en las reuniones de la Asamblea de Gobernadores se exige la presencia de la mayoría absoluta de los gobernadores, que incluya la mayoría absoluta de los gobernadores de los miembros regionales y que represente por lo menos tres cuartos de la totalidad de los votos de los países miembros. [47]

---

[45] Artículo VIII, sección 2.

[46] Además, cuando lo estime necesario, la Asamblea de Gobernadores puede establecer procedimientos para que el Directorio Ejecutivo someta un asunto a votación de los gobernadores sin que sea necesario convocar a una reunión de la Asamblea.

[47] Artículo VIII, sección 2 del convenio constitutivo del BID.

La elaboración de normas y reglamentos necesarios para el adecuado funcionamiento del Banco es una competencia de la Asamblea de Gobernadores y, en la medida en que esté autorizado, del Directorio Ejecutivo.

4.2. El Directorio Ejecutivo

La conducción de las operaciones del Banco recae en el Directorio Ejecutivo, compuesto de 14 Directores Ejecutivos que representan a los 47 países miembros de la institución, con base en las facultades que le hayan sido delegadas por la Asamblea de Gobernadores. Los directores ejecutivos del Banco deben ser personas de reconocida capacidad y de amplia experiencia en asuntos económicos y financieros. Además, está prohibido que una misma persona ostente simultáneamente el cargo de director ejecutivo y de gobernador. El convenio constitutivo del Banco establece normas precisas para la designación de directores ejecutivos. El país miembro que posea el mayor número de acciones del Banco designa un director ejecutivo; no menos de tres directores ejecutivos son elegidos por los gobernadores de los países miembros extrarregionales, y no menos de diez son elegidos por los gobernadores de los países miembros restantes. Los directores ejecutivos son designados o elegidos para cumplir con su cargo por periodos de tres años prorrogables. Cada director ejecutivo designa a un suplente que cuenta con plenas facultades para actuar y votar en su lugar en caso de ausencia. Existe la limitación de que ninguno de los directores elegidos o sus suplentes pueden tener las misma ciudadanía, salvo en casos excepcionales.[48]

El Directorio Ejecutivo realiza sus funciones en la sede del Banco y se reúne con la frecuencia que exijan los asuntos de su competencia. El quórum para las reuniones del Directorio Ejecutivo exige la presencia de la mayoría absoluta de los directores, que deberá incluir la mayoría absoluta de los directores de los países regionales y represente por lo

[48] Artículo VIII, sección 3.

menos dos tercios del total de los votos de los países miembros. A los países miembros les está reconocido el derecho a enviar un representante a las reuniones del Directorio Ejecutivo cuando éste trate asuntos que le afecten de forma particular.[49]

Por otra parte, el Directorio Ejecutivo tiene facultad de constituir los comités que considere convenientes o necesarios para el cumplimiento de sus funciones, determinar la organización básica del Banco y aprobar el presupuesto de la institución. En la actualidad existen seis comités que se encargan de analizar, discutir y aprobar proyectos, políticas y estrategias, así como algunos de los documentos relativos a éstos.

4.2.1. Comités de apoyo creados por el Directorio Ejecutivo

El Comité de Auditoria tiene la responsabilidad de supervisar los informes financieros, la gestión de riesgos y los controles internos, las auditorias internas y externas, y la integridad institucional. El Comité de Presupuestos y Políticas Financieras se encarga de analizar aspectos de política financiera, los presupuestos administrativos y de capital del Banco. El Comité de Organización, Recursos Humanos y Asuntos del Directorio se ocupa de aspectos de organización del Banco relacionados con la conducción del Directorio, ajustes institucionales, recursos humanos, el Mecanismo de Investigación Independiente[50] y las reuniones anuales del BID. El Comité de Políticas y Evaluación analiza las políticas y estrategias que guían las operaciones del Banco, al igual que las medidas destinadas a su ejecución, y supervisa el desempeño de la Oficina de Evaluación y Supervisión. Por último, el Comité de Programación estudia los documentos de programación por país y para la región, las estrategias de país y las evaluaciones de los programas de país. Además, recibe informes de progreso de préstamos, las operaciones de cooperación técnica y servicios no financieros en trámite y evalúa directrices para la asignación de recursos concesionales.

---

[49] Artículo VIII, sección 3 del convenio constitutivo del BID.

[50] Véase en este capítulo «Mecanismo de Investigación Independiente».

4.3. El poder de voto

El convenio constitutivo del BID establece que cada país miembro tiene 135 votos más un voto por cada acción que posea en el capital ordinario del Banco.[51] Con base a esta regla, en la actualidad el poder de votación está distribuido de la siguiente forma: Los 26 países miembros de América Latina y del Caribe tienen, en conjunto, el 50,02 por ciento de los votos; Estados Unidos es el mayor accionista, cuenta con el 30 por ciento de los votos; Canadá, el 4 por ciento; Japón, el 5 por ciento; y, los 16 países miembros europeos, Israel y la República de Corea, el 11 por ciento.[52]

Los gobernadores en la Asamblea pueden hacer uso efectivo de la totalidad del número de votos que corresponda al país miembro que representen. Por norma general, todos los asuntos sometidos a votación en la Asamblea de Gobernadores se deciden por mayoría. En las votaciones del Directorio Ejecutivo, los directores designados pueden hacer uso efectivo del número de votos que corresponda al país que lo haya designado, y los directores electos el número votos que sea igual al número de votos que contribuyeron a su elección. Las decisiones en el Directorio Ejecutivo requieren contar con la mayoría de la totalidad de los voto.[53] En las decisiones relacionadas con las operaciones del Fondo se aplican estas mismas reglas y la única diferencia consiste en que, por norma general, la aprobación de las resoluciones requiere el voto por mayoría de tres cuartos de la totalidad de los miembros.[54]

En los casos en que sean autorizados aumentos en el capital ordinario, la Asamblea de Gobernadores puede determinar que las acciones autorizadas de tales aumentos no tendrán derecho a voto. Además, las normas del BID están diseñadas para evitar que los países miembros

---

[51] Artículo VIII, sección 4 del convenio constitutivo del BID.

[52] Véase BID, Capital social y poder de voto. Disponible *en línea* en: <http://www.iadb.org> (visitado por última vez el 2 de diciembre de 2007).

[53] Artículo VIII, sección 4 del convenio constitutivo del BID.

[54] Artículo IV, sección 9.

regionales en vías de desarrollo y algunos otros miembros, como Estados Unidos y Canadá, pierdan poder de voto. Por ejemplo, ningún aumento de capital puede tener el efecto de reducir el poder de votación de los países miembros regionales en vías de desarrollo a menos de 50,005 por ciento de la totalidad de los votos de los países miembros; del miembro que posea el mayor número de acciones a menos de 30 por ciento de la totalidad de los votos; o de Canadá a menos de 4 por ciento de totalidad de votos.[55]

4.4. Presidente, Vicepresidente Ejecutivo y personal

4.4.1. El Presidente del Banco

A la Asamblea de Gobernadores le corresponde realizar la elección de un Presidente del Banco que durará en su cargo por un periodo de 5 años, aunque es posible su reelección para periodos sucesivos. La persona en la que recaiga este cargo no puede ostentar simultáneamente el cargo de gobernador, director ejecutivo o de suplente en alguno de estos puestos. El Presidente del Banco, bajo la dirección del Directorio Ejecutivo, conduce los negocios ordinarios de la institución y es el jefe de su personal y, además, es el representante legal del Banco. El titular de este cargo preside las reuniones del Directorio Ejecutivo, pero no tiene derecho a votar; no obstante, tiene la obligación de emitir el voto de desempate en los casos que así lo requieran. La Asamblea de Gobernadores también puede decidir que el Presidente del Banco será cesado de sus funciones.[56]

4.4.2. El Vicepresidente Ejecutivo del Banco

El presidente del Banco propone a una persona para el cargo de Vicepresidente Ejecutivo, pero su designación corresponde al Directorio Ejecutivo. El Vicepresidente desempeña sus funciones, administrativas y otras que le hayan sido encomendadas, bajo la supervisión del

---

[55] Artículo VIII, sección 4.
[56] Artículo VIII, sección 5 del convenio constitutivo del BID.

Directorio Ejecutivo y del Presidente del Banco. En casos de impedimento del Presidente del Banco, el Vicepresidente le suple en el ejercicio de todas sus funciones y autoridad. El Vicepresidente participa en las reuniones del Directorio Ejecutivo, aunque tampoco tiene derecho a votar, salvo que lo haga para desempatar una decisión si el Presidente del Banco se encuentre impedido. Adicionalmente, el Directorio Ejecutivo a propuesta del Presidente del Banco tiene el derecho a designen otros vicepresidentes para ejercer las funciones que estime necesarias el Directorio.[57] La realineación en la estructura del Banco, realizada a finales de 2006, reorganizó la institución en torno a cuatro vicepresidencias: Vicepresidencia de Países, Vicepresidencia de Sectores y Conocimiento, Vicepresidencia del Sector Privado y Operaciones sin Garantía Soberana, y Vicepresidencia de Finanzas y Administración, que rinden cuentas al Presidente y al Vicepresidente Ejecutivo del Banco.[58] Además, un Vicepresidente del Banco está a cargo del Fondo que, entre otras funciones, toma parte en las reuniones del Directorio Ejecutivo del Banco, pero solamente en aquellas que tratan sobre asuntos relacionados al Fondo; no obstante, no tiene derecho a votar en las decisiones del Directorio Ejecutivo.[59]

4.4.3. El personal del Banco

A finales de 2006, había 1.824 personas empleadas del Banco, sin incluir el Directorio Ejecutivo, la Oficina de Evaluación de Supervisión y el FOMIN. De este número 1.417 eran profesionales y 407 administrativos. El 40,5% del personal profesional eran mujeres.[60]

Todos los funcionarios y empleados del Banco dependen exclusivamente de la institución y no están sometidos a la autoridad de ninguno de los países miembros, quienes tienen la obligación de respetar el carácter internacional de estos puestos. Por su parte, los funcionarios

---

[57] Artículo VIII, sección 5 del convenio constitutivo del BID.
[58] BID, *Informe anual 2006 . . ., ob. cit.*, p. 58.
[59] Artículo IV, sección 8 del convenio constitutivo del BID.
[60] BID, *Informe anual 2006 . . ., ob. cit.*, p. 62.

y empleados del Banco no pueden intervenir en los asuntos de índole política de los países miembros ni estas cuestiones pueden influir en las decisiones del Banco, que deben tomarse con base en criterios imparciales y estrictamente económicos con miras a lograr sus objetivos.[61]

El Banco y sus funcionarios gozan de una serie de inmunidades, exenciones y privilegios en el territorio de los países miembros.

4.5. Inmunidades y privilegios del BID y de sus funcionarios

Solamente es posible entablar una acción judicial contra del Banco ante un Tribunal competente en el territorio de algún país miembro si en ese lugar el Banco tenga una oficina, un agente o apoderado legal facultado para recibir notificaciones, o haya emitido o garantizado valores. En cualquier caso, por norma general, los países miembros, las personas que los representen o que deriven de ellos sus derechos no están autorizados para iniciar acción judicial alguna en contra del Banco.[62]

Ahora bien, mientras no haya sido pronunciada una sentencia definitiva en contra del Banco conforme a un procedimiento legalmente válido, los bienes y otros activos de la institución gozan de inmunidad con respecto a comiso, secuestro, embargo, retención, remate, adjudicación, u otras formas de enajenación forzosa.[63] En ese mismo sentido, los bienes y activos del Banco, independientemente del lugar en el que se encuentren, deben ser considerados como propiedad pública internacional y gozan de inmunidad frente a acciones ejecutivas o legislativas de aprehensión o enajenación forzosa.[64] Además, los archivos de la institución son inviolables.[65]

---

61 Artículo VIII, sección 5 del convenio constitutivo del BID.

62 Artículo XI, sección 3. Conviene mencionar que para dirimir las controversias que puedan surgir entre el Banco y los países miembros, el convenio constitutivo del Banco establece un procedimiento especial del que nos ocuparemos brevemente más adelante.

63 *Ídem*.

64 Artículo XI, sección 4 del convenio constitutivo del BID.

65 Artículo XI, sección 5.

Los bienes y otros activos del Banco deben estar exentos de cualquier tipo de restricción, regulación, medidas de control o moratorias en la medida necesaria para que la institución pueda cumplir con su objeto y funciones. Asimismo, los países miembros deben conceder a las comunicaciones oficiales del Banco el mismo trato recibido por las comunicaciones oficiales de los demás miembros. También se reconoce como parte de sus privilegios que el Banco, sus ingresos, bienes y otros activos, y las operaciones que realiza de conformidad con su mandato, el pago de salarios de los funcionarios, y empleados de la institución de nacionalidad distinta al país en el que realizan sus funciones están exentos de cualquier tipo de gravámenes y derechos tributarios. Del mismo modo, el Banco está exento de toda responsabilidad relacionada con el pago o retención de impuestos, contribuciones o derechos.[66]

El Banco, los gobernadores y directores ejecutivos, sus suplentes y los funcionarios y empleados de la institución gozan también de ciertos privilegios e inmunidades. Por ejemplo, tienen inmunidad respecto de los procesos judiciales y administrativos en relación con actos realizados en el ejercicio de sus funciones.[67] Cuando se trata de nacionales de países distintos a aquél en el que se encuentran, tienen las mismas inmunidades que las concedidas a representantes o funcionarios de rango comparable de otros miembros en lo referente a restricciones de inmigración, requisitos de registro de extranjeros y obligaciones de servicio militar; así como las mismas facilidades y privilegios respecto a disposiciones cambiarias y de viaje.[68]

---

[66] Artículo XI, sección 9.

[67] Véase, por ejemplo, la decisión de la Corte de Apelación de los Estados Unidos en el asunto Janet E. Atkinson vs. The Inter-American Development Bank, *et. al.*, del 9 de octubre de 1998, enmendada el 28 de octubre de 1998. *Briefs and Other Related Documents*, 1 56 F.3d 1335, 332 U.S.App.D.C. 307.

[68] Artículo XI, sección 8 del convenio constitutivo del BID.

5. EL RETIRO Y SUSPENSIÓN DE PAÍSES MIEMBROS

Los países miembros pueden en cualquier momento y de forma unilateral retirarse del Banco, basta con que así lo notifiquen por escrito a la oficina principal de la institución. Cuando la notificación de retiro adquiere efecto definitivo cesa la responsabilidad del país en cuestión respecto de cualquier operación que efectúe el Banco después de que éste haya recibido su notificación de retiro.[69]

Por su parte, la Asamblea de Gobernadores tiene la facultad de suspender los derechos de miembro de un país, con excepción del derecho de retiro, si éste incumple con alguna de las obligaciones que tiene con el Banco. La suspensión no tiene el efecto de liberar al país afectado del cumplimiento de sus obligaciones. Trascurrido un año desde la fecha en que tenga efecto la suspensión, el país afectado deja de ser miembro del Banco, a menos que la Asamblea de Gobernadores decida terminar la suspensión aplicando las mismas exigencias de votación seguidas para acordar la suspensión.[70]

Los países que han perdido la calidad de miembro dejan de participar en las utilidades y pérdidas del Banco, y dejan de ser responsables con relación a los préstamos y garantías que en lo sucesivo contrate la institución. No obstante, seguirán siendo responsables con respecto a las sumas que adeuden al Banco, al igual que por otras obligaciones eventuales, durante todo el tiempo que estén pendientes préstamos o garantías contratados por el Banco con anterioridad a la fecha en que el país o países perdieron la calidad de miembro de la institución.[71]

En estos supuestos, el Banco adopta las medidas necesarias para readquirir las acciones de los países que dejen de ser miembros. Las condiciones de readquisición son negociadas entre el Banco y el país

---

69 Artículo IX, sección 1 del convenio constitutivo del BID.
70 Artículo IX, sección 2.
71 Artículo IX, sección 3.

que deja de ser miembro. Sin embargo, mientras que existan préstamos o garantías pendientes del país saliente, sus subdivisiones políticas o sus agencias gubernamentales, el Banco puede retener una parte que estime adecuada de la cantidad que adeude al miembro saliente por concepto de readquisición de sus acciones, que podrá ser utilizada para liquidar cualquier obligación relacionada con el préstamo o garantía conforme se produzca su vencimiento.[72]

6. Suspensión y terminación de operaciones

En presencia de circunstancias graves, las operaciones de préstamos y garantías podrán ser suspendidas por el Directorio Ejecutivo durante todo el tiempo que sea necesario para que la Asamblea de Gobernadores pueda analizar la situación y adoptar las medidas pertinentes.[73] Si la Asamblea de Gobernadores lo considera necesario puede decidir la terminación definitiva de las operaciones de la institución. El Banco, desde que se adopte la decisión de terminación de operaciones, cesara de forma inmediata sus actividades, con excepción de las que sean necesarias para pagar sus deudas y liquidar sus activos.[74]

6.1. Responsabilidad de los países miembros y la forma de pagar las deudas

Mientras esté pendiente la liquidación de alguna de las obligaciones del Banco, los miembros continuarán siendo responsables de las suscripciones y de la depreciación de sus monedas. Las obligaciones a favor de acreedores directos serán pagadas, en primer lugar, con los activos del Banco y, en segundo lugar, con los fondos que provengan del cobro de las partes que se adeuden de capital pagadero en efectivo y del requerimiento del capital exigible. No obstante, antes de realizar

---

[72] *Ídem*.
[73] Artículo IX, sección 1.
[74] Artículo X, sección 2 del convenio constitutivo del BID.

cualquier pago, el Directorio Ejecutivo deberá adoptar las medidas pertinentes para asegurar una distribución a prorrata entre los acreedores de obligaciones directas y los de obligaciones eventuales.[75]

6.2. La forma de realizar la distribución de activos

La distribución de activos del Banco entre los países miembros a cuenta de sus acciones requiere la aprobación de la Asamblea de Gobernadores. Sin embargo, no se podrá efectuar la distribución mientras se encuentre pendiente la cancelación de alguna de las obligaciones con los acreedores que sean a cargo de tales acciones o se hubiere hecho provisión para su pago. La distribución de activos se realizará en los plazos y condiciones que el Banco considere más equitativas y con base en el número de acciones que cada miembro posea. El derecho a recibir la parte que corresponde a cada miembro de los activos no se podrá realizar mientras no se hayan ajustado sus obligaciones con el Banco.[76]

7. LOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Las diferencias que surjan en torno a las operaciones del Banco se decidirán dependiendo de la naturaleza de la inconformidad y de los actores. Existe un procedimiento especial para las diferencias que surjan entre miembros del Banco o entre miembros y la institución, un mecanismo para reclamaciones por particulares y un Tribunal Administrativo para resolver los conflictos entre el Banco y sus empleados.

7.1. Diferencias entre miembros o un país miembro y el Banco

Las controversias que surjan entre países miembros o un país miembro y el Banco acerca de la interpretación del tratado constitutivo de la

---

[75] Artículo X, sección 3.
[76] Artículo X, sección 4.

institución deben someterse a la decisión del Directorio Ejecutivo. Los miembros que se sientan afectados acerca de la interpretación del tratado constitutivo del Banco tendrán derecho a enviar un representante para que asista a las reuniones que celebre el Directorio Ejecutivo. Si un país miembro no está de acuerdo con la decisión del Directorio Ejecutivo podrá exigir que la divergencia sea sometida a la Asamblea de Gobernadores, cuya decisión será definitiva. No obstante, mientras esté pendiente la decisión de la Asamblea de Gobernadores, el Banco podrá actuar, cuanto lo estime necesario, sobre la base de la decisión del Directorio Ejecutivo.[77]

Por otro lado, el arbitraje es el procedimiento previsto en el acuerdo constitutivo del Banco para dirimir aquellas controversias que surjan entre la institución y un país que ha dejado de ser miembro, o entre el Banco y un miembro, después de que se haya acordado la terminación de las operaciones de la institución. El arbitraje estará a cargo de un Tribunal integrado por tres personas. La designación de uno de los integrantes del Tribunal corresponde al Banco, otro al país interesado, y el tercero (salvo convenio en contrario) será elegido por el Secretario General de la OEA. Si el Tribunal no consigue solucionar la diferencia por unanimidad, la decisión será adoptada por mayoría. El miembro del Tribunal designado por el Secretario General de la OEA podrá decidir las cuestiones de procedimiento si hay desacuerdo entre las partes sobre la materia.[78]

7.2. El Mecanismo de Investigación Independiente

El BID estableció el Mecanismo de Investigación Independiente (MII) en el año de 1994, que fue revisado y modificado en años posteriores.[79] El Mecanismo de Investigación Independiente (MII) se activa

---

[77] Artículo XI, sección 1 del convenio constitutivo del BID.

[78] Artículo XI, sección 2.

[79] BID. *Mecanismo de Investigación Independiente*. 2000. Disponible en línea en: <http://www.iadb.org> (visitado por última vez el 2 de diciembre de 2007) (en lo sucesivo Mecanismo de Investigación Independiente) En relación con el MII,

ante denuncias de que el Banco, al diseñar, analizar o ejecutar operaciones propuestas o en curso, ha infringido sus propias políticas operativas o las normas dictadas formalmente para ejecutar esas políticas, cuando la omisión denunciada cause efectos materiales negativos o cuando pueda preverse razonablemente que así ocurra.[80]

La estructura del MII está compuesta por un Coordinador permanente y por un Registro de Investigadores integrado por 15 profesionales designados por el Directorio Ejecutivo, con base en las nominaciones del Presidente, para cumplir con su nombramiento durante 5 años no prorrogables. Los investigadores no trabajan de tiempo completo para el Banco, prestan sus servicios conforme lo van exigiendo las necesidades del MII. Entre otras condiciones, los investigadores que integran el Registro deben provenir de al menos 10 países miembros distintos, no deben haber trabajado para el BID en los dos años anteriores, deben tener ser individuos de reconocida integridad y competencia en materias de desarrollo.[81]

Las solicitudes de investigación proceden en contra de cualquier operación apoyada por el Banco, incluidas las operaciones de préstamos,[82] cooperación técnica y operaciones de garantía; y pueden ser presentadas por cualquier parte afectada[83] en el territorio de un prestatario o recipiente.[84] Corresponde al Coordinador recibir las solicitudes de investigación y valorar, conjuntamente con el Departamento

---

véase también BRADLOW, Daniel. «Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions». *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, 2005, pp. 420-424.

80 Artículo 1.1 del Mecanismo de Investigación Independiente.

81 Artículo 2.

82 No proceden las denuncias presentadas después de que ha sido desembolsado más del 95% de los recursos del préstamo.

83 La resolución que precisa las reglas de funcionamiento del MII establece que se considerará «parte afectada» a una organización, asociación, sociedad o cualquier otra agrupación de personas. Párrafo 3.2.

84 Véanse los artículos 4.1 y 4.2 del Mecanismo de Investigación Independiente.

Legal, si éstas cumplen con los requisitos de aplicación del Mecanismo. Si la solicitud cumple con dichos requisitos, el Coordinador solicita al Presidente del Banco que nombre un integrante del Registro de Investigadores en calidad de consultor para que analice la denuncia. Si el investigador concluye que la denuncia tiene fundamento, el Coordinar remitirá copia de la solicitud al Directorio Ejecutivo y, por conducto del Presidente, a los representantes de la Administración del Banco para que formulen una respuesta en un periodo de 30 días a partir de la fecha en que se haya recibido la solicitud.[85]

El investigador consultor procederá a analizar la denuncia y la respuesta de la administración y recomendará al Directorio si, en su opinión, se debe o no autorizar una investigación.[86] Si el Directorio entiende que hay lugar a una investigación, nombrará, en consulta con el Presidente, una comisión investigadora compuesta por tres personas de distinta nacionalidad que figuren en el Registro y designará a uno de ellos para que actúe como presidente.[87]

La comisión determina los procedimientos necesarios para resolver la denuncia planteada. Durante el ejercicio de sus funciones, los miembros de la comisión investigadora gozan de las mismas inmunidades y privilegios que otros funcionarios del Banco. La comisión investigadora intentará lograr el consenso al momento de elaborar sus conclusiones y recomendaciones. Si el consenso no se consigue, los integrantes de la comisión manifiestan su posición de forma individual.[88] Las conclusiones y recomendaciones se presentan por escrito al Directorio Ejecutivo y al Presidente del Banco.[89] En un plazo de 30 días contados a partir de la recepción del informe de la comisión, la Administración del Banco presentará al Directorio Ejecutivo su respuesta a las conclusiones de la comisión para que éste pueda determinar si corresponde

---

[85] Artículos 4.3 y 4.4 del Mecanismo de Investigación Independiente.
[86] Artículo 4.5.
[87] Artículos 5.1 y 5.2 del Mecanismo de Investigación Independiente.
[88] Artículo 6.1.
[89] Artículo 6.2.

tomar alguna medida preventiva o correctiva.[90] La decisión del Directorio Ejecutivo será puesta en práctica por la Administración.

El Banco tiene la obligación de hacer público el informe de la comisión investigadora y la respuesta de la Administración dentro de un plazo de 90 días corridos a partir de que éstos hayan sido recibidos por el Directorio Ejecutivo. Finalmente, el informe de la Administración en el que se describa la implementación de las medidas preventivas o correctivas resultantes de la investigación de conformidad con la decisión del Directorio Ejecutivo se hará llegar al demandante y estará a disposición del público, previa solicitud, en un plazo de 15 días contados a partir de que el Directorio Ejecutivo apruebe las medidas adoptadas por la Administración.

7.3. El Tribunal Administrativo del BID

Como hemos mencionado antes, el BID goza de inmunidad de jurisdicción antes los tribunales de los países miembros. Por está razón, se creó un Tribunal Administrativo para resolver las controversias que surjan entre el Banco y las personas que laboran en él.[91] Siete jueces integran este Tribunal y duran en su cargo por periodos de tres años prorrogables por un periodo adicional. Los jueces son designados por el Directorio Ejecutivo y deben ser nacionales de alguno de los países miembros del BID, aunque existe la limitación de que no puede haber dos originarios del mismo país.[92] La competencia material del Tribunal se circunscribe a las demandas interpuestas por los empleados en contra del Banco alegando incumplimiento de las obligaciones consignadas en los contratos de trabajo o de los términos y condiciones rela-

---

[90] Artículo 6.3.

[91] Estatuto del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, creado por el Directorio Ejecutivo del BID el 29 de abril de 1981 y reformado el 7 de agosto de 1991. Disponible en línea en: <http://www.iadb.org> (visitado por última vez el 2 de diciembre de 2007) (en lo sucesivo Estatuto del Tribunal Administrativo del BID).

[92] Artículo III del Estatuto del Tribunal Administrativo del BID.

tivas a su nombramiento.[93] El Tribunal es competente para examinar las pruebas que aporten las partes, celebrar audiencias, adoptar resoluciones de procedimiento y, finalmente, para dictar la sentencia, que deberá ser publicada.[94]

Conviene mencionar que, la Corporación Interamericana de Inversiones se sometió también a la jurisdicción de este Tribunal el 19 de noviembre de 1991. De este modo, los empleados de esta institución también pueden recurrir al Tribunal Administrativo del BID para reclamar a la Corporación el cumplimiento de sus condiciones laborales.

[93] Artículo II.1.
[94] Artículo VI.

BIBLIOGRAFÍA

AVALLE, O.
2005 «The Multilateral Development Banks in Latin America and the Caribbean Region». *Vermont Journal of Environmental Law.* Vol. 6, 2004-2005.

BLOCH, H.
1968 «Regional Development Financing». *International Organization*. Vol. 22, n.º 1, pp. 182-203.

BRADLOW, D.
2005 «Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions». *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 36, 2005.

CUENCA GARCÍA, E.
2004 *Organización económica internacional.* Madrid: Pearson Educación S.A.

MORENO, L. A.
2006 «Promoting Economic Opportunity in the Americas: IDB's Role». *Law and Business Review of the Americas*. Vol. 12.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF AMERICAN STATES
1959 «Organization of American States». *International Organization.* Vol. 13, n.º 4.

SCHEMAN, L. R.
1997 «Banking on Growth: The Role of the Inter-American Development Bank». *Journal of Interamerican Studies and World Affairs.* Vol. 39, n.º 1, p. 86 (85-100).

Stiglitz, J. E.
2006 *El malestar de la globalización*. Traducido por Carlos Rodríguez B. Madrid: Satillana Ediciones.

Tomassini, L.
1999 «La visión de Felipe Herrera: más que un banco». En Carlos Brezina (ed.). *Banco Interamericano de Desarrollo: más que un Banco*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, pp. 1-58.

Fuentes Documentales

Convenio constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, hecho en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 8 de abril de 1959, en vigor desde el 30 de diciembre de 1959.

Convenio constitutivo de la Corporación Interamericana de Inversiones, hecho en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 19 de noviembre de 1984, en vigor desde el 23 de marzo de 1986.

Convenio constitutivo del Fondo Multilateral de Inversiones, hecho en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 11 de febrero de 1992.

Convenio constitutivo del Fondo Multilateral de Inversiones II, hecho en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 9 de abril de 2005.

BID, *Informe anual 2006*. Washington: Sección de información pública y publicaciones de la oficina de relaciones externas del BID, 2007.

Crecimiento económico sustentable: documento de estrategia. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

Reducción de la pobreza y promoción de la equidad social: documento de estrategia. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

Modernización del Estado: documento de estrategia. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., julio de 2003.

Competitividad: documento de estrategia. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

Desarrollo social: documento de estrategia. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

Integración regional: documento de estrategia. BID Departamento de Desarrollo Sostenible: Washington, D.C., agosto de 2003.

Recursos Financieros. Disponible *en línea* en: <http://www.iadb.org> (última visita el 2 de diciembre de 2007).

Capital social y poder de voto. Disponible en línea en: <http://www.iadb.org> (última visita el 2 de diciembre de 2007).

Mecanismo de Investigación Independiente. 2000. Disponible en línea en: <htpp://www.iadb.org> (última visita el 2 de diciembre de 2007) (en lo sucesivo Mecanismo de Investigación Independiente). En relación con el MII.

Estatuto del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, creado por el Directorio Ejecutivo del BID el 29 de abril de 1981 y reformado el 7 de agosto de 1991. Disponible *en línea* en: <http://www.iadb.org> (última visita el 2 de diciembre de 2007).

Decisiones Jurisdiccionales

Decisión de la Corte de Apelación de los Estados Unidos en el asunto Janet E. Atkinson vs. The Inter-American Development Bank, *et. al.*, del 9 de octubre de 1998, enmendada el 28 de octubre de 1998. *Briefs and Other Related Documents,* 1 56 F.3d 1335, 332 U.S.App.D.C. 307.

PARTE III:
La integración económica regional

El fenómeno de la integración económica regional

Dr. Manuel Cienfuegos Mateo

El fenómeno de la integración económica regional

Manuel Cienfuegos Mateo

Sumario: 1. Introducción.— 2. Concepto y elementos de la integración económica regional.— 2.1. Noción y características.— 2.2. Ventajas y costes de la integración económica regional.— 2.3. Objetivos generales e instrumentos de los procesos de integración.— 3. Organizaciones internacionales, regionalismo de integración, multilateralismo de cooperación y globalización, ¿fenómenos contradictorios o complementarios?— 3.1. Regionalismo de integración y organizaciones internacionales.— 3.2. Regionalismo de integración y globalización.— 3.3. Regionalismo de integración y multilateralismo de cooperación.— 4. Modelos de integración económica regional.— 4.1. Zona de libre cambio.— 4.2. Unión aduanera.— 4.3. Mercado común.— 4.4. Unión económica.— 4.5. Unión económica y monetaria.— 4.6. Unión política.— 5. Principales procesos de integración regional en Europa y América Latina y el Caribe.—

1. Introducción

La economía internacional se caracteriza porque los países tienen instrumentos y mecanismos que les permiten tratamientos diferenciales: aranceles y otras medidas no arancelarias; intercambio de bienes sin desplazamiento de los factores productivos; adopción de políticas industriales, de competencia y tecnológicas con fuertes repercusiones internacionales; establecimiento de regímenes cambiarios; políticas fiscales y monetarias con efectos internos y externos, etcétera. En suma, barreras comerciales, limitaciones a los movimientos de los factores productivos, políticas microeconómicas industriales, alteraciones de los

tipos de cambio, políticas macroeconómicas autonómicas, que permiten marcar diferencias respecto de lo que sería una economía mundial integrada.[1]

Para reducir estas características diferenciales en el comercio internacional hay varias concepciones:

a) El bilateralismo, los países negocian entre ellos tratados bilaterales por medio de los cuales dan y reciben concesiones no extensibles a terceros sujetos internacionales.

b) El multilateralismo, basado en normas e instituciones universales que promueven un comercio fluido entre las naciones, apoyado en reglas de juego (especialmente, la cláusula de la nación más favorecida) como las del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El comercio multilateral libre es una opción óptima, pero no existe; a pesar de los logros de la Ronda Uruguay que condujeron a la creación de la OMC, vigente desde 1995, y de ahí la aparición de la tercera concepción.

c) El regionalismo, sobre la base de la asociación de los Estados en distintas formas y con diferentes grados de integración para buscar espacios económicos amplios en los que van eliminándose las características diferenciales de cada mercado nacional.[2]

La integración económica regional es, pues, el proceso mediante el cual los países van eliminando las características diferenciales de sus mercados. Teóricamente podrían irse eliminando entre todos los países para ir avanzando hacia una «economía mundial integrada»; pero, por razones políticas y económicas esencialmente, los procesos de

---

1 TUGORES, J. *Economía internacional e integración económica*. Madrid: McGraw-Hill, 1994, p. 123.

2 ARNAUD, V.G. *MERCOSUR, Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional*. Primera edición. México D. F.: Editorial Porrúa, 1996, p. 14.

integración tienen lugar de forma parcial, es decir, implicando a un número de países normalmente reducido. Se dice entonces que se asiste a un proceso de regionalización, especialmente cuando los avances de la integración afectan a países de un mismo ámbito geográfico, como la Unión Europea (UE) en Europa y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en Norteamérica.

2. Concepto y elementos de la integración económica regional

2.1. Noción y características

En el uso cotidiano, como también en la ciencia jurídica, social y económica, la palabra «integración» tiene un contenido muy amplio, por lo que abundan los enfoques teóricos que tratan de explicar el fenómeno general de la integración regional. En este capítulo nos referiremos a la problemática de la integración regional desde el punto de vista económico,[3] siguiendo al profesor Balassa, uno de los más conocidos estudiosos de la integración económica regional. Para este autor, la integración económica regional es «el proceso o estado de cosas por el cual diferentes naciones deciden formar un grupo regional» con el objetivo de «abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a distintos Estados nacionales», así como «una situación de las actividades económicas» (situación de negocios), en cuyo caso se caracteriza por «la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales».

Sobre esta base, Balassa distingue entre «integración» y «cooperación», señalando que la diferencia es tanto cualitativa como cuantitativa. La cooperación incluye acciones destinadas a disminuir la discriminación, como es el caso de los acuerdos internacionales sobre

---

[3] Para un examen del concepto de integración regional desde diversas perspectivas (económica, social, política…), véase Arbuet-Vignali, H. *Claves jurídicas de la integración en los sistemas del MERCOSUR y de la Unión Europea*. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 37-91.

políticas comerciales. En cambio, el proceso de integración comprende medidas conducentes a la supresión de algunas formas de discriminación, como es la eliminación de las barreras al comercio o a la circulación de los factores productivos. En consecuencia, la existencia de relaciones comerciales entre economías nacionales independientes no constituye integración, sino mera cooperación internacional y en la integración lo principal es «la abolición de discriminación dentro de un área».[4]

Dos son, pues, los presupuestos básicos de todo proceso de integración: un territorio (elemento físico) y unas relaciones económicas (actividades de producción y circulación de factores productivos de las que resulta un valor añadido (excedente), y el beneficio (rentabilidad) de la integración). Y de ello resulta que, cualquiera que sea el modelo que adopte la integración económica, existen siempre tres elementos que la conforman (mínimo común denominador): la eliminación de obstáculos a los intercambios entre los países participantes; un cierto grado de cooperación entre ellos para reducir las discriminaciones existentes; y la mejora del bienestar del área integrada. En suma, se trata de combinar economías hasta entonces diversas en una unidad territorial más amplia, con objeto de que las relaciones económicas se homogeneicen y las condiciones de competencias sean lo más parecidas posibles, de tal suerte que se obtengan ventajas de esta cooperación común. Se vislumbra de lo anterior la lógica de un proceso de integración económica: la acumulación progresiva de capital en un territorio determinado que necesita ser invertido en otro mercado para generar beneficios óptimos y la subsecuente especialización productiva, que se concreta en el incremento del radio del mercado (el mayor territorio).[5]

---

4 BALASSA, B. *Teoría de la integración económica*. México: Unión Tipográfica Hispano-Americana (Utema), 1964, pp. 1-8.

5 BRUNET, F. *Curso de integración europea*. Barcelona: Alianza Editorial, 1999, pp. 30-32; CALVO HORNERO, A. *Organización de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 5.

Como quiera que la cooperación implica la adopción de medidas encaminadas a reducir los niveles de discriminación entre países, sin pretender su completa eliminación, no hay cesión significativa de soberanía (capacidad de decisión en tales ámbitos). En cambio, la integración económica internacional suele implicar la cesión significativa de soberanía desde los Estados nacionales hacia las instituciones comunes para poner en práctica los instrumentos y mecanismos que eliminen algunas formas de discriminación entre los países involucrados y eventualmente mantener y reforzar otras políticas discriminatorias frente a terceros en su seno.[6]

La integración regional es un proceso que se inició durante el siglo XIX (así, la formación del Zollverein en 1833 creó una amplia zona de libre comercio) y se desarrolla especialmente a principios de los años 60 del siglo XX en el marco del regionalismo internacional. Este fenómeno se caracteriza porque los Estados se agrupan en Organizaciones internacionales a las que transfieren competencias para la satisfacción de sus intereses comunes. En una primera fase (años sesenta) se caracterizó por su cerrazón (regionalismo defensivo) y en la década de los noventa surge el de apertura (regionalismo ofensivo).

El regionalismo defensivo difiere mucho del regionalismo ofensivo:

- El regionalismo ofensivo integra no sólo a países desarrollados entre sí (Norte-Norte), o países en vías de desarrollo entre sí (Sur-Sur), como sucedía con el regionalismo defensivo, sino también a países desarrollados y otros en vías de desarrollo (Norte-Sur), como es el caso del TLCAN y la UE tras la segunda ampliación de las Comunidades Europeas (adhesión de Grecia en 1979). La razón es que los países desarrollados no quieren quedarse fuera del bloque de integración de sus vecinos para no aislarse de los principales

---

[6] Nieto Solís, J.A. *Fundamentos y políticas de la Unión Europea*. Tercera edición corregida. Madrid: Siglo XXI, 2001, pp. 19-20.

mercados emergentes, así como la necesidad de seguir participando en el comercio y las transacciones internacionales.

- En el regionalismo ofensivo los nuevos esquemas y acuerdos de integración son complementarios con los avances multilaterales y estimulan una liberalización en general, puesto que se trata no sólo de reducir las barreras comerciales entre bloques y, por tanto, fomentar el comercio interregional, sino también de favorecer la creación de nuevos flujos de comercio con terceros Estados ajenos a la zona.

El regionalismo abierto conjuga, pues, el interés de los países socios de otorgarse mutuamente un trato preferencial con el imperativo de que simultáneamente se mantengan e intensifiquen los vínculos con el resto del mundo.[7]

La integración económica regional

- Noción de integración de Estados (y a veces Organizaciones internacionales) mediante Organizaciones internacionales a las que transfieren competencias soberanas para la satisfacción de sus intereses comunes en el ámbito económico fundamentalmente al objeto de ir fusionando los mercados nacionales en uno supranacional en el que circularán libremente los factores productivos.
- En una primera fase (años sesenta) la integración regional se caracterizó por su cerrazón, esto es, la creación de una fortaleza (regionalismo defensivo) y en la década de los noventa surge el de apertura al mundo (regionalismo ofensivo).

[7] Véase al respecto, CALVO HORNERO. *Ob. cit.*, pp. 20-22; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Sistema del comercio internacional*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 169-172.

Cabe apuntar que hoy en día también se habla de un regionalismo de integración ideológico (Alternativa Bolivariana de las Américas, ALBA, por ejemplo) y de un regionalismo de integración de baja intensidad por la debilidad de los compromisos asumidos (así, la Unión de Naciones Suramericanas, UNASUR), que permiten múltiples relaciones interregionales con mayor facilidad que los conceptos tradicionales de regionalismo.[8]

2.2. Ventajas y costes de la integración económica regional

Los beneficios y costes de un proceso de integración regional son fundamentalmente de tipo económico y político.[9]

Desde el punto de vista económico, un proceso de integración amenaza las cuotas nacionales de mercado de las empresas, en la medida en que no caben políticas nacionales proteccionistas. Pero ofrece simultáneamente la posibilidad de abrirse a nuevos mercados antes vetados o de difícil acceso, con las oportunidades de negocio nuevas que conlleva el mero hecho de la ampliación del mercado. En un mercado nacional, más reducido, para ser rentables ciertas producciones tienen que ser llevadas a cabo por una sola empresa; en cambio, en el nuevo mercado ampliado es posible que varias empresas trabajen simultáneamente de manera provechosa para todas ellas.

---

[8] En general, sobre los diferentes conceptos del regionalismo, véase Aldecoa Luzárraga, F. y N. Cornago Prieto. «El nuevo regionalismo y reestructuración del sistema mundial». *Revista española de derecho internacional*, vol. 50, 1998-1, pp. 59-114. Sanahuja Perales, J.A. «Regiones en construcción, interregionalismo en revisión. La Unión Europea y el apoyo al regionalismo y la integración latinoamericana». En Freres Ch., S. Gratius, T. Mallo, A. Pellicer y J.A. Sanahuja (eds.). *¿Sirve el diálogo político entre la Unión Europea y América Latina?* Madrid: CeALCI, 2007, pp. 1-41; Soderbaum, F. y T.M. Shaw. *Theories of New Regionalism. A Palgrave Reader*. Hampshire: Palgrave McMillan, 2003.

[9] Véase para mayores detalles de lo que sigue, Brunet. *Ob. cit.*, pp. 42-64; Nieto Solís. *Ob. cit.*, pp. 21-27; Tugores. *Ob. cit.*, pp. 124-135.

La integración económica regional implica igualmente una mayor competencia entre las empresas del bloque regional y, por lo tanto, debe llevar a una mejor asignación de los recursos disponibles. Un proceso de integración hace factible el desarrollo de nuevas actividades industriales y tecnológicas entre empresas (*know-how*, *joint-venture*, etc.) que a nivel nacional sería difícil de acometer. A su vez, desde el punto de vista de los consumidores, la integración económica regional puede desplegar unos efectos beneficiosos: mayor oferta de bienes, precios más bajos, mejor calidad, etcétera.

Se producen además impactos microeconómico y macroeconómico a resultas de la integración de mercados, puesto que la integración no afecta sólo al comercio sino a la estructura productiva e industrial, de hecho: a) favorece la productividad y el cambio tecnológico; b) fomenta el mayor tamaño de las plantas industriales, y la concentración y centralización del capital; c) impulsa la competencia internacional (compensando así la reducción de la competencia interior derivada de la concentración industrial); d) permite una mejor exportación de capital, la creación de economías de escala y el comercio intraindustrial (comercio intrasectorial: dentro de un mismo sector se intercambian productos semielaborados entre países). En definitiva, todo ello lleva a economías de escala.

> Por ejemplo, el llamado Coste de la No Europa, esto es, si la UE no hubiera decidido consolidar el mercado común y avanzar hacia una unión económica y monetaria en los años noventa del siglo XX, se ha cifrado entre el 4.3 y el 6.4% de la renta nacional bruta comunitaria.[10]

Existen igualmente efectos al nivel monetario, si se persigue igualmente una integración monetaria, ya que: a) se utiliza como medio general de pagos una moneda común, y a veces es única, cuyo valor recíproco permanece invariable; b) existe convertibilidad ilimitada para

---

[10] CECCHINI, P. *Europa 1992: una apuesta de futuro*. Informe del proyecto de investigación. El coste de la no Europa patrocinado por la Comisión de las Comunidades Europeas. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

cada una de ellas, tanto en transacciones corrientes como de capital; c) los tipos de cambio de las monedas nacionales, si no han desaparecido a favor de una moneda única, fluctúan al unísono frente al resto del mundo. Todo ello abarata las transacciones comerciales y de inversión de capitales, otorga más seguridad jurídica, etcétera.

Por consiguiente, los beneficios económicos se vinculan a las ganancias asociadas al libre juego del mercado e incluyen tanto las ventajas de la libertad de comercio como la más eficiente asignación de los recursos disponibles entre los países implicados y la búsqueda de la maximización conjunta de bienestar al adoptar medidas micro o macroeconómicas, internacionalizando así las externalidades y conflictos que podrían provocar medidas unilaterales. Sintéticamente, se reducen costes y se mejora la productividad, con lo que se incrementan los flujos comerciales entre los países miembros, se generan mayores beneficios para las empresas y mejores precios para los consumidores, se desarrollan nuevas actividades industriales y tecnológicas entre empresas, etcétera.

Valga el siguiente ejemplo de efectos (especialmente sobre el comercio) que se han producido en la unión europea, supuesto de integración exitosa y con un alto grado de integración. Estos efectos son:

a) Estáticos: desviación del comercio exterior (lo que supone una pérdida para el bienestar mundial), creación de comercio intrazonal (incremento del comercio interior en razón de la sustitución de la producción nacional por importaciones de los países socios relativamente más eficientes; ello supone una ganancia para el comercio mundial; suele denominarse el efecto producción); y expansión del comercio dentro de la zona (ya que aumenta el consumo de los países al incrementarse las importaciones de países socios en razón del precio más reducido; este incremento del comercio intracomunitario suele llamarse el efecto consumo) y fuera de la zona (ya que se crean nuevos flujos comerciales internacionales, en razón de las ganancias de bienestar acumuladas). Se produce, pues, una reasignación de recursos y un cambio en los esquemas de consumo, que lleva a un comercio intersectorial internacional acrecentado.
b) Dinámicos: la mayor dimensión del mercado facilita economías de escala internas y externas, mayor competencia y efecto procompetitivo, mayor disponibilidad y movilidad de los factores de producción; efecto de motivación; mejora de la integración del mercado interior; convergencia de las

estructuras productivas y de consumo; convergencia financiera (por ejemplo, los criterios de convergencia fijados por el Tratado de Maastricht de 1991 para ser parte del euro); corrección de disparidades entre regiones y Estados (cohesión económica y social), que conduce a una aproximación de la renta per cápita, etcétera.

Ahora bien, y como puede comprenderse fácilmente, los beneficios no son automáticos, pues su materialización en cada proceso de integración depende de factores diversos, como el grado de semejanza y complementariedad de las economías de los países participes, el grado de supresión de los aranceles entre los socios, el número de Estados miembros que participen, el grado de supresión de los obstáculos no arancelarios, el tipo de arancel exterior que se imponga, el grado de desarrollo económico y social de cada país, etcétera.

Verbigratia, la integración monetaria puede provocar problemas de equilibrio macroeconómico interno e internacional en los países participantes cuando existe rigidez interna en los precios y salarios, puesto que pierden capacidad para reaccionar unilateralmente ante situaciones de crisis. Es lo que pasó dentro de la UE con el sistema monetario europeo en 1992, llevando a devaluar algunas monedas más de un 25% en pocos meses.

Finalmente, no hay que olvidar las ventajas políticas de un proceso regional de integración: la existencia de vínculos económicos comunes proporciona un incremento de la cohesión interna que lleva a formar unidades políticas capaces de actuar al margen de la economía —así, en materia de democracia, protección de los derechos humanos y diplomacia externa—, tanto en la esfera interna como en la esfera internacional, coordinando conjuntamente las actuaciones de tal suerte que la influencia que tendrá el bloque regional al nivel internacional es mucho mayor que la que resultaría de la simple suma de cada uno de los países participantes por separado.

2.3. *Objetivos generales e instrumentos de los procesos de integración*

Se ha visto antes que la integración económica es el proceso mediante el cual los países van eliminando los tratamientos diferenciales que

existen entre países (aranceles, cupos, políticas cambiarias...). Esta multiplicidad de tratamientos diferenciales explica por qué se distinguen varios modelos de integración (como la zona de libre cambio y la unión monetaria), atendiendo a cuáles de tales diferencias se van eliminando entre países en el proceso de integración, es decir, en función de los objetivos que persigue el grupo de países que forman parte del proceso de integración. Estos modelos se estudiarán en el apartado 3.

Los objetivos generales de un proceso de integración son variables según el grado de integración perseguido, si bien entre los más comunes, están el desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, el alto nivel de empleo, la mejora del bienestar de los pueblos del proceso de integración, el fortalecimiento de la cohesión económica y social, solidaridad entre los pueblos y la protección más efectiva del medio ambiente.

Por ejemplo, en la Unión Europea los objetivos generales están previstos fundamentalmente en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea de 2007, que dispone:

«1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.

2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

   La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

   La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

   La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro.
5. 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».

Para alcanzar esos objetivos se utilizan determinados instrumentos. Estos pueden variar de unos procesos a otros, según sea el grado de integración que se persiga, pues no precisa lo mismo una zona de libre cambio que una unión económica y monetaria.

1) Políticas y acciones comunes, también llamados medios de acción concretos —por contraposición a los objetivos generales—, en diferentes ámbitos, desde la libertad de circulación de mercancías hasta una política comercial común, pasando por la libertad de circulación de personas, el derecho de establecimiento, la política monetaria, el derecho de la competencia, etcétera. A fin de llevar a la práctica estas políticas y acciones se utilizan diversas técnicas jurídicas y económicas, como las siguientes:

   - Prohibición de obstáculos (a las libertades de circulación de factores productivos, por ejemplo).

   - Armonización de legislaciones nacionales y reconocimiento mutuo; prevención y represión de obstáculos (mediante controles, sanciones...).

   - Concesión de ayudas y subvenciones.[11]

---

[11] Véase al respecto LÓPEZ ESCUDERO, M. «El mercado interior: cuestiones generales». En LÓPEZ ESCUDERO, M. y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES. *Derecho comunitario material*. Madrid: McGraw-Hill, 2000, pp. 33-38.

2) Estructura institucional. Como cualquier Organización internacional, las de integración poseen un organigrama institucional conformado por diversos órganos permanentes a los que se les han atribuido las competencias necesarias para cumplir los fines de la Organización. Estos órganos son distintos e independientes de los que poseen los Estados miembros de la Organización de integración y están encargados de gestionar los intereses colectivos.

La permanencia de la estructura institucional permite distinguir las organizaciones internacionales de las Conferencias internacionales, aunque a veces algunas de estas últimas, por su duración, importancia de su secretariado y modalidad de adopción de las decisiones, van a desdibujar esta distinción: piénsese en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, que se prolongó durante nueve años.

A causa de la variedad de organizaciones internacionales no es posible hablar de una estructura institucional típica adaptable a cualquier organización, no obstante, sí se puede observar la existencia de estructuras de base similares apoyadas en un esquema tripartito: una asamblea plenaria en la que participan todos los Estados miembros, una institución de composición restringida que asegura el gobierno de la organización y un secretariado encargado de la gestión y administración. Los dos primeros órganos suelen estar formados por representantes de los gobiernos mientras que el tercero está integrado por funcionarios internacionales bajo la dirección de un Secretario General.

Así, entre los órganos principales de Naciones Unidas están la Asamblea General, de composición plenaria y naturaleza esencialmente deliberativa; el Consejo de Seguridad, compuesto por 15 Estados, con funciones ejecutivas; y la Secretaría dirigida por el Secretario General, con atribuciones técnicas en los ámbitos económico, jurídico y administrativo (artículos 9 a 32 y 97 a 101 de la Carta de San Francisco, de 26 de junio de 1945).

En el caso particular de las Organizaciones internacionales que son realmente de integración suele existir un plus, como es la existencia de algunos órganos compuestos por personalidades independientes de los Gobiernos de los Estados miembros o incluso reúnen representantes

de los pueblos elegidos directamente por sufragio universal y directo, como es el caso del Parlamento Europeo dentro de la UE.

Por ejemplo, dentro de la UE está la Comisión Europea, integrada por personalidades elegidas en razón de su competencia e independencia. Y el Parlamento Europeo, cuyos miembros son escogidos por sufragio universal y directo cada 5 años (artículos 190 y 213 del Tratado CE).

3) Procesos decisorios. En las Organizaciones que son realmente de integración suelen existir procesos de decisión no basados en el consenso, sino en la mayoría de los miembros, por lo que se puede aprobar un acto jurídico con la oposición de alguno de los Estados partes. Ello no impide que para temas realmente importantes exista la regla de la unanimidad como sucede, por ejemplo, en la UE en relación con la adhesión de nuevos Estados miembros o la fiscalidad indirecta. En cambio, en el MERCOSUR está extendido el método del consenso.

4) Fuentes jurídicas. Como regla, los bloques regionales de integración cuentan con un sistema de principios y reglas jurídicos, generalmente vinculantes, que resulta básicamente de las decisiones tomadas por las instituciones comunes. Cuando es propiamente un derecho de integración se caracteriza por su incorporación automática en los ordenamientos internos, su efecto directo sobre los particulares y su primacía sobre las normas nacionales en caso de conflicto.

La incorporación automática significa que pasa a formar parte del ordenamiento interno sin medida nacional alguna de recepción en el Derecho interno, ni siquiera la publicación en los boletines oficiales nacionales. El efecto directo entraña que las normas comunes pueden otorgar derechos o bien imponer obligaciones a los particulares por sí mismas, en la medida en que sean self executing. Finalmente, la primacía de la norma común exige dejar inaplicada la norma nacional que se le oponga. En los capítulos 11 y 12 se analizarán estos conceptos con mayor detalle.

5) Sistema de solución de controversias. Generalmente, en los bloques regionales de integración hay un sistema arbitral o judicial

para resolver los conflictos que puedan surgir entre sus miembros. Es el caso del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

6) Relaciones exteriores. Generalmente la Organizaciones internacionales de integración, en tanto que son sujetos internacionales, suelen relacionarse con otros sujetos internacionales, con los que celebran acuerdos internacionales comerciales o mantienen relaciones diplomáticas, por poner dos ejemplos.

7) Medios humanos y financieros. Las Organizaciones de integración, como cualquier Organización internacional, disponen de unos medios materiales (recursos financieros) para sufragar sus gastos, que pueden ser aportados por los Estados miembros y excepcionalmente son propios de la Organización, como sucede en la UE) y personales (los agentes de la Organización, que a veces son funcionarios, y no simples contratados ocasionales) para cumplir sus fines.

Instrumentos de los procesos de integración
(indicadores que sirven para diferenciarlos de procesos de cooperación)

- Principales instrumentos
  - Medios de acción (políticas y acciones comunes)
  - Composición de las instituciones
  - Sistema y decisión
  - Financiación y personal
  - Fuentes de derecho
  - Relaciones con los derechos internos
  - Solución de controversias
  - Relaciones exteriores
- En función del mayor o menor grado de integración, el proceso presentará más o menos claramente estos rasgos. Y pueden cambiar con el tiempo, según el devenir del proceso.

Hay que hacer hincapié en que estos instrumentos dependen del grado de integración que se persiga en cada Organización, pues no es lo mismo que se trate de una zona de libre cambio que de una unión económica y monetaria, por poner dos ejemplos extremos. Así, la UE dispone y utiliza todos y cada uno de estos instrumentos, mientras que otras Organizaciones los tienen en menor medida, caso del MERCOSUR, por poner un ejemplo diáfano.

3. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, REGIONALISMO DE INTEGRACIÓN, MULTILATERALISMO Y GLOBALIZACIÓN, ¿FENÓMENOS CONTRADICTORIOS O COMPLEMENTARIOS?

El multilateralismo es, sobre el papel, el fenómeno contrapuesto al regionalismo, ya que en virtud del mismo los Estados muestran la disposición a cooperar simultáneamente con el más alto número posible de Estados que acepte las mismas reglas. A veces se llama universalismo y suele identificarse, al nivel del comercio mundial, con la OMC.[12]

En el plano regional se facilita mejor la integración sobre la base de una democratización económica general: compatibilidad de divisas, libre comercio, reglas compartidas y, sobre todo, voluntad común para fijar las reglas de juego de acuerdo con los intereses de una región entera. Pero se pueden establecer relaciones regionales de cooperación, y no de integración. En todo caso, estas relaciones regionales, sean de cooperación o de integración, se desarrollan en el seno de Organizaciones internacionales.

---

[12] Véase al respecto, REMIRO BROTÓNS, A. «Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, 1999-1, pp. 11-12.

Sin perjuicio de lo anterior, hace falta el multilateralismo (acuerdos multilaterales) y una fuerte institucionalización internacional (como la OMC) para regular el comercio internacional a escala global y de este modo organizar mejor la defensa del libre cambio frente a grupos de interés proteccionistas localizados a escala nacional o regional. El multilateralismo es siempre de cooperación.

A su vez, los procesos de integración regional y de multilateralismo tienen lugar en un marco globalizado, entendiendo por globalización un proceso fundamentalmente económico que aparece claramente en el último cuarto del siglo XX que consiste en la tendencia de las empresas y los mercados nacionales a expandirse para alcanzar una dimensión mundial, con la consecuencia de que se produce una integración creciente de las distintas economías nacionales en la economía mundial que favorece el libre comercio internacional, debido a la presión de las fuerzas del mercado (fundamentalmente las empresas multinacionales).[13] La apertura paulatina de los mercados nacionales difumina progresivamente las fronteras nacionales porque se trata, en definitiva, de decidir cada vez de forma más global y sin control efectivo por parte de los Estados.[14]

¿En qué consiste el progresivo acercamiento entre los agentes que intervienen en la vida económica de un gran número de países que caracteriza a la globalización? Básicamente, se trata de que:

1) Los Gobiernos, a través de políticas de liberalización e integración, van creando economías cada vez más interdependientes.
2) Las empresas, para optimizar sus procesos de producción, desplazan parte de sus recursos a países distintos al suyo de origen, en los que igualmente buscan nuevos socios y clientes con los que maximizar sus beneficios.

---

[13] En relación con la globalización, véase Beck, U. *Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998; Carrillo Salcedo, J. A. *Globalización y orden internacional*. Segunda edición. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005; Estefanía, J. *La nueva economía. La globalización*. Quinta edición. Madrid: Debate, 2002.

[14] Así, Fernández Rozas. *Ob. cit.*, p. 63.

3) Los consumidores, cuyos gustos, preferencias y actitudes son cada vez más similares, en buena medida debido a los medios de comunicación de masa y las acciones publicitarias de las empresas multinacionales.

De ahí que en un mundo interconectado se vayan difuminando progresivamente las fronteras de los Estado-nación.

Hay que tener en cuenta, igualmente, que la integración regional es una modalidad del regionalismo, esto es, el proceso que aflora a mitad del siglo XX en virtud del cual los Estados se agrupan en Organizaciones de ámbito regional que responden a una solidaridad restringida que sólo sienten los miembros de un grupo. Supone la voluntad de una región de defender su identidad e intereses comunes, pero sin excluirse del medio universal en el que se integra y del que no se aísla. Según el reparto de competencias da lugar a Organizaciones de cooperación intergubernamental (como la Organización de Estados Americanos) o de integración (como la UE).

En definitiva, en el comercio internacional —así como en otros ámbitos de las relaciones internacionales— se ha pasado del bilateralismo propio del siglo XIX a la dialéctica multilateralismo/regionalismo en el siglo XX para regular mejor la globalización, con una vuelta al bilateralismo en muchos casos.

En el siglo XIX el desarrollo económico dependía en gran medida de la estructura interna de un país y de las relaciones que podía anudar con un país vecino. Estas eran de cooperación.

En el siglo XX se debate entre el regionalismo de integración y el multilateralismo. En el plano regional se facilita mejor la integración sobre la base de una democratización económica general: compatibilidad de divisas, libre comercio, reglas compartidas y, sobre todo, voluntad común para fijar las reglas de juego de acuerdo con los intereses de una región entera. Pero se pueden establecer relaciones regionales de cooperación y no de integración. En todo caso, salvo excepción, estas relaciones regionales se desarrollan en el seno de Organizaciones internacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, hace falta el multilateralismo (acuerdos multilaterales y una fuerte institucionalización internacional, como la OMC) para regular el comercio internacional a escala global y de este modo organizar mejor la defensa del libre cambio frente a grupos de interés proteccionistas

localizados a escala nacional o regional. El multilateralismo es siempre de cooperación.

En fin, como quiera que en los últimos años no se han dado avances significativos en el multilateralismo y el regionalismo de integración vive una fase de estancamiento, se aprecia una vuelta al bilateralismo, si bien ahora es de integración (así, tratados de libre comercio entre dos países, como los que ha firmado Chile con Estados Unidos y Japón).

3.1. Regionalismo de integración y organizaciones internacionales

El marco jurídico institucional internacional en el que se desenvuelve generalmente el regionalismo de integración de nuestros días pasa necesariamente por la figura de las Organizaciones internacionales.

Las Organizaciones internacionales son asociaciones voluntarias compuestas por Estados —y, en menor medida, por otras Organizaciones internacionales— establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros.

Como sujetos internacionales que son, al igual que los Estados, las Organizaciones internacionales son titulares de derechos y obligaciones en el orden jurídico internacional y disfrutan de capacidad para hacerlos valer en las relaciones internacionales y para responder internacionalmente de sus violaciones. Las principales manifestaciones son el derecho a celebrar tratados internacionales, el derecho de legación, la responsabilidad internacional, el *ius standi*, los privilegios e inmunidades y la imposición de sanciones.[15]

---

[15] Véase para mayores detalles, Sobrino Heredia, J. M. «Las Organizaciones internacionales: generalidades» y «Principales manifestaciones de la personalidad jurídica internacional de las Organizaciones internacionales». En Díez de Velasco, M. *Organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2006, decimocuarta edición, pp. 37-55 y 71-87.

La subjetividad internacional

- Titularidad de derechos y obligaciones internacionales y capacidad para ejercerlos
- Principales manifestaciones
  - Celebración de tratados internacionales
  - Derecho de legación activo y pasivo
  - Ius standi y responsabiliad internacional
  - Capacidad para imponer sanciones económicas
  - Privilegios e inmunidades
  - Otras manifestaciones

Las OI regionales pueden ser de cooperación (así, el Consejo de Europa) o de integración (la UE, por ejemplo). En cambio, las OI multilaterales son siempre de cooperación (es el caso de la OMC)

3.2. Regionalismo de integración y globalización

¿Se puede considerar que el regionalismo de integración es incompatible con la globalización? A pesar de lo que puede parecer a primera vista, ambos fenómenos no son incompatibles entre sí, al menos desde la concepción moderna del regionalismo (regionalismo abierto u ofensivo) que impera actualmente, sino más bien complementarios, aunque con frecuencia coexistan en un ambiente de incómoda tensión.[16]

En efecto, el objetivo básico del regionalismo ofensivo es integrar Estados sin levantar nuevas barreras proteccionistas de las industrias nacionales ante las acometidas de la competencia internacional, como caracterizaba al clásico regionalismo defensivo, porque de lo que se

---

[16] Véase en general sobre el tema, COLEMAN W. y G. UNDERHILL (eds.). *Regionalism and Global Economic Integration*. Londres: Routledge, 1998; FERNÁNDEZ JILBERTO A. y A. MOMMEN (eds.). *Regionalization and Globalization in the Modern World Economy. Perspectives on the Third World and Transtional Economies*. Londres: Routledge, 1998.

trata realmente es de lograr una mejor inserción en la esfera internacional de los países vecinos que se integran. Y al perseguir metas comunes, aumentan las ventajas comparativas, facilitando las relaciones comerciales en una primera etapa y, sobre esta plataforma, su expansión hacia terceros después. En un primer momento, y de forma temporal, se erigen barreras para potenciar las economías de los países que se integran y acrecentar sus oportunidades en el mercado mundial. Después se expande el comercio, ya que se intenta diseñar la discriminación de tal forma que los incentivos para una mayor interacción económica entre los países miembros no sucedan exclusivamente a expensas de los no socios. Más que fraccionar la economía mundial, trata de conseguir un fortalecimiento local con vistas a competir mundialmente en el futuro mediato. En definitiva, el regionalismo abierto intenta conjugar el interés de los países socios de otorgarse mutuamente un trato preferencial con el imperativo de que, simultáneamente, se mantengan e intensifiquen los vínculos con el resto del mundo.[17]

En cierto modo es lo que ocurría con la UE desde la época de su creación, toda vez que esta integración regional fue en buena medida concebida como el instrumento europeo que, con un enfoque positivo (el establecimiento de un área progresivamente abierta a la competitividad del mercado internacional), permitiría hacer frente al fenómeno de la globalización cuyo nacimiento entonces ya comenzaba a intuirse. Sucede también con el nuevo regionalismo de la década de los noventa del siglo XX, en cuanto representa la respuesta a escala regional de distintos procesos de integración a los desafíos sociales y políticos que supone la globalización. Es, generalmente, el caso de los diversos procesos de integración del hemisferio americano y el Caribe, así como de algunos en Asia y África.[18]

---

[17] Véase en este sentido, Fernández Rozas. *Ob. cit.*, pp. 172-174.

[18] Por estas razones en ocasiones se califica a las Organizaciones internacionales de integración de nuevo cuño —las del regionalismo abierto— como un ensayo de «regionalizar la globalización»; otras veces se defiende que constituyen una combinación del regionalismo con un multilateralismo abierto; y, finalmente, ha sido acuñado el neologismo *glocalización* para aludir a este fenómeno que combina lo

La proliferación a escala casi mundial de Organizaciones de integración en nuestros días está originando un nuevo fenómeno que puede calificarse como globalización regional, pues cada vez son más escasos los lugares de la Tierra donde no existe o se está poniendo en marcha un proceso de integración regional. La interacción entre globalización y regionalismo de integración extiende sus raíces más allá de lo anterior, como lo prueba el hecho de que la conjunción de ambos fenómenos está dando lugar, desde hace pocos años, a la aparición de otro fenómeno que previsiblemente acabará teniendo igualmente un hondo calado en las relaciones internacionales futuras. Es el llamado regionalismo global, expresión con la que se quiere apuntar la tendencia actual a que cada vez sean más extensos geográficamente los procesos regionales de integración, llegando a tener una dimensión continental, e incluso interregional o transoceánica, dadas las relaciones convencionales que están anudando los diversos procesos de integración que ya existen para formar zonas de comercio libre o preferencial cada vez más amplias, sea entre ellos o con países concretos.[19] Es, por ejemplo, el caso de los proyectos de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y de asociación estratégica entre la UE y el MERCOSUR y la CAN.

A veces se habla de superregionalismo para denominar estas iniciativas porque añaden una dimensión hemisférica o transoceánica a los acuerdos de integración regional. Incluso se dice que se trata de relaciones interregionales institucionalizadas para referirse a las asociaciones de libre cambio entre bloques de integración de continentes diferentes, en tanto este modelo inédito conjuga tres elementos que, hasta el presente, no habían estado jamás reunidos: la naturaleza asociativa,

---

global y lo regional simultáneamente. Véase al respecto la exposición y la doctrina citada por CIENFUEGOS MATEO, M. «Las relaciones entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR: ¿una asociación (in)viable?». En *Europa Retos e Incógnitas. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2005*. Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2006, pp. 93-94.

[19] ESTEVAORDEL, A. y R. TORRENT (eds.). *Regionalismo global. Los dilemas para América Latina*. Barcelona: CIDOB, 2005, pp. 13 y 125.

la dimensión interregional y la finalidad de crear una zona de libre cambio.[20]

3.3. Regionalismo de integración y multilateralismo de cooperación

El regionalismo de integración y el multilateralismo de cooperación presentan un rasgo común, puesto que se trata de regular tareas comunes mediante Organizaciones internacionales. Sin embargo, se diferencian notablemente por el alcance de la cesión de competencias y su modo de ejercicio: al hablar de la cooperación económica se indica la existencia de una actuación dirigida a reducir todo tipo de discriminación, mientras la integración es un concepto más estrecho con el que se remarca que se pretenden suprimir determinadas formas de discriminación.

Por su naturaleza puede considerarse a priori que el regionalismo de integración es el fenómeno contrapuesto al multilateralismo de cooperación, dado que cuestiona su cláusula de la nación más favorecida.[21] En la práctica, sin embargo, las relaciones se plantean más en términos de compatibilidad que de antagonismo a la vista de que el regionalismo de integración puede valer con asiduidad de apoyo al sistema multilateral de comercio.[22]

---

[20] Cienfuegos Mateo. *Ob. cit.*, p. 94.

[21] Es recomendable la consulta sobre el tema el informe de la Comisión SUTHERLAND, *The Future of the WTO. Addressing Institutional Challenges in the New Millennium*, de 2005, accesible en <http://www.wto.org>. En este informe se pone de relieve la erosión del alcance de la cláusula de la nación más favorecida, ejemplificándolo con la UE, ya que sólo aplica realmente esta cláusula a ocho socios comerciales, entre los que se cuentan Estados Unidos y Japón. A los demás socios comerciales se les concede un acceso preferencial al mercado bajo el artículo XXIV, la cláusula de habilitación, los esquemas de preferencias generalizadas, etcétera.

[22] Véase en general sobre el tema, Grilli, E. «Multilateralism and Regionalism: A still Difficult Coexistence». En Frain, R. y E. Grilli (eds.). *Multilateralism and Regionalism after the Uruguay Round*. Londres: MacMillan, 1997, pp. 194-233; Preusse, H.G. «Regional Integration in the Nineties (Stimulation or Treta to the

Es fácil verificar este aserto si se tiene en cuenta, de nuevo, que el objetivo básico del regionalismo ofensivo es integrar Estados para su mejor inserción en la esfera internacional. Más que fraccionar la economía mundial, trata de conseguir un fortalecimiento local con vistas a competir mundialmente en el futuro mediato.

Es por ello que el multilateralismo acepta este tipo de regionalismo, en tanto coincide con su objetivo de procurar el libre comercio tanto hacia dentro como hacia fuera; es un compromiso con la verdadera ventaja comparativa de las naciones y con el tránsito de los factores de producción, sin obstáculos internos o externos. Y en el contexto global el multilateralismo quiere llegar a un libre comercio mundial hasta sus últimas consecuencias.

Así lo corroboran los artículos XXIV del GATT y 5 del GATS, que admiten en ciertas condiciones las zonas de libre cambio y las uniones aduaneras, a pesar de que son excepciones al libre comercio mundial, debido a la presunción de que sirven para expandir cuantitativa y cualitativamente el comercio a escala mundial, esto es, que pueden generar nuevos flujos comerciales y de inversión e impulsar iniciativas de liberalización adicionales en un plano multilateral[23] si, además se cumplen determinadas condiciones,[24] y de modo muy particular que el

---

Multilateral System?)». *Journal of World Trade*, vol. 28, 1994-4, pp. 147-164; SAMPSON, G.P. «Compatibility of Regional and Multilateral Trading Agreement: Reforming the WTO Process». *The American Economic Review*, vol. 86, 1996, pp. 88-92.

[23] REMIRO BROTÓNS. *Ob. cit.*, pp. 16-17) señala en este sentido que la OMC acepta la existencia de zonas de libre cambio y uniones aduaneras, como excepción al libre comercio si generan beneficios comerciales no sólo dentro de la zona sino también al nivel mundial: siempre que, desde una perspectiva estática, el efecto primario de un acuerdo regional sea la creación de nuevos flujos comerciales y de inversión, y no la desviación de un país a otro de los flujos ya existentes; y, desde una perspectiva dinámica, si son pioneros de procesos de liberalización adicionales en un plano multilateral, y no acaban impidiéndolos.

[24] Véase sobre el tema BARTELS, L. y F. ORTIN (eds.). *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2006; BERNARDOS,

acuerdo cubra lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los Estados parte del acuerdo regional de integración (párrafo 8 del artículo XXIV del GATT 94).

> Cabe apuntar que esta condición suscita si debe ser interpretada en términos cualitativos (no exclusión de grandes sectores de actividad) o cuantitativos (en relación a un porcentaje del comercio liberalizado en el seno del área de libre comercio, que estaría sobre el 90%), así como si se trata de requisitos autónomos o más bien acumulativos Y no existen decisiones del órgano de solución de diferencias de la OMC sobre estas tesis. De hecho, la única vez que el Órgano de Apelación de la OMC se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo XXIV del GATT evitó conscientemente pronunciarse al respecto.[25]

Por lo demás, el regionalismo de integración es un fenómeno imparable en el comercio mundial que se ha consolidado firmemente dentro del multilateralismo de la OMC. Es lo que muestran los últimos datos oficiales disponibles de la OMC, de mediados de 2008. Entonces había unos 380 acuerdos comerciales regionales —expresión de la OMC que incluye los acuerdos comerciales preferenciales y los de integración regional, sean constitutivos de zonas de libre cambio o de uniones aduaneras— notificados a la OMC, con 205 en vigor. Y se trata de un fenómeno in crescendo porque sólo un miembro de la OMC (Mongolia) no es parte en ningún acuerdo de esta naturaleza. En su conjunto suman más del 60% del comercio mundial.[26]

G. «Pasado, presente y futuro: el GATT, las áreas de libre comercio y la Organización Mundial del Comercio». *Revista d'Afers Internacionals*, n.os29-30, 1995, pp. 27-55; Huber, J., Kyriapoulous, S. y R. Torrent. «L'établissement des zones de libre-échange et les contraintes de l'OMC». En Flaesch-Mougin, F. y J. Lebullenger (eds.). *Le partenariat entre l'Union européenne et les Amériques*. Rennes: Editions Apogée, 1999, pp. 119-130.

25 Informe de 22 de octubre de 1999, *Turquía-India. Restricciones aplicadas a las importaciones de textiles y prendas de vestir AB-1999-5*, WT/DS34/AB/R, accesible en <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disputes>.

26 Véase el «Mapping of Regional Trade Agreements» publicado por el Comité de Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC, en <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm)>.

De hecho, se calcula que en 2010 habrá cerca de 400 acuerdos comerciales regionales aplicables si se tienen en cuenta los que ya están vigentes, pero no han sido notificados todavía y los que se encuentran negociándose o en el trámite de entrada en vigor.

La UE constituye, sin duda, el más significativo acuerdo regional de integración que opera en el sistema multilateral del comercio, tanto por el volumen de comercio que genera a nivel mundial, como por los problemas y cuestiones de diverso orden que plantea a la OMC.[27] Pero otros acuerdos regionales de integración suscitan igualmente numerosas complicaciones porque cuestionan el pilar de no discriminación entre Estados miembros en que se sustenta la OMC, y de modo particular la cláusula de la nación más favorecida. La mayoría de ellos han sido concluidos en los últimos diez años (desde 1995, fecha de creación entrada en vigor de la OMC). En torno al 60% han sido concluidos por Estados europeos, entre sí y/o con terceros países.

Este nuevo regionalismo de los noventa tiene en cuenta los efectos de la globalización y constituye la respuesta de las distintas regiones a los desafíos sociales y políticos que la globalización entraña. De ahí que se pueda afirmar que este nuevo regionalismo es un ensayo de regionalizar la globalización, así como que supone una combinación del regionalismo con el multilateralismo abierto, según fue expuesto antes.

> En síntesis, la OMC impone el multilateralismo de cooperación como medio para regular la globalización, a la vez que acepta el regionalismo de integración en su seno como instrumento para incentivar el libre comercio en el futuro. Y ello a pesar de que el regionalismo de integración pone en tela de juicio el trato de nación más favorecida, tan característico de la OMC.

Las ideas fundamentales expuestas en los epígrafes anteriores aparecen reflejadas en la siguiente imagen.

---

[27] En relación con el tema, véase CEBADA ROMERO, A. *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*. Segunda edición. Madrid: La Ley, 2004.

La dialéctica bilateralismo, multilateralismo, regionalismo y globalización en el comercio internacional

- Bilateralismo: a partir siglo XVIII fundamentalmente.
- Regionalismo y multilateralismo: siglo XX.
  - Las organizaciones regionales pueden ser de cooperación (Consejo de Europa) o de integración (UE).
  - Las organizaciones universales / multilaterales son de cooperación intergubernamental (OMC).
- Complementariedad del:
  - Regionalismo de integración y multilateralismo de cooperación (artículo XXIV GATT).
  - Globalización e integración regional (regionalismo abierto u ofensivo).
- La OMC impone el multilateralismo para regular —en la medida de lo posible— la globalización, a la vez que acepta el regionalismo de integración en su sino como medio para incentivar el libre comercio en el futuro.
  - A pesar de que el regionalismo de integración cuestiona en la práctica la cláusula de la nación más favorecida (no discriminación entre Estados miembros).
- La UE acepta la globalización (es un regionalismo de integración ofensivo), pero trata de evitar las consecuencias de una globalización salvaje.

4. Modelos de integración económica regional

Con atención a los grados variables de integración de los mercados nacionales, es posible distinguir los siguientes tipos ideales, modelos o niveles de integración económica, que a su vez pueden englobarse dentro de una integración política: la zona de libre cambio, la unión aduanera, la unión económica, la unión económica y monetaria y la unión política.[28]

[28] Véase, para mayores detalles de lo que sigue, Cienfuegos Mateo, M. «Libertades comunitarias de circulación y ejercicio de las actividades profesionales del derecho en la UE». En Serrano de Nicolás, A. y Vázquez Albert, D. (coords.).

4.1. Zona de libre cambio (también llamada zona de libre comercio)

La zona de libre cambio, también llamada zona de libre comercio, supone la creación de un espacio de libre comercio entre varios sujetos internacionales —generalmente entre Estados, pero también últimamente entre Estados y Organizaciones internacionales y éstas entre sí—, mediante la supresión de los derechos de aduana y las reglamentaciones comerciales de carácter nacional restrictivas (tasas de efecto equivalente, restricciones cuantitativas, etcétera) para los productos originarios de quienes forman parte de la zona, generalmente tras un periodo transitorio. Cada miembro mantiene sus propios aranceles, así como su reglamentación aduanera y comercial, en sus relaciones con terceros sujetos internacionales. Un ejemplo claro de zona de libre cambio es la Asociación Europea de Libre Comercio (AELE, EFTA con sus siglas en inglés), integrada por Islandia, Liechtenstein, Suecia y Suiza.

> Según el artículo XXIV del GATT, las zonas de libre comercio son «un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio».

La zona de libre cambio preserva la autonomía de los participantes en las relaciones con otros sujetos internacionales. De ahí que sea limitada a los productos originarios de la zona, pues, en caso contrario, los productos importados de terceros Estados transitarían por el país que aplicase la tarifa exterior más baja. Y de ahí igualmente que sea necesario definir lo que se entiende por producto originario de la zona (por ejemplo, en atención a los porcentajes —en el proceso productivo— de las materias primas de los países de la zona) y aplicar un control de origen en las fronteras interiores de la zona para evitar fraudes, lo que se traduce en la expedición de certificados de origen, de acuerdo con requisitos establecidos en las normas comunes.

Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales. Barcelona: Bosch, 2005, especialmente pp. 1110-1125.

El certificado de origen es el documento fundamental que acredita el origen de un producto que se destina a la exportación y que permite acogerse a las preferencias arancelarias (incluida la exención de aranceles) que se hayan pactado según las normas de origen establecidas en los distintos Acuerdos Comerciales. El objetivo de los certificados de origen es impedir que los bienes producidos en terceros países y que sólo han transitado o han sido objeto de una transformación mínima en los países participantes del acuerdo se beneficien de las ventajas arancelarias pactadas en su seno. Los certificados de origen los emiten las entidades gremiales y gubernamentales que determine el país de producción del bien destinado a la exportación, dependiendo del acuerdo y del tipo de producto, y se utilizan en el momento de la importación del bien, al solicitar la aplicación de un trato arancelario preferencial.

4.2. Unión aduanera

Una unión aduanera es un espacio de libre comercio entre varios Estados en el que, además del régimen propio de una zona de libre cambio, se adopta un arancel común frente a las mercancías procedentes de sujetos ajenos a la unión y una legislación aduanera y comercial esencialmente idéntica para los productos de terceros sujetos internacionales ajenos a la unión. Un ejemplo (aunque imperfecto) de unión aduanera es el MERCOSUR, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y, próximamente, Venezuela.

El artículo XXIV del GATT define las uniones aduaneras como «la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un sólo territorio aduanero, de manera que: 1) los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (...) sean eliminadas con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios; y 2) que cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en sustancia, sean idénticos».

Como requisito adicional este precepto impone que los derechos de aduana que afecten a terceros Estados no sean más elevados que los aplicados antes de la creación de la unión.

Si comparamos una zona de libre cambio con una unión aduanera se observa que presentan características comunes: son acuerdos entre dos o más Estados cuyo fin es suprimir entre ellos los obstáculos comerciales a la libre circulación de sus productos. Sin embargo, presentan una diferencia esencial, ya que la unión aduanera presupone la adopción de una tarifa exterior común (única o dentro de una horquilla) y la adopción de una reglamentación comercial idéntica o similar hacia el exterior.

Al haber una normativa aduanera común, el bien importado en uno de los Estados miembros habrá cumplido unas reglas aduaneras sustancialmente idénticas a todos los países de la unión aduanera, sin importar el país por donde haya entrado, de tal suerte que una vez superada la frontera aduanera común, tal bien importado debería equipararse a los productos originarios de la unión aduanera y podrían suprimirse los certificados de origen en su seno. Y debiendo ser indiferente el origen del producto, nacional o importado, una vez se encuentre dentro de la unión, el bien importado debería igualmente equipararse a los productos originarios de la unión aduanera y poder circular libremente dentro de ella. Es el régimen aduanero llamado «despacho en libre práctica». Sin embargo, esto no suele ocurrir así en las uniones aduaneras existentes, de manera que generalmente el producto importado en un Estado debe cumplimentar de nuevo, al atravesar las fronteras de otro país miembro de la unión, las formalidades aduaneras y, en su caso, satisfacer los derechos de aduana. La UE es una excepción a esta situación, puesto que existe el despacho en libre práctica en todo el territorio aduanero comunitario de los productos importados de terceros Estados.

> En efecto, el artículo 24 del Tratado CE dispone que «se considerarán en libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles, siempre que no se hubiera beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos».

4.3. Mercado común

El mercado común implica la creación entre diversos Estados de un espacio en el que, además del régimen propio de una unión aduanera, se acuerda la libre circulación de los otros factores de producción (personas, servicios y capitales). Ello conlleva lógicamente que se instaure un sistema de normas comunes aplicables directamente a los Estados miembros y a sus ciudadanos, lo que a su vez implica un cierto grado de institucionalización orgánica con competencias de decisión y no sólo de gestión, superando ampliamente lo que es propio de una unión aduanera.[29]

Debe hacerse hincapié en que las uniones aduaneras son un claro ejemplo de integración negativa —eliminación de prácticas discriminatorias en materia comercial entre dos o más países—, mientras el mercado común implica ya el inicio de la integración positiva, pues no sólo se eliminan los obstáculos a la libre circulación de los factores productivos, sino que también se ponen en funcionamiento por las instituciones supranacionales una serie acciones comunes —como la armonización de legislaciones— para fomentar esta libre circulación.[30]

Sólo el Benelux (Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos) y la UE constituyen un mercado común, a pesar de que otras muchas Organizaciones internacionales pretenden alcanzar este grado de integración, como la CAN, integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, y la Comunidad del Caribe (CARICOM) de la que forman parte Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, St. Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Surinam, y Trinidad y Tobago.

---

[29] Véase, en este sentido, Catalano, N. y R. Scarpa. *Principios de Derecho comunitario*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 28.

[30] En relación con los conceptos de integración positiva y negativa en modelos de integración económica regional, véase Briceño Ruiz, J. *Las teorías de la integración regional y su praxis en Europa y América Latina*. Mérida: Universidad de los Andes, 2003; Scharpf, F. *Gobernar en Europa. ¿Eficaz y democráticamente?* Madrid: Alianza Editorial, 2000.

4.4. Unión económica

Una unión económica supone la creación entre diversos Estados de un espacio en el que además del régimen propio del mercado común se unifican en algunos casos y se coordinan en otros determinadas políticas (micro y macroeconómicas) nacionales (fiscales, presupuestarias y socioeconómicas). El Benelux y la UE constituyen los ejemplos más representativos de la integración económica, por más que no sea completa, en cuanto no se unifican todas las políticas económicas nacionales.

> Así, en la UE se instauran políticas comunes en sectores socioeconómicos como el agrícola, el comercio y los transportes, que sustituyen a las políticas nacionales; se aprueban igualmente políticas comunitarias que complementan las nacionales, que no desaparecen, como en materia de empleo; y se coordinan las políticas económicas nacionales que siguen existiendo, como la política de fiscalidad y la presupuestaria.

4.5. Unión económica y monetaria

Una unión económica y monetaria conlleva la creación entre diversos Estados de un espacio común en el que se perfecciona la unión económica, ya que además de un mercado común se unifican (y no simplemente se armonizan) todas las políticas económicas y monetarias nacionales, especialmente las políticas fiscales, presupuestarias, monetarias y de tipos de cambio, y además con frecuencia la unión queda regida por una unidad monetaria única. A nivel institucional implica un desarrollo orgánico más complejo, semejante al de un Estado, para llevar a cabo las competencias mencionadas, incluyendo el establecimiento de un instituto financiero independiente. El Benelux y la UE constituyen nuevamente los ejemplos más representativos de la integración económica y monetaria total, por más que sean imperfectas todavía.

> En el Benelux no ha habido nunca una moneda única, sino simples tipos cambiarios fijos entre las monedas nacionales, y el euro que ahora circula en sus tres países (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) es en razón de su pertenencia a la UE, y no al Benelux.

4.6. Unión política

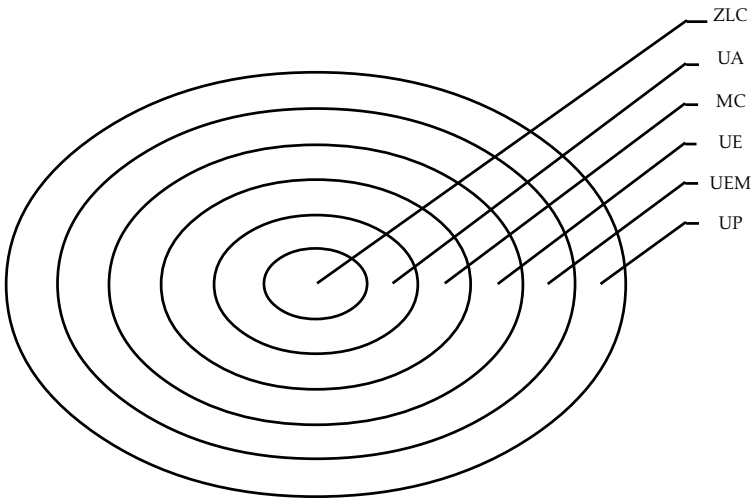
Una unión política implica una unión económica y monetaria junto con competencias en ámbitos políticos clásicos, como son, por ejemplo, la defensa, la policía y los derechos humanos. Cualquier Estado, y especialmente los Estados federales, son representativos de una unión política. Ninguna Organización internacional constituye una unión política, aunque la UE se está aproximando en alguna medida.

¿Qué son las zonas preferenciales de comercio? No constituyen, en propiedad, una fase de integración económica. Una zona preferencial de comercio es una simple área de preferencias comerciales en cuyo seno los miembros acuerdan concederse unos a otros un tratamiento tarifario (arancelario) unitario, diferencial, más favorable que el que otorguen a terceros Estados. Pero los Estados de la zona preferencial no dejan sin efecto las tarifas arancelarias ni tampoco otras restricciones comerciales, sino simplemente que los mutuos derechos arancelarios son más reducidos que los que imponen a las importaciones de Estados fuera de la zona. A esta diferencia arancelaria se le llama el margen de preferencia. Es el caso de la Commonwealth (Comunidad de Naciones Británicas).

El siguiente cuadro aclara las características fundamentales de cada uno de los modelos anteriormente expuestos.

Acuerdo preferencial	Zona de libre cambio	Unión aduanera	Mercado común	Unión económica	Unión económica y monetaria	Unión política
Ventajas arancelarias	Eliminación de los obstáculos comerciales	Protección comercial exterior común	Libertad de circulación de todos los factores productivos	Unificación y/o coordinación común de las políticas económicas	Unificación de las políticas económicas y monetarias	Unión perfecta en todos los niveles

Como puede apreciarse a primera vista, cada fase de integración arranca de la anterior para aportar algo nuevo. De ahí que se pueda hablar de los círculos concéntricos para explicar este fenómeno, como bien muestra la siguiente imagen.



Cabe advertir, sin embargo, que los modelos teóricos expuestos no se encuentran necesariamente en estado puro en la realidad internacional, y ello porque la configuración de una Organización de integración no responde a patrones teóricos fijos sino a la voluntad de sus miembros. Además, las Organizaciones de integración evolucionan constantemente, dificultando su encaje en un modelo u otro de los propuestos, en razón de que en cada momento de su evolución pueden ir cambiando sus objetivos, sea ampliándolos o reduciéndolos.

Por ello a veces se habla en la doctrina de la existencia de fases en los procesos de integración[31] e incluso se añaden nuevos modelos, como

---

[31] SOBRINO HEREDIA, J.M. («La institucionalización del regionalismo internacional». *Revista d'Afers Internacionals*, n.º 20, 1991, pp. 136-137) señala, a modo de ejemplo, diferentes fases que puede experimentar un proceso de integración: 1) *De orden socio-cultural:* etapa preparatoria en la que se expresan y confrontan

la unión arancelaria, que se situaría entre la zona de libre cambio y la unión aduanera, en tanto que caracterizada porque en la unión arancelaria los derechos arancelarios a la exportación o importación no pasan a ingresar un fondo común que se reparte entre todos los miembros, sino que se los queda el fisco del territorio aduanero por donde penetre la mercancía importada o salga la mercancía exportada, y se pone como ejemplo el MERCOSUR. Por los mismos motivos son frecuentes las discusiones teóricas acerca de si dentro del concepto de mercado común de la UE se incluyen las políticas comunes o incluso si el mercado común y el mercado interior pueden identificarse, como se verá en el capítulo dedicado a la UE. En el fondo, se trata de matices que no tienen mayor repercusión práctica.[32]

> Por ejemplo, el TLCAN es una zona de libre cambio, pero en la misma se incluyen los llamados temas nuevos que escapan al concepto clásico de un área de libre comercio: restricciones a las inversiones extranjeras, propiedad intelectual, regulaciones que restringen el comercio de servicios —como transporte, seguros y actividades financieras—, competencia desleal, subsidios, procesos de solución de controversias, preservación del medio ambiente y normas laborales, etcétera.

---

las ideas, los argumentos y las doctrinas partidarias o no de la institucionalización. Se van fraguando en este periodo las afinidades integracionistas y se toma conciencia de un cierto pasado común o de un devenir histórico común; 2) *De desarrollo de una diplomacia tradicional:* es una fase consultiva en la que se persigue la armonización de ciertos aspectos de la política exterior, económica y comercial de los Estados, sin que ello implique la creación de órganos e instituciones dotados de poderes propios y sin que los países miembros vean limitadas sus capacidades de decisión; 3) *funcional:* se limita a la integración de ciertos sectores de la vida económica y social, ampliación del mercado, política aduanera común, integración de los sectores de la energía, armonización del proceso de industrialización, etc. En esta fase de integración restringida aparecen autoridades especializadas dotadas de atribuciones concurrentes con las de los Estados miembros; y 4) *constitucional:* implica la integración propiamente dicha de amplios sectores de la vida económica y política de los países, provocando el abandono en cierta medida de las soberanías nacionales en favor de las organizaciones supranacionales, dotadas de personalidad jurídica y poder coercitivo.

[32] Véase sobre el tema, Cienfuegos Mateo, M. «Libertades comunitarias de circulación y ejercicio de las actividades profesionales del derecho en la UE». *Ob. cit.*, 1117-1118.

5. PRINCIPALES PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Originariamente los procesos de integración asociaban a Estados con un nivel de desarrollo similar, se trate de países desarrollados (acuerdos Norte-Norte), como fue el caso de los primeros procesos de regionalismo de integración en Europa (CEE y AELE), sea trate de países en vías de desarrollo (acuerdos Sur-Sur), como ha sucedido en América Latina (CAN y MERCOSUR, por ejemplo). Con el tiempo la situación se ha ido complicando porque se han puesto en marcha procesos de integración con muy diferentes grados de desarrollo, como es el caso del TLCAN (acuerdos norte-sur). En los últimos años se está llegando a establecer relaciones institucionalizadas entre bloques y organizaciones de integración de muy diferente intensidad (interregionalismo contemporáneo), como es el caso de los proyectos del ALCA y la UNASUR.

A continuación se indican los principales procesos internacionales de integración regional en Europa y América Latina y el Caribe, ya vigentes o en todavía en proyecto, con indicación de sus países miembros hoy en día, su grado de integración en la actualidad a grandes rasgos y su página web en la que se puede conseguir información detallada de lo que hacen y de su labor en materia comercial y económica. Son los siguientes:

NOMBRE DEL ACUERDO, DIRECCIÓN DE INTERNET Y GRADO DE INTEGRACIÓN	PAÍSES MIEMBROS
Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) 1994. <http://www.ftta-alca.org > Intento (frustrado) de creación de una zona de libre cambio con peculiaridades.	Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela (34).
Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) 1960 <http://www.efta.int>	Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza (4).

Área de libre cambio con elementos de un mercado común y de una unión económica.	
Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) 1980 <http://www.aladi.org> Área de preferencias arancelarias	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Méjico, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (12).
Comunidad Andina (CAN) 1969 <http://www.comunidadandina.org> Unión aduanera imperfecta con elementos de mercado común y de unión económica.	Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú (4).
Comunidad de Estados Independientes (CEI) 1991 <http://cis.minsk.by> Área de preferencias arancelarias.	Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kazajistán, Kirguistán, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Uzbekistán y Ucrania (11).
Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN) 2004 y Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) 2007 <http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm> En fase de creación de una zona de libre comercio.	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela (12).
Comunidad del Caribe (CARICOM) 1973 <http://www.caricom.org> Mercado común parcial.	Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, St. Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Surinam, y Trinidad y Tobago (15).
Mercado Común Centroamericano (MCCA) 1960 y Subsistema de Integración Económica Centroamericana (SICA) 1991. <http://www.sieca.org.gt/> Unión aduanera imperfecta.	Costa Rica, El salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua (5).
Mercado Común del Sur (MERCOSUR) 1991 <http://www.MERCOSUR.int/msweb/> Zona de libre cambio con excepciones, unión aduanera imperfecta y elementos de mercado común.	Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. (5).
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) 1992 http://www.nafta.net zona de libre cambio con peculiaridades.	Canadá, Estados Unidos y México (3).
Unión Económica del Benelux (Benelux) 1944 <http://www.benelux.be> Unión económica desarrollada con elementos de unión política.	Bélgica, Holanda y Luxemburgo (3).
Unión Europea (UE) 1957 <http://europa.eu> Unión económica imperfecta, unión monetaria perfecta y elementos de unión política.	Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia (27).

Como se aprecia fácilmente, el fenómeno de la integración regional en Europa y América Latina y el Caribe tiene lugar sobre todo entre países en vías de desarrollo (acuerdos Sur-Sur); de hecho, todos los procesos anteriores se dan entre ellos, con la excepción del ALCA, el TLCAN y la UE, que también agrupan a países desarrollados (acuerdos Norte-Sur), y del Benelux y de la AELC, que reúnen sólo a países desarrollados (acuerdos Norte-Norte).

La integración en Europa: la Unión Europea

Dr. Manuel Cienfuegos Mateo

La integración en Europa: la Unión Europea

Manuel Cienfuegos Mateo

Sumario: 1. Introducción.— 2. Origen y evolución histórica de la Unión Europea.— 3. Grado real de integración: del Mercado Interior a una Unión Económica y Monetaria imperfecta con elementos de Unión Política.— 3.1. La unión aduanera.— 3.2. El mercado común.— 3.3. El mercado interior.— 3.4. La unión económica y monetaria.— 3.5. Las políticas de solidaridad interna.— 3.6. Hacia la unión política.— 4. Las relaciones exteriores de la UE.— 4.1. La política comercial común.— 4.2. La política de cooperación al desarrollo.— 5. Marco jurídico, institucional y financiero de la Unión Europea.— 5.1. Las instituciones de la Unión Europea.— 5.1.1. El Parlamento Europeo.— 5.1.2. El Consejo de la UE.— 5.1.3. La Comisión Europea.— 5.1.4.— El Tribunal de Justicia de la UE.— 5.1.5. El Tribunal de Cuentas.— 5.1.6. El Banco Central Europeo.— 5.1.7. Órganos consultivos.— 5.2. Las fuentes del Derecho comunitario europeo y su garantía judicial.— 5.2.1. Categorías normativas.— 5.2.2. Principios que regulan las relaciones del Derecho comunitario con los ordenamientos nacionales.— 5.2.3. El control judicial del Derecho comunitario.— 5.3. El presupuesto de la Unión.—

1. Introducción

El proceso de integración europea está inspirado claramente en la idea de sustituir las rivalidades seculares entre Estados miembros mediante la puesta en común de intereses políticos (salvaguardar la paz), económicos (reconstruir un continente destruido y poner las bases para su desarrollo económico), y culturales y jurídicos (asentar los pilares fundamentales de la civilización europea: democracia, derechos del hombre y estado de derecho). De ahí que la Unión Europea (UE)

aparezca a la vez como un proyecto político (esencialmente de carácter económico), una estructura institucional y una comunidad de derecho.[1] Para conseguir estos objetivos, la construcción europea reposa en la concepción de una unión por esencia evolutiva y dinámica, que arrancando de sectores económicos concretos avanza hacia una integración económica y monetaria global y, en menor medida, política.

Desde el punto de los procesos de integración regional, la UE presenta unas características únicas:

a) Es, con diferencia, la Organización internacional de mayor grado de integración que existe al nivel mundial: se trata de una unión económica imperfecta y una unión monetaria completa para los países del euro y presenta además ya elementos propios de unión política.

b) La UE es el principal bloque económico mundial, por encima de los 12 billones de euros en 2007, lo que supone alrededor del 15% del PIB mundial, así como la segunda zona comercial mundial, después del NAFTA, representando en torno al 21% del comercio mundial (más de 2,5 billones de euros en 2007); su nivel de comercio intrarregional (los intercambios de bienes entre los Estados miembros) es el más elevado del mundo, en torno a 2/3 del comercio total. Ello a pesar de que la UE es un área pequeña geográficamente (su territorio es de 4,21 millones de Km^2, muy inferior a los 21,78 millones de Km^2 del TLCAN). Otro dato macroeconómico interesante de la UE es que su población llega a los 493 millones de habitantes en 2007, alrededor del 12% de la población mundial.

c) La UE es una zona que está experimentando uno de los crecimientos económicos más homogéneos del mundo, incluso en esta época actual de convulsiones (basta con tener en cuenta que el crecimiento

---

[1] JACOT-GUILLARMOD, O. *Droit Européen. Résumé du Cours. IV. Droit de l'intégration économique (CEE, AELE, EEE)*. Neuchatel: Association neuchateloise des étudiants en droit, 1989-1990, pp. 27-28.

medio dentro de la UE es de un 2% de promedio, la inflación se sitúa en el 3,2% y el paro en el 7,7% en 2007), debido en buena parte a la existencia de una política de solidaridad hacia dentro, plasmada en varios fondos estructurales y de cohesión de ayuda a los países miembros y regiones menos desarrolladas, segmentos de la población europea con problemas específicos, etcétera.[2] Ello permite que la renta nacional bruta per cápita (en poder adquisitivo de compra) sea, en 2007, de las más altas del mundo, con 22.000 euros de promedio por habitante. Claro que existen diferencias entre países, que se han agudizado tras las ampliaciones de la UE acaecidas en 2004 y 2007, pues, por ejemplo, la media de Luxemburgo es de unos 60.300 euros, esto es, un 276%; España se sitúa en la media, con unos 23.400, esto es, un 1,07%; y Bulgaria tiene el promedio de renta nacional bruta más baja, con unos 8.300 euros, esto es, un 38%). De ahí la imperiosa necesidad de que se mantenga esta política de solidaridad intracomunitaria para una mayor cohesión social y territorial dentro de la UE.

Existen muchas razones para que la UE sea el modelo más exitoso —que no es lo mismo que perfecto— de integración económica regional internacional, que se exponen con cierto detalle a lo largo de este capítulo. Por el momento es suficiente con resaltar las siguientes:

a) La sensatez de la lógica que sustenta la integración europea, ya que no pretende crear de golpe una federación de Estados, sino que es mucho más modesta en sus objetivos inmediatos. Con arreglo al método neofuncionalista, se trata de ir creando una solidaridad de hecho en sectores concretos (carbón y acero) para, desde esta base, ir avanzando paulatinamente en lo económico, monetario y político, hasta llegar a una federación europea (Declaración Schuman), que sería propio de un enfoque federal. El método comunitario se

---

[2] Para mayores detalles, véase Comisión Europea. *Hechos y cifras clave de la Unión Europea*. Luxemburgo: OPOCE, 2007 (accesible en <http://europa.eu/abc/index_es.htm)>.

caracteriza, precisamente, por esta acertada combinación de un enfoque federal con técnicas neofuncionalistas para la creación del nuevo ente supranacional.[3] Dicho de otro modo, la integración europea se caracteriza por ser un proceso funcional y gradual, que se puso en función de la economía y se guió en su origen por la subsidiariedad de las actuaciones comunes, ya que los Estados conservaron grandes parcelas de la soberanía y cedieron el mínimo indispensable de competencias (funciones económicas en sectores concretos) a los nuevos órganos comunes. Posteriormente, se han ido transfiriendo nuevas competencias en otros ámbitos hasta llegar a la situación actual en que se ha producido una cesión real de competencias soberanas de gran amplitud, puesto que asume responsabilidades de diversa entidad en clásicas funciones regalianas de un Estado: espacio económico unificado, moneda única, justicia, policía, fronteras, diplomacia y defensa.[4]

b) Para gestionar tales competencias se ha establecido un equilibrado y desarrollado entramado institucional, integrado más por personalidades independientes que por representantes de los Estados miembros, en cuyo seno las decisiones —que suelen tomarse por mayoría— obligan desde su aprobación a los Estados miembros y prevalecen sobre las normas nacionales contrarias. Dispone además de un eficaz sistema jurisdiccional propio de solución de las controversias que puedan suscitarse en la aplicación del Derecho comunitario, al que tienen acceso los Estados miembros, las instituciones de la UE y los particulares, personas físicas o jurídicas.

---

[3] En relación con este tema, véase M .CIENFUEGOS, MATEO. «La naturaleza de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea en el debate actual acerca del modelo futuro de Europa». *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 66, 2003, pp. 67-145; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *El federalismo supranacional ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?* Bilbao: Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2003.

[4] Véase en este sentido MANGAS MARTÍN, A. y D. J. LIÑÁN NOGUERAS. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Quinta edición. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 71-72.

La siguiente imagen muestra bien este estado de cosas.

Características fundamentales de la integración europea

- Objetivos y grado de integración muy avanzados: unión política.
- Composición de sus órganos: hay varios integrados por personalidades independientes.
- Decisión por mayoría en un número elevado de casos (en torno al 90%).
- Recursos de financiación propios suficientes: en torno a los 120.000 millones de euros anuales (créditos de compromiso).
- Carácter obligatorio, efecto directo sobre los particulares y primacía (incluso sobre las constituciones internas) de las normas comunitarias.
- Sistema judicial propio de solución de controversias (al que tienen acceso directo los particulares).
- Medios humanos suficientes (sobre los 43.000 funcionarios y agentes, de los que 32.000 en la Comisión).
- Relaciones exteriores (con terceros países y OI) muy evolucionadas.

c) La existencia de economías suficientemente fuertes y complementarias: se trata de un sistema de economía mixta de mercado propia de países generalmente desarrollados que pueden clasificarse, en buena medida, en agrícolas e industriales.[5]

---

[5] Siguiendo a Brunet, F. *Curso de integración europea*. Barcelona: Alianza Editorial, 1999, pp. 84-86), la economía europea es mixta de mercado ya que intenta combinar las ventajas de la producción privada con las exigencias de los objetivos públicos, fomentando para ello la cooperación entre el sector privado y el público de la economía, entre las empresas y el Estado. Los siguientes 4 indicadores estructurales así lo señalan:

1) Dinamismo del sector empresarial: las PYMEs son esenciales a pesar de la concentración económica; progreso técnico y competitividad para la penetración en el mercado; flexibilidad productiva.
2) Internacionalización: consecuencia del dinamismo empresarial, hay numerosas inversiones extranjeras directas aplicadas a la producción mercantil y un abundante comercio internacional de mercancías, especialmente en productos semielaborados (comercio intraindustrial) entre países desarrollados, en detrimento de las materias primas procedentes del tercer mundo.

Evidentemente, el esquema se rompe parcialmente tras la entrada de 12 nuevos países en la UE entre 2004 y 2007, ya que se trata de países generalmente en vías de desarrollo (la media de renta nacional bruta per cápita de todos ellos no llega al 50% del promedio de la UE de 15 Estados) que operaban de acuerdo a un sistema de economía de Estado, por lo que hacen falta transformaciones económicas significativas dentro de la UE para ganar en productividad y competitividad interna e internacional.

En este contexto se sitúa, por ejemplo, la llamada Agenda de Lisboa, que es un plan de desarrollo de la UE aprobado por el Consejo Europeo en Lisboa en marzo de 2000 y revisada ulteriormente en varias ocasiones (así, en 2001 y 2004).

El Consejo Europeo de Lisboa se marcó el objetivo estratégico de convertir la economía de la Unión en «la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, antes del 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social». Según las conclusiones de la presidencia del Consejo europeo de Lisboa, la realización de este objetivo requiere una estrategia global:

1) Preparar la transición hacia una sociedad y una economía fundada sobre el conocimiento por medio de políticas que cubran mejor las necesidades de la sociedad de la información y de la investigación y desarrollo, así como acelerar las reformas estructurales para reforzar la competitividad, la innovación y la conclusión del mercado interior.
2) Modernizar el modelo social europeo invirtiendo en recursos humanos y luchando contra la exclusión social.
3) Mantener sana la evolución de la economía y las perspectivas favorables de crecimiento progresivo de las políticas macroeconómicas».

---

3) Estatalización de la economía: desarrollo del sector público paralelo al del sector privado, tanto por el consumo final de las administraciones públicas como por las inversiones en bienes públicos (como carreteras) en cantidades cuantiosas (a veces llega el gasto público al 20% del PIB); y las transferencias a las familias y a las empresas (sistemas de protección social contra enfermedades, paro...) que oscilan en torno al 40% del PIB.
4) Aplanamiento (relativo) de los ciclos económicos: sensibilidad a la coyuntura, ya que los ciclos son largos, sin perjuicio de no estén exentos de dificultades e inestabilidades (por ejemplo: crisis del sistema monetario europeo en 1992).

> El Consejo Europeo de Göteborg de 15 y 16 de junio de 2001 añadió una dimensión ecológica a estos objetivos, y particularmente subrayó el cambio de enfoque en materia de elaboración de las políticas. Se trata de «examinar de una manera coordinada las consecuencias económicas, sociales y ecológicas de todas las políticas y de tenerlo en cuenta en los procesos de decisión». Estas tres dimensiones constituyen lo que se llama el desarrollo sostenible.[6]

En fin, hay que tener en cuenta que la transferencia de competencias soberanas en favor de las instituciones de la UE no habría sido tan amplia sin el trasfondo de la Segunda Guerra Mundial, ya que la reconstrucción de Europa requería grandes dosis de generosidad hoy en día casi impensables al tratarse de un contexto muy diferente.

Por todos estos motivos suele decirse, con razón, que la UE es la única organización supranacional, en cuanto es el estadio más elevado de la integración regional.[7]

2. Origen y evolución histórica de la Unión Europea

El proceso de construcción de la UE que hoy en día conocemos arranca hacia más de 50 años y se ha caracterizado por su enorme dinamismo, de manera que cada pocos años se han sucedido reformas significativas de sus Tratados fundacionales. Esta evolución se puede sintetizar en las siguientes grandes etapas.[8]

---

6 Véase información detallada de la Agenda de Lisboa en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/ c10241.htm>.

7 Por ejemplo, Iglesias Buhigues, J.L. «La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas». *Revista de Instituciones Europeas*, 1974-1, pp. 73-117; Mangas Martin, A. «Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la integración europea». *Revista de Instituciones Europeas*, 1977-2, pp. 403-424.

8 Véase una cronología detallada de la UE en Aldecoa Luzárraga, F. *La integración europea II. Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*. Madrid: Tecnos, 2002; Fontaine, P. *Doce lecciones sobre Europa*. Luxemburgo: Opoce, 2006, accesible en <http://europa.eu/abc/12lessons/index_es.htm>.

1951
El 9 de mayo de 1950, Robert Schuman, Ministro francés de Asuntos Exteriores, propone poner en común los recursos de carbón y de acero de Francia y de la República Federal de Alemania en una Organización abierta a la participación de los demás países de Europa.

Basándose en dicha declaración, el 18 de abril de 1951, seis Estados miembros (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos) firman, en París, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Entró en vigor el 23 de julio de 1952 para un periodo de cincuenta años, por lo que expiró el 23 de julio de 2002. El objetivo de este Tratado era garantizar la paz en Europa mediante una integración sectorial: el mercado común del carbón y el acero.

El 9 de mayo se ha convertido en una fiesta anual, el día de Europa, por la enorme influencia que ha tenido en el proceso de integración europea.

1957
Reunidos en la Conferencia de Mesina, los días 1 y 2 de junio de 1955, los Ministros de Asuntos Exteriores de los Seis deciden ampliar las negociaciones sobre la integración europea al conjunto de la economía.

Tras diversas negociaciones, el 25 de marzo de 1957 se firman en Roma los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). Entraron en vigor el 1 de enero de 1958, por un tiempo indefinido. Hay ya 3 Comunidades Europeas y por eso se habla corrientemente de las CE en plural.

El Tratado CEEA persigue la integración sectorial de la energía atómica. Mucho más ambicioso, el Tratado CEE crea un mercado común en el que habrían de circular libremente las personas, bienes, servicios y capitales. Además se implantan ciertas políticas comunes, como la

agrícola, la comercial y la de la competencia, que se irán aplicando progresivamente ya durante la década de los sesenta.

1965 y 1970
El 8 de abril de 1965 se firma el Tratado de fusión de los ejecutivos de las tres CE, por el que se constituyen un Consejo y una Comisión únicos. Dicho Tratado entró en vigor el l de julio de 1967.

A su vez, el 22 de abril de 1970 se firma en Luxemburgo el Tratado por el que se permite que las Comunidades Europeas vayan financiándose progresivamente mediante recursos propios y por el que se amplían los poderes de control del Parlamento Europeo.

1972
El 22 de enero de 1972 se firman en Bruselas los primeros Tratados de adhesión a las CE, concretamente Dinamarca, Irlanda, Noruega y Reino Unido. Entran en vigor el 1 de enero de 1973, con excepción de Noruega, que tras un resultado adverso en referéndum popular decide no participar en la integración europea. Las CE cuentan ya con 9 Estados miembros.

1979
El 28 de mayo de 1979 se firma el Acta de adhesión de Grecia a las CE, que entra en vigor el 1 de enero de 1981. Son ya 10 los Estados miembros.

Los días 7 y 10 de junio de 1979 se produce la primera elección por sufragio universal directo de los miembros del Parlamento Europeo.

1985 - 1986
El 12 de junio de 1985 se firman las Actas de adhesión de España y Portugal a las CE, que comienzan a aplicarse el 1 de enero de 1986. Las CE tienen 12 Estados miembros.

En el Consejo Europeo de Luxemburgo, de 2 a 4 de diciembre de 1985, los entonces diez Estados miembros acuerdan revisar el Tratado

CE firmado en Roma en 1957 y relanzar la integración europea mediante la redacción de un nuevo tratado, que prevé la creación del mercado único a más tardar el 1 de enero de 1993.

Los días 17 y 28 de febrero de 1986 se firma en Luxemburgo y La Haya el Acta Única Europea, que entra en vigor el 1 de julio de 1987. Con este Tratado se inicia tímidamente la andadura europea por ámbitos políticos, mediante la llamada cooperación política europea, que es un sistema de consultas y concertación entre Estados en temas políticos de interés común.

1991
El 9 de diciembre de 1989 el Consejo Europeo de Estrasburgo decide convocar dos Conferencias Intergubernamentales sobre la profundización de la unión política y de la unión económica y monetaria europeas. Tras complicadas negociaciones, el 7 de febrero de 1992 se firma, en Maastricht, el Tratado de la UE, que entra en vigor el 1 de noviembre de 1993.

Este Tratado prevé una política exterior y de seguridad común, una cooperación más estrecha en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior y la creación de una unión económica y monetaria, incluida una moneda única. La cooperación intergubernamental en estos dos ámbitos intergubernamentales, junto con el sistema de integración de las tres Comunidades Europeas, crea la Unión Europea. La Comunidad Económica Europea (CEE) pasa a denominarse Comunidad Europea (CE).

1994
El 24 de junio de 1994 se firman las Actas de adhesión a la UE de Austria, Finlandia, Noruega y Suecia, que entran en vigor el 1 de enero de 1995. De nuevo, tras un referéndum popular adverso, Noruega decide no entrar en la UE. Esta cuenta ya con 15 Estados miembros.

1997
El 2 de octubre de 1997 se firma el Tratado de Ámsterdam, primera revisión del Tratado de la UE. Entra en vigor el 1 de mayo de 1999.

Este Tratado atribuye nuevas competencias a la CE, como la política de empleo y la política de visados, asilo, inmigración y cruce de fronteras.

1999

El 3 de mayo de 1998 el Consejo Europeo de Bruselas decide que 11 Estados miembros (Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal y Finlandia) reúnen las condiciones necesarias para la adopción de la moneda única el 1 de enero de 1999. A ellos se suman Grecia el 1 de enero de 2001, Eslovenia el 1 de enero de 2007 y Malta y Chipre el 1 de enero de 2008. Luego 15 Estados miembros forman parte ya del euro.

Tras la adopción de los tipos de conversión fijos e irrevocables entre cada una de las divisas participantes en el euro el 31 de diciembre de 1998, el 1 de enero comenzó la tercera etapa de la unión económica y monetaria (la primera se inició el 1 de julio de 1990 y la segunda el 1 de enero de 1994): el euro se convierte en la divisa común (moneda escritural, porque entonces los billetes y monedas aún no circulaban). La divisa común se introduce en los mercados financieros. El Banco Central Europeo es a partir de ahora responsable de la política monetaria, que se define y aplica en euros.

Los primeros billetes y monedas se pusieron en circulación el 1 de enero de 2002, desapareciendo las monedas nacionales tras un breve periodo de coexistencia durante los dos primeros meses de dicho año.

2001

En el Consejo Europeo de Niza, de 7 y 8 de diciembre de 2000, se adopta el texto de un nuevo Tratado de la UE, segunda revisión del Tratado de Maastricht. Además, los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo de la UE y de la Comisión Europea proclaman solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

El nuevo Tratado es firmado el 26 de febrero de 2001 en Niza, entrando en vigor el 1 de febrero de 2003. Este nuevo Tratado reforma el sistema de adopción de decisiones de la UE con la perspectiva de la

ampliación. Y hace una mención expresa a la defensa como elemento integrante de la política exterior y de seguridad común de la Unión.

2004 - 2007

En estas fechas clave se revelaron con toda su crudeza los problemas y las consecuencias que tenían los dos retos básicos, no siempre conciliables simultáneamente, con los que se enfrentaba la Unión Europea, como eran la profundización y la ampliación.[9]

Comenzando con la profundización, el Consejo Europeo de Laeken, de 14 y 15 de diciembre de 2001, adopta una declaración sobre el futuro de la UE que abre la vía a una futura gran reforma de la Unión y la convocatoria de una Convención Europea, presidida por Valéry Giscard d'Estaing, con la misión de preparar una Constitución europea.

Tras 16 meses de trabajos, esta Convención aprobó el 13 de junio de 2003 el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. Tras la negociación en el seno de una conferencia intergubernamental iniciada el 15 de octubre de 2003, se procedió a la firma, en Roma, el 29 de octubre de 2005, del Tratado por el que establece una Constitución para Europa.

Este texto contiene innovaciones importantes en relación con la situación anterior; por ejemplo, se refunden todos los Tratados anteriores en uno sólo, con la consecuencia de que desaparece la CE y queda la UE como sujeto internacional; se crea un Ministro de Asuntos Exteriores; se incluye la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión en la parte segunda de su articulado; se establece una lista de competencias de la UE; se consagra expresamente la primacía del Derecho de la UE sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros, etc.[10]

---

9 PUEYO LOSA, J. (dir.). *Constitución y ampliación de la Unión Europea: crisis y nuevos retos*. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones, 2004.

10 Véase su análisis detallado en MANGAS MARTÍN, A. *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel, 2005; PIRIS, J.Cl. *El Tratado constitucional para Europa: un análisis jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

Se confiaba en que el Tratado constitucional entrase en vigor el 1 de noviembre de 2006, pero no pudo ser así debido a los resultados adversos al mismo en los referendos populares celebrados en Francia y Países Bajos en la primavera de 2005. En este contexto, el Consejo Europeo de 22 y 23 de junio de 2007 consiguió *in extremis* alcanzar un acuerdo para dar un mandato de negociación a la Conferencia Intergubernamental de reforma de los Tratados de la UE y de la Comunidad Europea. Este mandato recoge *grosso modo* las innovaciones substanciales de la Constitución Europea. La CIG consensuó un texto el 5 de octubre, que con ligeras modificaciones fue aceptado por el Consejo Europeo de Bruselas de 18 de octubre y se procedió a su firma por los Estados miembros en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

El Tratado de Reforma contiene las enmiendas a los dos únicos Tratados que conservará la Unión: el «Tratado de la Unión Europea» y el «Tratado sobre el funcionamiento de la UE», siendo fundamentalmente un tratado de reforma institucional.[11] Debería entrar en vigor el 1 de enero de 2009, pero habrá que esperar a ver qué ocurre tras el resultado negativo del referéndum irlandés celebrado en la primavera de 2008 y las objeciones manifestadas por la República Checa y Polonia durante el verano del mismo año.

Resulta, por otro lado, que el 30 de marzo de 1998 se lanza el proceso de adhesión de nuevos países candidatos, que afecta a Chipre, Malta y diez Estados de Europa Central y Oriental: Bulgaria, Rumanía, República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia. Con la firma de las Actas de Adhesión el 16 de abril de 2003, todos los anteriores países entraron en la Unión Europa el 1 de mayo de 2004. Con la excepción de adhesión de Bulgaria y Rumanía, que lo hicieron el 1 de enero de 2007, tras haber firmado sus actas de adhesión el 25 de abril de 2005.

---

[11] Véase en general sobre el Tratado de Lisboa, Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.). *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel, 2008.

La UE cuenta ya con 27 Estados miembros. Pero el proceso no está cerrado y se esperan próximas adhesiones, porque hay Estados que ya están negociando su incorporación al club europeo: Croacia, Macedonia y Turquía. Y otros están a la espera, como Albania, Bosnia, Montenegro y Serbia.

3. GRADO REAL DE INTEGRACIÓN: DEL MERCADO INTERIOR A UNA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA IMPERFECTA CON ELEMENTOS DE UNIÓN POLÍTICA

En los años cincuenta del siglo XX se crean las Comunidades Europeas como un ambicioso esquema de integración regional porque, desde sus inicios, contempla la constitución de un mercado común que trascendería la fase de una unión aduanera. Con el tiempo, en 1987 se introdujo la noción de mercado interior para hablar del mercado común y se añadió como objetivo de la Comunidad Europea la consecución de una unión económica y monetaria.

En las páginas siguientes trataremos de dar unas pinceladas de la situación real de la integración dentro de la UE, puesto que es imposible un análisis con un mínimo de profundidad en este capítulo, vistas sus amplias competencias económicas y de otra naturaleza.[12]

3.1. La unión aduanera

El artículo 23 del Tratado CE reza que «la Comunidad se basará en una unión aduanera que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación, y de cualesquiera

---

[12] Para mayores detalles del grado de integración en la Unión Europea, véase BARNARD, C. *The substantive Law of the EU. The four freedoms*. Oxford: Oxford University Press, 2007; CALVO CARAVACA, A.L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2003; PÉREZ DE LAS HERAS, B. *El Mercado interior. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.

exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros Estados».

Cotejándolo con la definición de unión aduanera del artículo XXIV del GATT, la unión aduanera de la Comunidad es *a priori* más restringida, pues en su faceta interna sólo prescribe la eliminación de los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente, y se limita, en su faceta externa, al establecimiento de un arancel aduanero común.

> El artículo XXIV del GATT exige que una unión aduanera, en su vertiente interna, implique una liberalización completa con respecto a lo esencial de los intercambios de mercancías entre los Estados miembros y, en su vertiente externa, la aplicación de un arancel aduanero común y unas reglamentaciones comerciales esencialmente idénticas respecto a los productos de terceros Estados.

La cuestión es importante porque, de acuerdo con las reglas de la OMC, una unión aduanera sólo constituye una excepción a la cláusula de la nación más favorecida que consagra en la medida en que se respeten las condiciones señaladas más arriba, y no parece que el artículo 23 del Tratado CE los cumpla completamente, porque no se alude a la eliminación de las demás reglamentaciones comerciales en los intercambios entre los Estados miembros, ni tampoco se refiere a la uniformidad de las otras reglamentaciones comerciales respecto al comercio con terceros Estados.

No obstante, la jurisprudencia comunitaria ha aproximado notablemente el modelo comunitario a las exigencias del GATT. En cuanto a su vertiente interna, el Tribunal de Justicia ha precisado que la eliminación de los derechos de aduana y las tasas de efecto equivalente entre los Estados miembros que pretende la unión aduanera debe ser tan completa que todo obstáculo pecuniario, administrativo o de otro tipo, sea descartado a fin de lograr la libre circulación de productos en el interior de la Comunidad y realizar la unidad del mercado entre los Estados miembros. En cuanto a la vertiente externa, el Tribunal de Justicia ha señalado que con el establecimiento de un arancel aduanero común la Comunidad trata de alcanzar la igualación de las cargas pecuniarias que soportan los productos importados de terceros Estados

en las fronteras comunitarias y, de este modo, evitar toda desviación de tráfico en las relaciones con estos países y toda distorsión en la libre circulación interna o en las condiciones de competencia.[13]

Dados así los hechos, hoy puede decirse que la unión aduanera establecida por el Tratado CE supone en la práctica el establecimiento de:

a) Una zona de libre cambio, con prohibición de todo obstáculo a la libre circulación de mercancías originarias de los Estados miembros en el interior de la zona: supresión de derechos de aduana y tasas de efecto equivalente, restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente, y aplicación discriminatoria de los sistemas fiscales nacionales.

b) Un arancel aduanero común, lo que incluye la nomenclatura y los tipos normales, reducidos y nulos, así como los contingentes arancelarios —tipo nulo o reducido para una determinada cantidad de productos o un valor determinado de ellos—.

c) Una legislación aduanera común (código aduanero comunitario), que incluye normas sobre el origen de las mercancías de terceros Estados, su valor en aduana y la declaración aduanera, entre otros elementos.

d) Algunos elementos específicos de la política comercial común —pero no toda ella en su conjunto, pues en sí misma en parte integrante de la unión económica de la UE—[14] por su estrecha vinculación con el arancel aduanero común, como las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana y los contingentes no arancelarios para las importaciones de bienes procedentes de terceros Estados.

---

[13] Véase especialmente la STJCE de 13 de diciembre de 1973, *Indiamex*, 37 y 38/73, *Recopilación* 1973, pp. 1609.

[14] La política comercial común sobrepasa con creces lo propio de la unión aduanera: no es un simple corolario de ésta sino también la vertiente exterior de la unión económica. Véase al respecto, GONZÁLEZ ALONSO, L.N. *Política comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 58 y ss.

Aunque la noción de unión aduanera de la UE es más limitada que la que contempla la OMC, si al concepto de unión aduanera de la UE se le agrega su política comercial común resulta que la UE cumple perfectamente la exigencia de la uniformidad de las reglamentaciones del comercio frente al exterior que impone el GATT para autorizar las uniones aduaneras en su artículo XXIV.

Las disposiciones relativas a la unión aduanera son directamente aplicables desde la finalización del periodo transitorio (1 de enero de 1970), excepto para el desarme arancelario, que se anticipó al 1 de julio de 1968. Ello implica que desde tal fecha las mercancías importadas de terceros Estados que cumplan las formalidades aduaneras y satisfagan el eventual arancel común de la Comunidad Europea se asimilan a las mercancías originarias de los Estados miembros a los efectos de su libre circulación dentro del territorio aduanero comunitario: se trata de mercancías en libre práctica, tal y como dispone el artículo 24 del Tratado CE.

> Cabe añadir que desde el 1 de enero de 1993 se han suprimido las fronteras físicas —aduanas— en el interior de la UE y, por vía de consecuencia, los controles internos que sobre las mercancías se llevaba a cabo en las aduanas —mediante la comprobación in situ de licencias de importación, documentación acreditativa de la carga, etcétera— quedando prohibidos salvo en algunos casos autorizados por el Derecho comunitario, en cuanto constituyen barreras que pueden restringir o impedir la liberalización completa de los intercambios de mercancías dentro de la UE. Paralelamente, se ha procedido a racionalizar —simplificándolas notablemente— las formalidades aduaneras aplicables a las importaciones de mercancías cuando atraviesan las fronteras exteriores de la Unión.[15]

---

[15] Véase sobre estas cuestiones <http://europa.eu/scadplus/leg/es/s28000.htm y http://europa.eu/pol/cust/overview_es.htm> y de modo particular la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 24 de abril de 2003, relativa al papel de la aduana en la gestión integrada de las fronteras exteriores, *Com* (2003) 452 final - *Diario Oficia*l C 96 de 21.4.2004.

Llegados a este punto cabe preguntarse cuáles son los principales obstáculos a la libre circulación de mercancías dentro de la UE que están prohibidos y qué excepciones existen.

A los principales obstáculos comerciales prohibidos, en cuanto restringen la libre circulación de mercancías originarias de los Estados miembros en el interior de la UE, se refieren los artículos 28 a 31 del Tratado CE.[16]

Los derechos de aduanas consisten en cargas pecuniarias que gravan los productos importados con ocasión de su entrada en el territorio de un país y, más concretamente, en el momento de la declaración por el importador para su puesta en libre práctica. Se manifiestan normalmente bajo la forma de «derechos específicos» (basados sobre la capacidad, el peso o las medidas de los productos, por ejemplo) o de derechos *ad valorem* (sobre el valor en aduana de las mercancías).

Las exacciones de efecto equivalente son una carga pecuniaria que no constituye un derecho de aduana o una imposición interior (artículo 90 del Tratado CE) unilateralmente impuesta, con independencia de su denominación, técnica, fin que persiga, destino de los ingresos que procura y naturaleza de los productos gravados (industriales o agrícolas), ya que grava las mercancías comunitarias en razón de que franquean las fronteras. No tiene importancia a estos efectos que la carga económica sea mínima ni tampoco que no sea apreciable el beneficio del Estado ni que no tenga efectos discriminatorios o protectores de la producción nacional o que el producto gravado no se encuentre en competencia con un producto interno.

Por ejemplo, están prohibidas las tasas sanitarias y fitosanitarias impuestas por un Estado sin autorización de la UE que tienen que ser pagadas obligato-

---

[16] Véase al respecto MATTERA, A. *Le marché unique européen. Ses regles, son fonctionnement*. París: Júpiter, 1988; STOFFEL VALLOTON, N. *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*. Madrid: Dykinson, 2000.

riamente por el coste de los controles y las formalidades administrativas efectuados al cruzar las mercancías la frontera.[17]

Las restricciones cuantitativas aluden a aquellos obstáculos que consisten en prohibiciones totales o parciales, así como los contingentes o cuotas, a las importaciones y exportaciones de mercancías entre los Estados miembros.

Finalmente, las medidas de efecto equivalente son una expresión original del Tratado CE que cubre toda forma de intervención estatal, del tipo que sea, no contemplada por otras disposiciones especiales del Tratado y que tiene por objeto o por efecto restringir, directa o indirectamente, concreta o potencialmente, los intercambios de mercancías entre los Estados miembros. Su alcance es, por consiguiente, muy amplio, contemplando cualquier forma de proteccionismo estatal que dificulte el comercio intracomunitario, sea formalmente discriminatoria del producto de otro Estado miembro (así, licencias de importación), materialmente discriminatoria (por ejemplo, imposición de precios mínimos), o indistintamente aplicables a los productos nacionales y de otros Estados que tienen un efecto discriminatorio (normas sobre denominación, forma, peso o medidas de los productos, etcétera).

Las medidas de efecto equivalente incluyen, pues, toda barrera al comercio intracomunitario que no sea tarifaria (derechos arancelarios) ni fiscal (imposiciones nacionales indirectas) ni comercial (restricciones cuantitativas) que resulte de las normas y prácticas nacionales.

El caso de la ley de la pureza de la cerveza en Alemania sirve para comprender mejor el alcance de la prohibición de medidas de efecto equivalente dentro de la UE.

La Ley alemana sobre la cerveza de 14 de marzo de 1952 reservaba la denominación *bier* («cerveza», en alemán) a las bebidas compuestas exclusivamente de cuatro ingredientes: malta de cebada, lúpulo, levadura y agua. La

---

17 STJCE de 11 de agosto de 1995, *Dubois*, C-16/94, *Recopilación* 1995, p. I/2421.

comercialización de las bebidas fabricadas con otros componentes, como azúcar de caña, maíz, sorgo y arroz, que no son considerados cereales —y consumidas tradicionalmente en los otros Estados miembros— estaba prohibida bajo la denominación *bier*. Más todavía: debía utilizarse cualquier otra denominación que no recordase a *bier* (por ejemplo, *beer*, en inglés). Además, se prohibía la comercialización en Alemania de cerveza que contuviera aditivos, esto es, sustancias añadidas a los productos alimenticios para influir sobre su naturaleza o bien obtener determinadas propiedades o efectos. Se argumentaba que era para proteger la salud pública. La violación de esta normativa estaba sancionada penalmente.

¿La legislación alemana restringe la libre circulación de mercancías dentro de la UE? Se trata de un claro obstáculo a la libre circulación de cervezas producidas en otros Estados miembros de la UE —como es el caso de Bélgica, la República Checa o España—, que no podrán comercializarse en Alemania (si llevan aditivos) o bien su comercialización estará limitada (cuando se fabrican con otros componentes a los previstos por la legislación alemana) porque no podrán venderse como *bier*.

Así lo declaró el Tribunal de Justicia de la UE, considerando que se trataba de una medida de efecto equivalente indistintamente aplicable a los productos nacionales y de otros Estados miembros que no podía justificarse por motivos de salud pública.[18]

Por ende, para asegurarse que la libre circulación de mercancías fuere realidad, el Tratado CE prevé también la adecuación progresiva de los monopolios nacionales de carácter comercial (artículo 31), la armonización de legislaciones que puedan tener una incidencia sobre el establecimiento y el funcionamiento del mercado común (artículos 94 a 96), la prohibición de ciertas ayudas estatales (artículos 87 y 88), y la prohibición de imposiciones nacionales indirectas que sean discriminatorias de las mercancías de otros Estados miembros o protectoras de los bienes nacionales (artículos 90 y 91). A todos estos instrumentos previstos por el Tratado CE para la realización de la libre circulación de mercancías, las instituciones comunitarias han añadido uno más, cual es el establecimiento de reglas de prevención de nuevos obstáculos a los intercambios y de procedimientos de control mediante la notificación de los proyectos nacionales de transposición y la inoponibilidad

[18] STJCE de 12 de marzo de 1987, *Comisión c. Alemania*, 178/84 *Recopilación* 1987, p. 1227.

de los proyectos no notificados (previstos por la Directiva n.º 83/119/CEE, de 28 de marzo de 1983).

No obstante lo anterior, en ciertos casos el Tratado CE ha previsto derogaciones y cláusulas de salvaguarda al régimen ordinario de libre circulación de mercancías, de tal suerte que en ciertos supuestos, los obstáculos al comercio intracomunitario pueden ser permitidos; en particular, cuando se trata de los casos previstos por el artículo 30 del Tratado CE (prohibiciones y restricciones justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la propiedad industrial y comercial, etcétera) y de las exigencias imperativas del artículo 28 del Tratado CE (así, eficacia de los controles fiscales, protección de la salud pública, lealtad de las transacciones comerciales y protección de los consumidores). También pueden justificarse ciertos obstáculos al comercio intracomunitario de bienes en aplicación de los artículos 95, apartados 4 y 5 (protección del medio de trabajo y del medio ambiente), 295 (régimen de propiedad privada), 296 (seguridad del Estado y comercio de materiales de guerra) y 297 («disturbios internos») del Tratado CE.

3.2. El mercado común

A pesar de la proximidad temporal entre la instauración del GATT (1947) y la creación de las Comunidades Europeas (1951 y 1957), el mercado común que éstas aspiran realizar desde su inicio en los años cincuenta no está previsto por las reglas del GATT ni tampoco definido en parte alguna por los Tratados constitutivos de las Comunidades. Esta situación se ha prolongado en el tiempo con las actuales reglas de la OMC y del Tratado CE tras las reformas introducidas por el Tratado UE a partir de los años noventa del siglo XX. A pesar de ello, es posible caracterizar al mercado común de la UE como la creación entre sus Estados miembros de un espacio en el que, además del régimen propio de una unión aduanera en el sentido antes expuesto, se acuerda la libre circulación de los factores de producción (personas, servicios y capitales) en el marco de un régimen de libre competencia.

> Cabe advertir que el Tratado CEE de 1957 ya quería ir más allá de un mercado común puesto que estableció, además del régimen del mercado común, la consecución de ciertas políticas comunitarias, esencialmente económicas (como la política agrícola común, la política comercial común y la política común de transportes) y la armonización de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el establecimiento del mercado común. Ello ha originado profundas discusiones teóricas dentro de la doctrina comunitaria, que ha tratado de delimitar el concepto y contenido material de las nociones y modelos de integración que incluye el Tratado CE, sin que haya sido posible llegar a una solución pacíficamente aceptada.[19]

La libre circulación de personas y servicios dentro de la UE beneficia a los trabajadores asalariados y otras personas que son activos económicamente, como son los profesionales independientes y los prestadores de servicios, que generalmente son nacionales de un Estado miembro.[20] Ahora nos ocuparemos tan sólo de la libre circulación de personas económicamente activas, pues sólo ellos son factores productivos en el sentido tradicional del término y fue con ellos con los que se configuró el núcleo fundamental del mercado común desde sus orígenes. Pero desde el Tratado UE de 1992 la libertad de circulación de personas incluye en su campo de aplicación a los nacionales comunitarios llamados *inactivos de lujo* (estudiantes, rentistas y jubilados que no hayan ejercitado la libre circulación), en cuantos beneficiarios de la ciudadanía europea. Además, hoy en día, la libertad de circulación de personas se predica de los nacionales comunitarios y no comunitarios,

---

19 Para una panorámica general del tema, véase CIENFUEGOS MATEO, M. «Libertades comunitarias de circulación y ejercicio de las actividades profesionales del derecho en la UE». En SERRANO DE NICOLÁS, A. y D. VÁZQUEZ ALBERT (coord.). *Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*, Barcelona: Bosch, 2005, pp. 1120-1122. En cuanto a la jurisprudencia, véase STJCE de 13 de julio de 1966, *Italia c. Consejo y Comisión*, 32/65, *Recopilación* 1966, p. 405.

20 Formalmente, la libre prestación de servicios no depende de la libre circulación de personas, sino que es una libertad independiente de la de mercancías, personas y capitales. Ello es así porque, pese a tratarse también de personas independientes, la actividad que realizan es temporal. Ahora bien, su régimen es análogo en muchos aspectos al de los independientes permanentes, en particular respecto a los principios de la libre circulación de personas, por lo que serán asimilados a estos efectos en la exposición subsiguiente.

ejerzan o no actividades económicas, a título del llamado espacio de libertad, seguridad y justicia.[21]

> Así, la libre circulación de trabajadores es aplicable a los nacionales de Islandia, Liechtenstein y Noruega (artículo 28 del Acuerdo sobre el espacio económico europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, Y la libertad de circulación dentro de la UE se aplica a los nacionales de terceros Estados, incluido el acceso a los trabajos asalariados dentro de la Unión cuando se trata de residentes de larga duración (más de cinco años de residencia legal e ininterrumpida en un Estado miembro), de acuerdo con la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Los principios fundamentales que se aplican a la libre circulación de personas y a la prestación de servicios son tres:

1) La regla del trato nacional o, lo que es lo mismo, la prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad (artículo 12 del Tratado CE), sean ostensibles (tratamiento diferencial claro) o disfrazadas (resultantes de la aplicación de condiciones de la normativa del país de destino que, sin ser aplicables por razón de la nacionalidad, afectan exclusiva o principalmente a los nacionales de otros Estados miembros).

2) Libre acceso al territorio y derecho de residencia, permanencia, si bien puede ser restringido por motivos de orden, seguridad y salud pública: artículos 39.3 y 46 del Tratado CE).[22] Ahora bien, la jurisprudencia comunitaria es muy restrictiva a la hora de apreciar uno de estos motivos, de manera que no pueden ser invocados con fines

---

[21] Véase sobre estas cuestiones Blázquez Rodríguez I. y V.L. Gutiérrez Castillo. *Entrada y cruce de fronteras. Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo*. Madrid: Dykinson, 2006; Martín y Pérez de Nanclares, J. *La Inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. Madrid: Colex, 2002.

[22] Se pueden aplicar asimismo límites temporales a la permanencia en el territorio de otro Estado miembro a quienes buscan empleo (STJCE de 26 de febrero de 1991, *Antonissen*, C-292/89, *Recopilación* 1991, p. I/745).

económicos y deben estar fundamentadas en el comportamiento personal del individuo a quien se apliquen, que debe constituir una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro que las aplica.[23]

> Por ejemplo, la profesión de abogado no participa ni siquiera cuando ayudan al funcionamiento de la administración de justicia, del ejercicio de poder público y, por lo tanto, no puede excluirse de la aplicación de la libertad de establecimiento.[24]

3) Ejercicio de una actividad lucrativa en todo Estado miembro que —con la noción amplia con que se aplica en el Derecho comunitario— incluye todas las actividades económicas, sin ningún tipo de excepción, por lo que las deportivas, las artísticas o incluso las religiosas tienen cabida en su seno, siempre que sean retribuidas. Tampoco es un derecho absoluto: en la medida en que la actividad afecte ciertos intereses de un Estado miembro, éste puede reservar su ejercicio a sus nacionales, en dos supuestos: cuando se refiera a una actividad asalariada, esto es «un empleo en la administración pública» (artículo 39.4), y cuando se trate de una actividad independiente, en caso de que esté relacionada con el «ejercicio de la autoridad pública» (artículo 45 del Tratado CE).

Regulada en los artículos 39 a 42 del Tratado CE, la libertad de circulación de trabajadores entraña el derecho de las personas físicas nacionales de un Estado miembro de poder instalarse en otro Estado miembro con vistas al ejercicio de una actividad asalariada en las mismas condiciones que los nacionales de este país, de tal suerte que se proscriben todas las discriminaciones basadas en la nacionalidad entre

---

[23] STJCE de 19 de marzo de 2000, *Iglesia de la Cienciología*, C-54/99, *Recopilación* 2000, p. I/335. Véase sobre el tema, VALLEJO LOBETE, E. «Las excepciones a las libertades de establecimiento, circulación de personas y servicios motivadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas». *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1999, pp. 129-170.

[24] STJCE de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, *Recopilación* 1974, p. 631.

las personas asalariadas de los Estados miembros en lo que concierne al empleo, la remuneración y demás condiciones de trabajo asalariado, del sector que sea.

Por ejemplo, está incluida la actividad de los entrenadores de motos de carreras y los futbolistas.

Comprende además, si se cumplen ciertos requisitos, el derecho de entrada y de residencia sobre el territorio de un Estado miembro para buscar trabajo y responder a las ofertas recibidas, así como el derecho a permanecer en este territorio, tras la expiración del empleo, en razón de jubilación por edad o invalidez. Por extensión, se benefician de la libertad de circulación de trabajadores los familiares directos (esposa, hijos menores de 21 años a su cargo y ascendientes del trabajador y del cónyuge a su cargo) de los trabajadores asalariados, independientemente de su nacionalidad.

De conformidad con los artículos 43 a 48 del Tratado CE, el derecho de establecimiento supone el derecho para las personas físicas y jurídicas nacionales de un Estado miembro a instalarse con carácter permanente en otro Estado miembro a fin de ejercer sus actividades independientes en las mismas condiciones que los nacionales de dicho país, sin que importe que la actividad independiente consista en el ejercicio de una profesión liberal (así, abogados y arquitectos) o la constitución y gestión de empresas (personales o bajo la forma societaria).

El derecho de establecimiento comporta dos elementos: a) una instalación duradera en el país de acogida, lo que lo diferencia de la libre prestación de servicios, que es temporal; y b) el ejercicio de una actividad económica no asalariada, lo que lo distingue de la libertad de circulación de trabajadores. En cuanto a las formas del establecimiento, el artículo 43 del Tratado CE distingue entre el establecimiento a título principal, en cuyo caso el interesado procede a transferir toda su actividad a un Estado del que no es nacional o a la constitución y/o gestión de una empresa, que puede ser una sociedad (por ejemplo, comprando acciones o tomando participaciones en ella); y el establecimiento a

título secundario, mediante la creación de agencias, sucursales o filiales en un Estado miembro diferente de aquél donde la empresa matriz está establecida a título principal. Por lo demás, el régimen jurídico es en buena medida idéntico al de la libre circulación de trabajadores.

Quizá la diferencia más relevante es la posibilidad de adopción de medidas destinadas a facilitar el acceso y el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento, para lo que se utiliza el instrumento normativo de las directivas. Estas medidas consisten, en esencia, en el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y títulos, y la coordinación de legislaciones en cuanto a las condiciones de acceso y ejercicio a una profesión, el establecimiento de medidas transitorias y las medidas relativas al derecho de sociedades. Con ellas se trata de crear un mínimo de uniformidad jurídica en lo que hace referencia al acceso y ejercicio del derecho de establecimiento y, particularmente, de las profesiones, de manera que la diversidad entre las reglamentaciones nacionales no impida, de hecho, la realización de la libertad en algún Estado miembro.

> El Estado de acogida no negaría formalmente a un nacional de otro Estado miembro su derecho a establecerse en él, pero le exigiría el cumplimiento de las mismas condiciones que sus nacionales, *ergo*, el mismo título de formación universitaria —si la actividad esté reglamentada; por ejemplo, el de médico o el de arquitecto— o, en su defecto, una formación equivalente —si la actividad no lo está—. Aunque la aplicación de la normativa nacional se estaría haciendo sin discriminación, el nacional de ese otro Estado, en cuanto normalmente no poseería el título o la formación exigidos por la legislación nacional —es excepcional que haya estudiado en el país donde pretende establecerse—, no podría beneficiarse de la libertad sin previo reconocimiento del título o de la formación recibida en el Estado del que es nacional, y el Estado de acogida no procederá a este reconocimiento si no existe una equivalencia sustancial entre el título —o la formación— de su país y el título expedido —o la formación recibida— por otro Estado miembro. De este modo, en la práctica se llegaría a imposibilitar el ejercicio de la libertad comunitaria. De ahí la importancia de las medidas comunitarias de reconocimiento de títulos que sancionan una formación superior entre los Estados miembros (artículo 47 del Tratado CE).

Finalmente, los artículos 49 a 55 del Tratado CE regulan la libertad de prestación de servicios. De su lectura resulta que la libre prestación de servicios presenta trazos comunes con la libre circulación de personas (trabajadores y establecimiento), en cuanto puede comportar un movimiento de personas susceptible de chocar con obstáculos similares: nacionalidad, calificación profesional, entrada y residencia, etcétera. Es, por ende, junto con el derecho de establecimiento, la segunda forma de actividad profesional de los independientes, siendo su vínculo consagrado por el artículo 55 al disponer que los preceptos del derecho de establecimiento son aplicables a la prestación de servicios. Se emparenta, además, con la libre circulación de mercancías, en cuanto exige un vínculo por encima de las fronteras (concierne al menos a dos Estados miembros) y exige la eliminación de los obstáculos en las fronteras. La libre prestación de servicios es el derecho de todo nacional de un Estado miembro —persona física o jurídica— que se halle establecido en la UE a realizar actividades profesionales independientes (actividades industriales, mercantiles, artesanales, etcétera), de carácter temporal y retribuidas, con destino un beneficiario establecido en otro Estado miembro, sin que pueda existir discriminación por razón de la nacionalidad. Cabe advertir que la noción de servicios no coincide con la noción habitualmente utilizada en economía política para la clasificación de las actividades económicas porque determinadas actividades industriales pueden depender del artículo 49. Además, actividades del sector terciario (como seguros y banca) pueden ser ejercitados tanto bajo la modalidad de servicios como de establecimiento. En cuanto al resto, el régimen jurídico es análogo al de las anteriores libertades de circulación.

Una de las peculiaridades de esta libertad en relación con la libertad de circulación de trabajadores y el derecho de establecimiento resulta de las modalidades de la prestación de servicios. Puede comportar tanto el desplazamiento del prestador al Estado donde esté el destinatario (supuesto previsto por el Tratado CE) como del beneficiario al Estado del prestador (por ejemplo, los turistas[25]), e incluso de ninguno de ellos, desplazándose el servicio mismo

[25] STJCE de 31 de enero de 1984, *Luisi et Carbone*, 286/82, *Recopilación* 1984, p. 377.

del Estado del prestador al del destinatario (por ejemplo, consultas a expertos por teléfono, fax y correo electrónico),[26] así como que el servicio sea prestado en el territorio de un Estado miembro distinto a aquél donde se encuentren el prestador y el destinatario del mismo.[27]

En la UE también existe la libre circulación de capitales, regulada por los artículos 56 a 60 del Tratado CE, tal como fueron redactados por el Tratado de Maastricht de 1992, que reformaron profundamente la redacción originaria porque, en el pasado, existía una importante diferencia respecto de las otras libertades de circulación: la liberalización de los capitales sólo se imponía «en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común», esto es, según las necesidades derivadas de las libertades de circulación de mercancías, servicios y personas (antiguo artículo 67 de Tratado CE). En cambio, en la actualidad el artículo 56 impone una liberalización completa, con algunas excepciones y cláusulas de salvaguarda.[28] El Tratado CE no define, sin embargo, la noción de de capitales. Se trata de operaciones financieras autónomas que consisten en la transferencia de valores y medios de pago, como billetes, monedas, títulos valores, etcétera, para su colocación o inversión entendida en sentido amplio —esto es, hacer inversiones directas, adquirir títulos negociados en bolsa, avalar créditos a corto y largo plazo, llevar a cabo inversiones inmobiliarias, hacer transferencias de capitales de carácter personal, como dotes y sucesiones, hacer depósitos—, y no para la remuneración de un bien o servicio previo.

Los movimientos de capital se pueden producir entre las personas residentes en los Estados miembros como también entre Estados miembros y terceros Estados, sin que tenga importancia el lugar de residencia

---

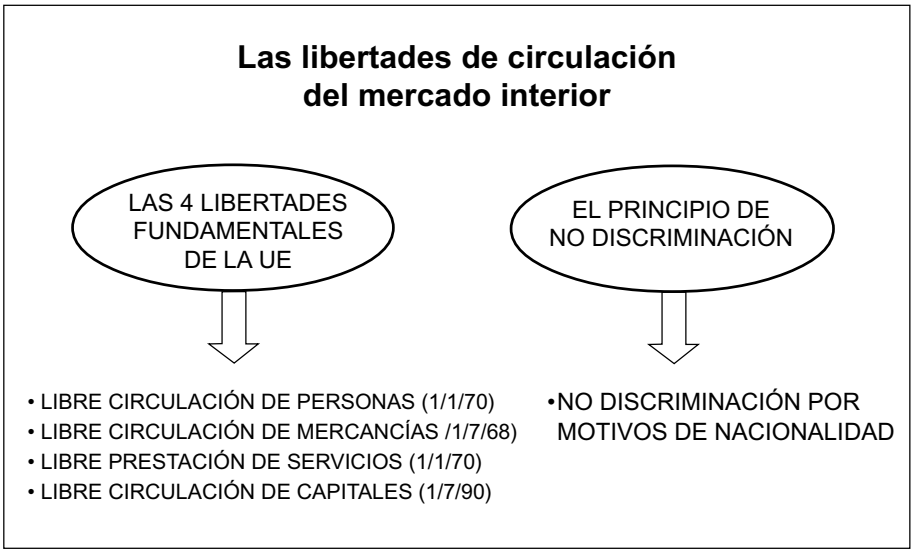
[26] STJCE de 17 de diciembre de 1974, *Sacchi*, 155/73, *Recopilación* 1974, p. 409.

[27] STJCE de 26 de febrero de 1991, *Guías turísticos*, C-180/89, *Recopilación* 1991, p. I/709.

[28] Véase la evolución en HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

de los operadores financieros. De hecho, los artículos 56 a 60 del Tratado CE imponen una liberalización completa de los capitales, con algunas excepciones y cláusulas de salvaguarda para luchar, por ejemplo, contra el blanqueo de dinero. Al igual que sucede con las excepciones a las otras libertades de circulación, el Tribunal de Justicia interpreta restrictivamente estas excepciones y cláusulas de salvaguarda, considerando por ejemplo que no están justificadas medidas nacionales que subordinan la salida de monedas, billetes de banco o cheques al portador del territorio de un Estado miembro a una autorización administrativa previa.[29]

Las libertades de circulación de personas (asalariadas e independientes) y de prestación de servicios son directamente aplicables desde el 1 de enero de 1970 (en el caso de los trabajadores se adelantó a finales de 1968), y la libre circulación de capitales desde el 1 de julio de 1990, coincidiendo con la puesta en marcha de la primera etapa de la unión económica y monetaria.



[29] STJCE de 23 de febrero de 1995, *Aldo Bordessa*, C-358 y 416/93, *Recopilación* 1995, p. I/361.

Por su estrecha relación con las libertades comunitarias y el mercado único, cabe aludir, en último término, al *derecho comunitario de la competencia*, que trata de proteger el juego de la libre competencia en condiciones normales o de igualdad en el interior del mercado común. La libre competencia supone que deben desaparecer todos los obstáculos discriminatorios que se opongan a una verdadera fusión de los mercados. En este sentido, el tratado prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas (artículo 81 del Tratado CE) y los abusos de posición dominante (artículo 82 TCE), en cuanto restrinjan, impidan o falseen el juego de la competencia en el interior del mercado común y afecten al comercio entre los Estados miembros, salvo que puedan ampararse en una excepción por beneficiar a los consumidores, mejoren la producción, fomenten el progreso técnico, etcétera. La existencia de un acuerdo prohibido o de un abuso de posición dominante puede dar lugar a que la Comisión Europea y, en ciertos casos, las autoridades nacionales de la competencia impongan fuertes sanciones económicas.

> Desde el 1 de mayo de 2004 las autoridades nacionales pueden también imponer sanciones ante infracciones del Derecho comunitario de la competencia, toda vez que con el Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

Por otro lado, la igualdad de los operadores económicos exige que las empresas operen en el mercado en condiciones de competencia equiparables, de tal suerte que la situación de unas no sea artificialmente privilegiada en relación a la de otras. Únicamente consideraciones de orden económico deben constituir la base del funcionamiento del mercado. Por este motivo el Tratado CE prohíbe, como regla, todo tipo de ayudas estatales a empresas en sus artículos 87 a 89. Por parecidas razones, el Tratado CE contiene también reglas de competencia que afectan a las empresas públicas y a las de gestión de intereses generales (artículo 86).

El principio de libre competencia no es absoluto: es simplemente un medio para poder desarrollar el marco en que se desarrollen las

libertades comunitarias, de tal suerte que hay ámbitos en los que no se aplican —o sólo limitadamente— las normas de la competencia, como sucede en el sector agrícola, en el que la UE lleva a cabo una política intervencionista porque se consideró que era la más apropiada para alcanzar los objetivos marcados en el artículo 33 del Tratado CE: incrementar la productividad agrícola, garantizar un nivel de vida adecuado para los agricultores, estabilizar los mercados, garantizar la seguridad de los abastecimientos, etcétera.[30]

3.3. El mercado interior

En estrecha relación con el mercado común está el mercado interior, cuya base jurídica se encuentra en el Acta Única Europea de 1987, porque implica la creación de un «espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales» que esté plenamente garantizado a más tardar el 31 de diciembre de 1992. Vista esta definición el concepto de mercado interior coincide básicamente con el de mercado común, aunque sin desplazarlo ni sustituirlo por entero. Por un lado, la noción de mercado interior tiene un alcance más profundo porque conlleva la eliminación de las fronteras entre los Estados (supresión de las barreras físicas, fiscales y técnicas), lo que constituye sin duda su elemento más novedoso. En cuanto a su contenido, es más restrictivo el del mercado interior (porque sólo se aplicaría a las libertades de circulación, y no al derecho de la competencia y, a la vez, supera el concepto de mercado común, en tanto que extiende la libertad de circulación a todos los nacionales de la Unión, y no sólo a sus operadores económicos. Puede, pues, decirse que el concepto de mercado interior es «a la vez cercano y distinto del de mercado común».[31]

---

[30] Véase una aproximación general a las normas de la competencia aplicables a las empresas en Bellamy, Ch. y Gr. Child. *European community Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

[31] Stoffel Valloton, N. «Algunas consideraciones sobre las nociones de mercado común y mercado interior en el TCE». *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1995, D-24, p. 257.

El establecimiento de un mercado único o mercado interior es una realidad desde el 1 de enero de 1993, aunque subsistan problemas en algunos casos.

> Por ejemplo, no se han acabado de suprimir las fronteras fiscales, dadas las diferencias entre los países en materia de impuestos indirectos y la carencia de competencia de la Unión respecto a los impuestos directos.[32]
> Asimismo, la supresión de las fronteras físicas en el interior de la UE para las personas se ha producido para la mayoría —pero no todos; así, no es aplicable para el Reino Unido— los Estados miembros de la Unión gracias al *Acervo de Schengen*, esto es, un conjunto de normas jurídicas de naturaleza extracomunitaria que elimina —salvo excepción por motivos justificados, como el orden público— el control de pasaportes en los viajes por tierra, mar o aire dentro de las fronteras interiores de la Unión, se trate de ciudadanos comunitarios o de nacionales de terceros Estados —en estos casos, basta con un visado para desplazarse entre los 24 países que forman parte del acervo Schengen en estas fechas, junio de 2008—.[33] La contrapartida a la libre circulación interior son controles más rigurosos en las fronteras exteriores de la UE y una colaboración más estrecha en materia de seguridad entre las autoridades nacionales.[34]

De la exposición previa se deduce que para la consecución del mercado interior en la UE se utilizan determinadas técnicas jurídicas y económicas.

---

[32] Véase al respecto <http://europa.eu/scadplus/leg/es/s10000.htm>.

[33] Véase al respecto <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33020.htm> y <http://europa.eu/pol/ singl/overview_es.htm> y <http://europa.eu/pol/justice/overview_es.htm>.

[34] Conviene, en todo caso, llevar consigo un documento de identidad cuando se viaja dentro de la UE porque las fuerzas del orden pueden exigir una identificación para probar la identidad de la persona y la legalidad de la situación dentro de la UE (STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Wijsenbeek*, C-378/97, *Recopilación* 1999, p. I/6207).

Mecanismos para la consecución del mercado interior

- Técnicas jurídicas:
  - Negativa: la prohibición de obstáculos a las libertades de circulación
  - Positiva: la armonización de legislaciones nacionales y el o principio del reconocimiento mutuo
  - Preventiva: la prevención de obstáculos a las libertades de circulación
- Técnicas económicas: las ayudas y subvenciones comunitarias

3.4. La unión económica y monetaria

Con el Tratado UE de Maastricht de 1992 se dota de contenido institucional y material a la unión económica y monetaria (artículos 2 y 4 y título VII del Tratado CE). Pero, al igual que sucedía con la anteriores fases de integración, la noción no es precisada en el Tratado.

En coherencia con la noción antes expuesta de mercado común, que incluye la libre circulación de los factores productivos y el derecho comunitario de la competencia, consideramos que la unión económica y monetaria de la UE supone la creación entre los Estados miembros de un espacio en el que, además del régimen propio de un mercado común, se implantan unas políticas económicas comunitarias (como las políticas comunes agrícola, comercial y de transporte), se coordinan las políticas macroeconómicas nacionales (especialmente las políticas fiscales y presupuestarias) y se instaura una política monetaria y de cambio comunes que incluye, para la mayoría de Estados miembros, la creación de una moneda única (el euro).

Esta definición deja ver las estrechas relaciones entre las sucesivas fases de la integración, como ha puesto de relieve el llamado Informe Delors sobre la unión económica y monetaria, de gran influencia en los redactores del Tratado de Maastricht al hacer hincapié en que la unión económica y monetaria es «en muchos aspectos la consecuencia natural del compromiso de crear un mercado sin fronteras internas».[35]

Cabe añadir que, para ser parte del euro, es preciso cumplir los llamados criterios de convergencia de Maastricht: alto grado de estabilidad de precios, finanzas públicas saneadas (déficits públicos no excesivos y, en todo caso, inferiores al 3% del PIB), mantenimiento de las monedas nacionales dentro de los márgenes normales de fluctuación del sistema monetario europeo y convergencia de los niveles de tipo de interés nominal a largo plazo (artículo 121 Tratado CE y Protocolo sobre los criterios de convergencia).

Con la circulación del euro desde 2002 culmina la tercera (y última) fase de la unión económica y monetaria para los Estados del euro. Las tres fases comenzaron el 1 de julio de 1990, el 1 de enero de 1994 y el 1 de enero de 1999, respectivamente.

> Los 15 Estados miembros de la UE que en 2008 participan en la moneda única (euro) son: Alemania; Austria; Bélgica; Chipre; Eslovenia; España; Finlandia; Francia; Grecia; Irlanda; Italia; Luxemburgo; Malta; Países Bajos y Portugal. Los Estados miembros no participantes son Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia, República Checa, Reino Unido, Rumanía y Suecia.[36]

A pesar de la importancia de estos avances, la unión económica de la UE es todavía imperfecta porque no hay unificación de todas las políticas económicas nacionales, ya que sólo posee competencias plenas en algunos casos —básicamente las políticas comunes mencionadas—,

---

[35] «Informe Delors sobre la Unión Económica y Monetaria», de 13 de abril de 1989, *Actividades del Tribunal de Justicia*, 1989, pp. 29 y ss.

[36] Véase <http://www.ecb.int/bc/intro/html/map.es.html#skipnavigation>.

dado que en este caso la acción comunitaria sustituye la de los Estados miembros.[37] En otros casos, las políticas económicas de primer orden son todavía de titularidad estatal, y a la UE tan sólo le han sido conferidas responsabilidades de complemento y de coordinación —como es el caso de la política social, la del medio ambiente y la de empleo, por citar tres representativas—. En esto se diferencia notablemente de la unión monetaria, donde sí que ha recibido, con carácter general, competencias completas de acción y control, en particular para los Estados que forman parte del euro.[38]

Principales políticas de la UE

- Política agrícola común (incluye pesca)
- Política de transportes común
- Política comercial común
- Política de cooperación (económica, financiera, técnica y al desarrollo)
- Política de cohesión económica y social
- Política monetaria común
- Política cambiaria común
- Otras políticas: social, educativa, cultura, energía, medio ambiente entre otras.

[37] Parafraseando a Balassa, B. («Teoría de la integración económica». *Ob. cit.*, p. 8), todavía no hay una integración económica global porque ésta presupone la unificación de las políticas económica, fiscal, monetaria, social y anticíclica.

[38] Véase en general sobre el tema, AA.VV. «Las políticas comunitarias: una visión interna». *Revista de Información Comercial Española*, n.º 831, julio-agosto de 2006, pp. 1-327, en <http://www.revistasice.com/Estudios/ICE/ICE1-new.asp>.

3.5. Las políticas de solidaridad interna

A pesar de su carácter imperfecto, algunas políticas comunitarias se están mostrando muy útiles para ir perfeccionando la unión económica. Ilustraremos esta aseveración con el siguiente ejemplo, que versa sobre las políticas de solidaridad, también llamadas políticas de la cohesión.

La UE actúa en ámbitos muy diversos —económico, social, financiero, etcétera— bajo condición de que su actuación pueda ser beneficiosa para una mejor integración de sus Estados miembros. Es el caso de las políticas de cohesión en los ámbitos regional, social y agrícola. Su principal objetivo es fortalecer el mercado común mediante un conjunto de medidas estructurales que ayudan a las regiones menos desarrolladas, determinados sectores agrícolas e industriales con dificultades, o grupos de población con problemas específicos de ocupación o por la edad, etcétera. No importan los motivos por los que se encuentran en esta situación, sea por motivos endógenos o debido a una más intensa competencia internacional. Lo único cierto es que esta solidaridad se presenta como una exigencia cada vez más evidente dentro de la UE, especialmente tras la incorporación de los últimos 12 Estados miembros en 2004 y 2007, que engloban a países y regiones con una renta nacional bruta *per cápita* muy por debajo de la media europea, toda vez que, en su conjunto, no llegan al 50% de la media europea. La solidaridad europea en estos ámbitos se plasma fundamentalmente en transferencias económicas de los países miembros más ricos de la UE a los más pobres, destinadas al desarrollo de las regiones menos desarrolladas, la reconversión de determinadas zonas industriales y agrícolas, la asistencia a los parados de larga duración, la inserción profesional de los jóvenes, la modernización de las estructuras agrícolas y de las zonas rurales menos favorecidas, etcétera.[39]

---

[39] Véase al respecto, FONTAINE, P. *Doce lecciones sobre Europa. Ob. cit.*, pp. 26-27.

Para ello la UE ha puesto en marcha una serie de fondos estructurales, siendo los más importantes los siguientes:

a) El Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), que tiene por objeto promover la cohesión económica y social mediante la corrección de los principales desequilibrios regionales y la participación en el desarrollo y la reconversión de las regiones con un PIB inferior al 75% de la media europea, así como —aunque no se cumpla el criterio anterior— las regiones industriales en declive, la cooperación transfronteriza, transnacional e interregional, la revitalización económica y social de las ciudades y los barrios urbanos en crisis, etc.

b) El Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), que promueve un desarrollo rural sostenible en toda la Unión, esto es, una agricultura sostenible que proteja el medio ambiente y preserve el medio rural.

c) El Fondo Social Europeo (FSE), que promueve la formación profesional y las iniciativas de creación de empleo.

d) El Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca (IFOP), que trata de contribuir al logro de un equilibrio entre los recursos pesqueros y su explotación, así como contribuir a la revitalización de las zonas que dependen de la pesca y de la acuicultura.

Además de los fondos estructurales existe el Fondo de Cohesión, que financia infraestructuras de transportes y proyectos de protección medioambiental de los países de la UE cuya renta nacional bruta sea inferior al 90% de la media europea.[40]

---

[40] Las ayudas europeas no las prestan sólo los anteriores fondos, porque la UE dispone de muchos otros instrumentos a través de los que se proporcionan, como el Fondo Europeo de Inversiones, el Banco Europeo de Inversiones, el Nuevo Instrumento Financiero, etcétera.

> España ha sido el principal beneficiario de los fondos estructurales y del Fondo de Cohesión. Por ejemplo, en el septenio 2000-2006 recibió un promedio de 8.700 millones de euros anuales, llegando globalmente a 60.779 millones de euros. Si tenemos en cuenta otras ayudas europeas (como las subvenciones agrícolas) resulta que en el periodo 1986-2006 España tiene un saldo neto (recepciones menos aportaciones) favorable de unos 78.131 millones de euros, que representa de promedio aproximadamente el 0,8% del PIB español en cada uno de esos años. De ahí que estas cifras hayan sido calificadas como la mayor operación de solidaridad de la historia.[41]

Si sumamos todas las ayudas financieras que dará la UE en concepto de solidaridad durante el periodo 2007-2013, la cifra es muy elevada: 383.591 millones de euros, lo que da prueba de su importancia porque representa el 43,2% del total de 864.316 millones de euros previsto para este septenio. En este periodo se calcula que España recibirá 35.217 millones de euros.[42]

En conclusión, la UE ha evolucionado progresivamente de una unión aduanera a una unión económica y monetaria *sui generis*, pasando en el camino por un mercado común y un mercado interior. Como quiera que casi han acabado su proceso de integración económica y monetaria, aun cuando subsistan deficiencias en algunos sectores, las CE desempeñan —si bien no con igual intensidad, precisamente a resultas de la diferente intensidad de las competencias atribuidas en los distintos sectores— las tres funciones básicas de la política económica, a saber, la asignación de recursos (el mercado común y muchas las políticas comunitarias); la redistribución de la riqueza (las políticas de solidaridad);

---

41 Véase al respecto GONZÁLEZ VALLVÉ, J.L. y M.A. BENEDICTO SOLSONA. *La mayor operación de solidaridad de la historia. Crónica de la política regional de la UE en España*. Madrid: Plaza y Jané Editores, 2007; PIEDRAHITA, S., F. STEINBERG y J.I. TORREBLANCA. *20 años de España en la Unión Europea (1986-2006)*. Madrid: Real Instituto Elcano, 2006.

42 Para una panorámica del tema, se puede navegar en los siguientes links de la página web de la UE< http://europa.eu/pol/reg/overview_es.htm>, <http://ec.europa.eu/dgs/regional_policy/index_es.htm> y <http://ec.europa.eu/dgs/agriculture/index_es.htm>.

y la estabilización económica y monetaria (las disposiciones sobre la unión económica y monetaria).[43]

Competencias económicas de la UE

- Mercado interior (asignación de recursos).
- Políticas y acciones comunes (asignación de recursos).
- Cohesión económica y social (redistribución de riqueza).
- Unión económica y monetaria (estabilidad macroeconómica).
- Relaciones (económicas) exteriores (las tres funciones):
  - La política comercial común cumple la función de asignación de recursos.
  - La política de cooperación al desarrollo desempeña la función de redistribución de riqueza.
  - El sistema monetario internacional realiza la función de estabilidad macroeconómica.

3.6. Hacia la unión política

La UE no acaba aquí, con la integración económica y monetaria, porque con el Tratado de Maastricht de 1992 se ha comenzado —lenta y tímidamente— a transitar la senda de la integración política, con la instauración de:

1) La ciudadanía de la Unión, que supone otorgar a todos los nacionales de los Estados miembros, por el mero hecho de serlo, un estatuto complementario que les otorga el derecho de sufragio activo y

---

[43] López Escudero, M. «El Derecho comunitario material: delimitación y características». En López Escudero, M. y J. Martín y Pérez de Nanclares (coords.). *Derecho Comunitario material*. Madrid: McGraw-Hill, 2000, p. 8.

pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, la protección consular cuando se encuentran en el extranjero y la libre circulación y residencia en el territorio comunitario aunque no ejerzan actividades profesionales, entre otros derechos. Esta ciudadanía de la Unión forma parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión proclamada en Niza en diciembre de 2000 y que tiene el rango de derecho primario, por lo que está en la cúspide del Derecho Comunitario.

En efecto, el artículo 6 del Tratado de Lisboa dispone que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

2) La política exterior y de seguridad común, que hoy en día abarca también la defensa como uno de sus objetivos y que ha llevado, entre otras cosas, a que exista un Estado Mayor de Defensa de la UE y a unas *fuerzas de intervención rápida*, compuestas por hasta 60 mil hombres o mujeres capaces de movilizarse en 60 días para intervenir durante un año en zonas en conflicto o que han sufrido catástrofes humanitarias. Lógicamente, con unas fuerzas de estas características no puede hablarse con propiedad de un ejército europeo.

3) La política de asuntos judiciales en materia penal y del interior, que incluye temas como el terrorismo, la cooperación judicial penal y Europol. La conjunción de los asuntos judiciales penales y policiales con el título dedicado a la cooperación en materia de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas conforman el *espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE*.[44]

---

[44] Véase una visión general de los logros en estos tres ámbitos en MANGAS MARTÍN, A. y D.J. LIÑÁN NOGUERAS. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. *Ob. cit.*, especialmente, pp. 557 y ss.

Un ejemplo relevante de la actuación de la UE en el espacio de libertad, seguridad y justicia es el reconocimiento del estatuto de los residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), en virtud del cual los nacionales de un tercer Estado con residencia legal e ininterrumpida en un Estado miembro de la UE por un periodo de 5 años disfrutarán de igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado, en los siguientes ámbitos, entre otros: 1) condiciones de acceso al empleo, asalariado o autónomo, sin sujeción a un permiso de trabajo; pero con la misma limitación de los ciudadanos de la Unión en cuanto al ejercicio de empleos que impliquen autoridad pública; 2) condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración; 3) libre acceso a la totalidad del territorio del Estado; 4) reconocimiento de los diplomas profesionales y otros títulos, beneficios fiscales, educación y formación profesional (incluidas las becas de estudio), prestaciones de seguridad social, asistencia social y protección social, acceso a bienes y servicios (incluida la vivienda), libertad de asociación y sindicación, asistencia jurídica gratuita en caso de recursos insuficientes para los procedimientos de expulsión, etcétera; y 5) Derecho de residencia y a trabajar en otro Estado miembro, por un periodo superior a tres meses.

Lógicamente, en estos ámbitos hace pocos años que la UE está avanzando, por lo que quedan muchas cosas por hacer hasta lograr una unión política, si es que alguna vez se consigue.

Atendiendo a la intensidad de sus competencias en los distintos ámbitos materiales en los que interviene, es ya un tópico afirmar, con carácter gráfico, que la UE es *un gigante económico, un enano político y un gusano militar*. Ello nos dice dónde están los mayores logros y dónde se puede avanzar mucho más en los años venideros.

4. Las relaciones exteriores de la UE

En el capítulo 11 se expuso que las organizaciones internacionales son sujetos internacionales y, en esta calidad, poseen derechos y obligaciones internacionales. Estos derechos y estas obligaciones se manifiestan de diferentes maneras: la celebración de tratados internacionales, el envío y recepción de representantes diplomáticos, la legitimación para acudir ante un órgano jurisdiccional o arbitral de solución de controversias, la imposición de sanciones internacionales, la responsabilidad internacional por los hechos ilícitos, etcétera.

La UE es la única organización internacional que hace uso de todas estas manifestaciones, hasta el punto de que en muchos casos sus relaciones exteriores son comparables a las de los Estados.[45] Y ello es debido a que posee amplias competencias para llevar a cabo políticas externas, así como unas fuentes de financiación significativas, ya que se han destinado 49.463 millones de euros a las relaciones exteriores para el periodo 2007-2013, esto es, en torno al 5,7% del total de créditos de compromiso pactados para este septenio.

> En 2008 el presupuesto destinado a las actuaciones de la UE como socio mundial alcanza los 7.300 millones de euros, que incluye las actuaciones europeas en los ámbitos de la preadhesión, la vecindad europea, la cooperación al desarrollo, la ayuda humanitaria, la democracia y los derechos humanos, la política exterior y de seguridad común y el instrumento e estabilidad.

A continuación se examinan sumariamente dos de las políticas externas de la UE, la política comercial común y la política de cooperación al desarrollo, porque son los instrumentos básicos que ha utilizado desde su creación para desarrollar sus relaciones con el resto del mundo. Pero hay otras muchas políticas externas por naturaleza, como la política exterior y de seguridad común, o que tienen una dimensión externa significativa, como las políticas de transportes, salud pública y medio ambiente.[46]

---

[45] Véase en general sobre el tema, CIENFUEGOS MATEO, Manuel. «La subjetividad internacional de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea». *Revista Jurídica del Perú*, vol. 46, 2003, pp. 199-245; ESTEVE F. y Pi M. (eds.). *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado constitucional. ¿Mejora o maquillaje?* Barcelona: CIDOB, 2005.

[46] Para un análisis en profundidad de las políticas externas de la Unión Europea, véase ABELLÁN HONRUBIA, V., B. VILÀ COSTA (dirs.) y A. OLESTI RAYO (coord.). *Lecciones de Derecho comunitario europeo*. Barcelona: Ariel Derecho, 2005, cuarta edición, pp. 339-397; GONZÁLEZ ALONSO, L.N. «La política comercial común» y «La política comunitaria de cooperación al desarrollo». En LÓPEZ, M. y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES. *Derecho comunitario material. Ob. cit.*, pp. 412-454; ORBIE, J. *Europe's global role. External policies of the European Union*. Hampshire: Ashgate, 2008.

Políticas externas de la UE

- Política comercial común
- Política de cooperación (que no se limita a la CAD)
- Política de tipos de cambio del euro
- PESC
- La dimensión externa de las políticas internas

4.1. La política comercial común

La UE es la mayor potencia comercial del mundo y representa alrededor del 20% de las importaciones y exportaciones totales, con más de 2,5 billones de euros de intercambios comerciales en 2007. La libertad de comercio entre sus miembros fue una de las bases de su creación hace 50 años y ha sido una fuente de prosperidad creciente para todos sus Estados miembros. La Unión dirige los esfuerzos encaminados a liberalizar el comercio mundial en favor tanto de los países pobres como de los países ricos. Para ello se sirve de la política comercial común (artículos 131 a 134 del Tratado CE), que es competencia exclusiva de la UE cuando se trata del comercio de bienes, lo que significa que las decisiones se toman por las instituciones comunitarias y los Estados miembros han de respetarlos. Tratándose del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de los derechos de propiedad industrial la competencia es generalmente compartida, por lo que han de actuar de común acuerdo los Estados y las instituciones de la UE.

En la práctica, la política comercial común funciona en dos niveles. Por una parte, en la OMC, donde la UE participa activamente en el establecimiento de las normas del sistema multilateral de comercio mundial, ya que parte de la convicción de que la globalización puede traer beneficios económicos para todos, incluidos los países en vías de desarrollo, siempre que se adopten las normas adecuadas a nivel multilateral y se realicen los esfuerzos necesarios para integrar a los países en vías de desarrollo en el comercio mundial. Por otra parte, la UE negocia sus propios acuerdos comerciales bilaterales con países o grupos

regionales de países (como con los países de África Subsahariana, Caribe y Pacífico, países ACP), en ambos casos con el objetivo de ir liberalizando el comercio de bienes y servicios en sus relaciones recíprocas. Y para ello ofrece, en particular a los países en vías de desarrollo, un mejor acceso a su mercado a corto plazo y les concede más tiempo para abrir sus propios mercados a los productos europeos. Al mismo tiempo, la UE está reformando su política agrícola común, algo que también beneficiará a los países en vías de desarrollo.

Valgan los siguientes ejemplos:

1) En 1971, bajo el Sistema de preferencias generalizadas (SPG), la UE comenzó a reducir o eliminar aranceles y cuotas sobre las importaciones procedentes de los países en vías de desarrollo, como se comenta después.
2) La especial relación comercial y de ayuda entre la Unión y sus 78 países socios ACP se remonta a 1975 y está considerada como un modelo de ayuda de los países ricos a los países más pobres. Este modelo está hoy en día en revisión ya que desde 2007 se están negociando nuevos acuerdos de asociación económica entre los países ACP y la UE.
3) Mediante la iniciativa «Todo menos armas», lanzada en 2001, la Unión concede a los 49 países menos desarrollados libre acceso al mercado comunitario para todos sus productos, a excepción de las armas.[47]

Para llevar a cabo su política comercial común la UE utiliza diversos instrumentos (artículo 133 del Tratado CE):

1) El arancel aduanero común y la legislación aduanera común.

2) Los regímenes de importación: cláusulas de salvaguarda, productos sensibles, régimen autónomo de importación para países no miembros OMC, etcétera.

3) Los instrumentos de defensa comercial: medidas antidumping, antisubvenciones y otros obstáculos al comercio.

---

[47] Véase al respecto COMISIÓN EUROPEA. *La Unión Europea en el mundo. La política exterior de la Unión Europea*. Luxemburgo: OPOCE, 2007 (accesible en <http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/67/ index_es.htm)>.

4) La política de exportación: libertad, salvo excepciones.

5) Los regímenes comerciales preferenciales: preferencias arancelarias generalizadas, regímenes especiales de estímulo, etcétera.

Estos instrumentos se plasman en actos unilaterales de las instituciones comunitarias —que aprueban ellas autónomamente—, como es el caso de los reglamentos y las decisiones, así como acuerdos internacionales que celebra la UE con los países terceros y bloques regionales con los que se relaciona. Estos acuerdos internacionales pueden ser de muy diferentes tipos: básicamente, son tarifarios, de liberalización comercial, de disciplinas comerciales, de cooperación comercial, de integración regional. En la siguiente imagen se mencionan ejemplos de cada una de estas categorías.

Tipología de los acuerdos comerciales de la UE

- Tarifarios: por ejemplo, preferencias arancelarias.
- Liberalización comercial: reducen o eliminan determinadas barreras comerciales, arancelarias y no arancelarias: cupos, obstáculos técnicos, formalidades aduaneras, pagos corrientes (transferencias monetarias vinculadas a operaciones comerciales subyacentes), empresas comerciales de Estado (monopolios nacionales de carácter comercial), impuestos nacioanles discriminatorios, normas de origen más favorables, sistemas de estabilización de precios en el mercado, derechos de protección industrial, condiciones comerciales, contratación pública, etc.
- Disciplinas comerciales: medidas de protección comercial (dumping y subvenciones), prácticas restrictivas de la competencia, normas de origen.
- Cooperación comercial: estadísticas, aduanas, posición frente a terceros Estados, etc.
- Integración regional: constitución de zonas de libre comercio, como con México, Chile y Mercosur.

4.2. La política de cooperación al desarrollo

La política comercial común de la UE está estrechamente relacionada con su política de cooperación al desarrollo (artículos 177 a 181 del Tratado CE). Las dos políticas se unen al asumir la Unión su parte de responsabilidad en la ayuda a los países pobres para luchar contra la pobreza e integrarse en la economía global.

Un buen ejemplo de esta interacción entre la política comercial y la política de cooperación al desarrollo lo prueba que el sistema de preferencias generalizadas de la UE es tanto un instrumento comercial como de cooperación, puesto que expresa una nueva concepción de las relaciones comerciales internacionales que deja un amplio margen para objetivos de desarrollo.[48] En términos generales, el SPG supone una reducción —y en ocasiones exención— arancelaria de una serie de productos originarios de los países en vías de desarrollo, si bien teniendo en cuenta la sensibilidad de tales productos para la economía comunitaria (por ejemplo, el azúcar, el arroz y los plátanos). Los beneficiarios del sistema de preferencias generalizadas son prácticamente la totalidad de países en vías de desarrollo, si bien muchos países —como los 78 países ACP y los mediterráneos, así como los 49 países menos desarrollados— reciben concesiones comerciales más favorables.

> Ello significa que, en la práctica, el SPG es la forma de acceso preferencial al mercado europeo de los productos latinoamericanos y asiáticos.

La política de cooperación de la UE estuvo originariamente centrada en los países ACP, por tratarse de aquéllos con los que los Estados miembros habían mantenido relaciones más estrechas en el pasado. Ahora bien, desde mediados de la década de 1970 se ha extendido a Asia, América Latina y los países del Mediterráneo Meridional y Oriental.

---

[48] Sobre el sistema de preferencias generalizadas y sus vínculos con el comercio y la cooperación al desarrollo es muy interesante la STJCE de 26 de marzo de 1987, *Comisión c. Consejo*, 45/86, *Recopilación* 1987, p. 1493.

La finalidad que subyace siempre a esta cooperación es apoyar el crecimiento y el desarrollo sostenibles de los países socios, a fin de que dispongan de los recursos necesarios para luchar contra la pobreza y erradicarla.

Hay que hacer hincapié en que la UE disfruta de un estatuto único en el escenario internacional en materia de cooperación al desarrollo ya que es el mayor donante mundial, pues su ayuda representa más de la mitad del total de la ayuda oficial al desarrollo de todo el mundo, si se suma la ayuda de la Organización y la de los Estados miembros. Así, en 2006, el valor total de esta ayuda europea ascendió a unos 47.000 millones de euros, representando el 56% de los 83.900 del total mundial de ayuda al desarrollo. La propia Comisión Europea gestiona alrededor del 20% del total europeo, con un gasto en 2006 superior a los 9.200 millones de euros. Ello supone que la ayuda europea se sitúa en el 0,42 % del producto nacional bruto de los Estados miembros, cifra que está todavía muy lejos del 0,7 % marcado por las Naciones Unidas en los objetivos del Milenio.

Estas cantidades se destinan a la promoción del desarrollo económico y social, la democracia, la gobernanza y el respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho en los países en vías de desarrollo, así como a su mejor integración en la economía mundial, al objeto de que puedan aprovechar las ventajas de la globalización y alcancen un desarrollo sostenible.

> Verbigracia, reconociendo que la paz es una condición esencial del desarrollo sostenible, en 2004 la UE acordó crear el Fondo de apoyo a la paz para África, dotado con 250 millones de euros destinados a financiar el mantenimiento de la paz y las medidas de prevención de los conflictos en África.

Cabe advertir que los acuerdos internacionales de la UE con sus socios de todo el mundo no sólo tratan del comercio de bienes y servicios y de la cooperación al desarrollo tradicional (ayudas financiera y técnica), sino también de lo que se conoce como *cooperación avanzada* (cooperación financiera y técnica en aduanas, infraestructuras,

programas de salud y educación, etcétera: artículo 181 A del Tratado CE) y de reformas económicas de diverso tipo. Además, ofrecen un marco de diálogo político en todos los temas que se consideren de interés común y contienen una cláusula que permite a la Unión suspender o suprimir el comercio o la ayuda si el país socio no respeta los derechos humanos. Finalmente, desde 2003 todos los nuevos acuerdos de la UE deben incluir una cláusula en virtud de la cual los países socios se comprometen a respetar la no proliferación de armas de destrucción masiva. Además, cada vez con mayor frecuencia se incluyen cláusulas de protección medioambiental. Ello significa que el comercio y la cooperación son importantes, pero no lo son todo para la UE en sus relaciones con el resto del mundo, ya que su modelo de asociación —especialmente con países en vías de desarrollo— pretende integrar en un mismo acuerdo internacional el comercio, la cooperación y el diálogo político.[49]

Por todo lo anterior, las relaciones de la UE con el resto del mundo no siempre son fáciles, generándose conflictos con cierta frecuencia, que suelen resolverse en el seno de la OMC, porque se trata de armonizar simultáneamente intereses muy diversos (comerciales, agrícolas, de cooperación…) con los países y bloques regionales del mundo.

> Un ejemplo. La política agrícola común de la UE es excesivamente proteccionista de la producción europea, con fuertes subsidios a la producción y ayudas a la exportación.[50] Simultáneamente, se grava de diferentes maneras las importaciones agrícolas procedentes de diversas partes del mundo, incluidos a menudo las que proceden de países en vías de desarrollo. Lógicamente, esta política agrícola común afecta directamente a los intercambios comerciales con terceros países, en particular a los países en vías de desarrollo, que suelen ser grandes productores de bienes agrícolas. Pues bien, los regímenes comerciales de importación de la UE derivados de su política agrícola común han provocado graves problemas de armonización con la normativa internacional relativa al comercio en el seno de la OMC.

---

[49] Véase al respecto MATEO CIENFUEGOS, Manuel. *La asociación estratégica entre la Unión Europea y el Mercosur, en la encrucijada*. Barcelona: CIDOB, 2006.

[50] En relación con la política agrícola común, véase MCMAHON, J. *EU Agricultural Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Así ha sucedido con el sector del plátano, respecto al cual el Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas — régimen de importación, venta y distribución de plátanos*—, de 9 de septiembre de 1997, constató la incompatibilidad del régimen comunitario de importación de los plátanos con el Derecho de la OMC. En la medida en que imponía nuevas restricciones cuantitativas al comercio de las bananas y vulneraba la cláusula de la nación más favorecida.[51]

La consecuencia es que la UE ha tenido que modificar su SPG. Hoy en día está regulado por el Reglamento (CE) 980/2005, del Consejo de la UE, 27 de junio de 2005, relativo a la aplicación de un sistema de preferencias arancelarias generalizadas.

Cabe concluir indicando que los acuerdos internacionales de la UE tienen como socios principales a los países europeos occidentales (así, el acuerdo constitutivo del espacio económico europeo, de 2 de mayo de 1992, entre los países de la UE y Islandia, Noruega y Liechtenstein) y los países ACP (gracias fundamentalmente al acuerdo de Cotonú, firmado el 23 de junio de 2000), seguidos por los países del centro y este de Europa que surgieron tras la desintegración de la URSS y Yugoslavia (llamados acuerdos europeos), los países del Magreb (con quien la UE celebra acuerdos de cooperación análogos a los acuerdos europeos), los países latinoamericanos (se denominan acuerdos de asociación) y los países asiáticos que no son países ACP (llamados acuerdos de cooperación comercial y económico).[52]

Es importante destacar que los acuerdos internacionales celebrados por la UE vinculan a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias (artículo 300.7 del Tratado CE), de manera que tienen primacía sobre las normas nacionales y los actos comunitarios que se los contradigan, que deben ser inaplicados en caso de conflicto.

---

[51] Informe del Órgano de Apelación de la OMC de 9 de septiembre de 1997, Comunidades Europeas - régimen para la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/AB/R (accesible en <http://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/a1s1p1_s.htm)>.

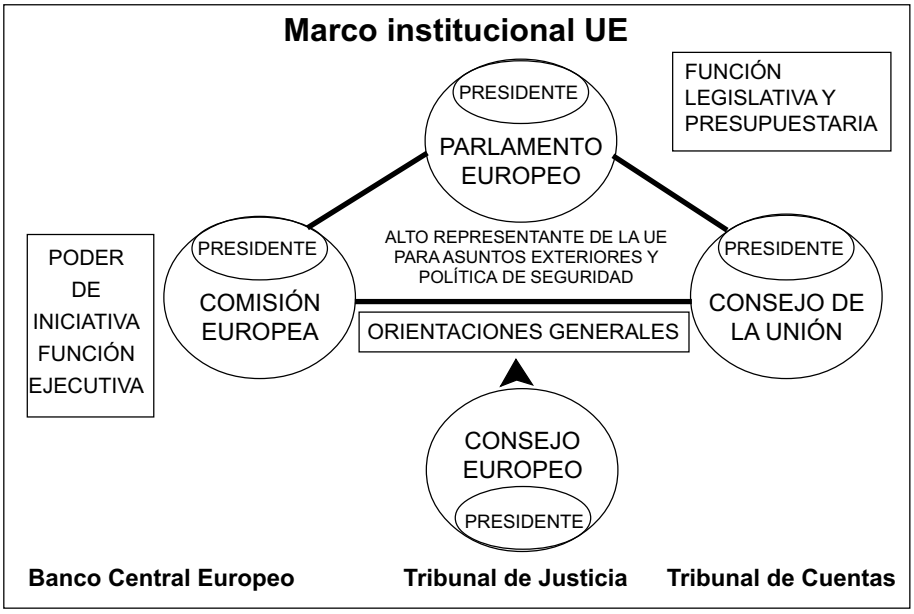
[52] Para una visión general de estos tipos de acuerdos y las relaciones existentes, véase Comisión Europea. *Una potencia mundial. Las relaciones exteriores de la Unión Europea*. Luxemburgo: OPOCE, 2005 (accesible en <http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/47/es.pdf)>.

5. MARCO JURÍDICO, INSTITUCIONAL Y FINANCIERO DE LA UNIÓN EUROPEA

Al objeto de llevar a cabo las actividades mencionadas en los apartados anteriores (la unión aduanera, el mercado común, las relaciones exteriores, etcétera), la UE dispone de unos medios humanos y financieros, gestionados por un complejo y completo organigrama institucional que aprueba normas jurídicas.

5.1. Las instituciones de la Unión Europea[53]

El marco institucional básico de la UE puede sintetizarse gráficamente como sigue, con indicación sumaria del reparto de responsabilidades entre sus instituciones decisorias:



[53] Véase en general sobre el tema, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. *Instituciones de Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; MANGAS MARTÍN, A. y D.J. LIÑÁN NOGUERAS. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. *Ob. cit*. Véase igualmente Comisión Europea, *Panorama de la Unión Europea*, Luxemburgo: OPOCE, 2007, en <http://europa.eu/abc/panorama/howorganised/index_es.htm>.

5.1.1. El Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo es elegido cada cinco años por sufragio universal y directo de los ciudadanos europeos desde 1979 para que represente sus intereses, por lo que suele decirse que es la voz del pueblo. El actual Parlamento, elegido en junio de 2004, tiene 785 miembros procedentes de los 27 países de la UE, si bien se prevé que en el futuro no exceda de 750 miembros. Estos no se agrupan en bloques nacionales, sino en ocho grupos políticos de dimensión europea, en función de la afinidad ideológica, siendo los más numerosos el Grupo del Partido Popular Europeo (demócrata-cristiano) y de los Demócratas Europeos y el Grupo Socialista en el Parlamento Europeo. Como regla, las decisiones del Parlamento Europeo se toman por mayoría absoluta de los votos emitidos.

Su misión principal es aprobar las principales normas comunitarias, como son los reglamentos, las directivas y las decisiones. Es lo que se conoce como Derecho derivado o secundario. El Parlamento Europeo comparte esta responsabilidad con el Consejo de la UE, mientras que las propuestas de estos actos provienen de la Comisión Europea. El Parlamento Europeo también participa en la celebración de acuerdos internacionales, debiendo generalmente ser consultado antes de que la UE se vincule por ellos y en algunos casos su dictamen es vinculante, como sucede con los acuerdos de asociación y de adhesión de nuevos Estados miembros.

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE también comparten la responsabilidad de aprobar el presupuesto anual de la UE, que asciende a más de ciento veinte mil millones de euros desde hace ya unos años. Finalmente, el Parlamento tiene el poder de destituir a la Comisión Europea, que es el equivalente del Gobierno europeo y elige al Defensor del Pueblo Europeo, que investiga las denuncias de los ciudadanos sobre mala gestión de las instituciones de la UE.

Las principales reuniones del Parlamento se celebran en Estrasburgo, como es el caso de las sesiones plenarias ordinarias, si bien también

se celebran reuniones en Bruselas y Luxemburgo, como sucede con las sesiones de las comisiones. Como las restantes instituciones de la UE, trabaja en las 23 lenguas oficiales de la UE, lo que da lugar a la llamada *torre de babel* lingüística (por el caos y gastos económicos derivados del uso de tantas lenguas).

5.1.2. El Consejo de la UE

El Consejo de la UE está integrado generalmente por representantes de rango ministerial de todos los países de la UE, uno por Estado miembro, razón por la que se le considera el defensor de los Estados miembros. Es la institución que comparte con el Parlamento Europeo la responsabilidad de aprobar las normas comunitarias y el presupuesto de la Unión, siendo además quién tiene competencia para aprobar los acuerdos internacionales negociados por la Comisión. Es asimismo el máximo responsable de la UE en el ámbito de la política exterior y de seguridad Común y en numerosas cuestiones del espacio de libertad, seguridad y justicia que existe dentro de la Unión Europea.

A las reuniones del Consejo de la UE, que suelen tener lugar en Bruselas, asisten los ministros responsables de los asuntos que en cada caso se vayan a debatir.

> Hoy en día existen las siguientes formaciones: Asuntos Generales y Relaciones Exteriores; Asuntos Económicos y Financieros; Cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (JAI); Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; Competitividad; Transporte, Telecomunicaciones y Energía; Agricultura y Pesca; Medio Ambiente; y Educación, Juventud y Cultura.

El Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros se encarga de preparar los trabajos del Consejo.

Las decisiones en el seno del Consejo de la UE son generalmente complicadas debido al sistema de votación: en temas sensibles se toman por unanimidad (como en materia de fiscalidad y de seguridad social), otras veces por mayoría simple de los países miembros (14 de los 27 Estados con que cuenta hoy la UE), como ocurre con la aprobación

de su reglamento interno y, como regla, se vota por mayoría cualificada (como las decisiones relativas a la política comercial común y los fondos estructurales y de cohesión).

> La mayoría cualificada es un procedimiento genuino y complejo de la UE que consiste en que cada país cuenta con un número de votos, en función de diversos criterios, y fundamentalmente la población: por ejemplo, Alemania 29 votos, España 27, Bélgica 12 y Malta 3 —que es el país más pequeño—. Sumados todos los votos de todos los Estados, hay 345 votos. Pues bien, la mayoría se alcanza si se llega a 255 votos de países que representen la mayoría de los Estados miembros (14, en la actualidad) y el 62% de la población de la UE (artículo 205 del Tratado CE).[54]

El Consejo de la UE es un órgano diferente al Consejo Europeo, que es una institución de la Unión Europea que se reúne en Bruselas al menos dos veces anualmente y que está integrado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros, más el Presidente de la Comisión.

> Cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa será miembro también el Presidente del Consejo Europeo y contará con la participación en sus trabajos del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, así como con la asistencia de un ministro por Estado miembro y de un comisario europeo.

El Consejo Europeo no aprueba actos jurídicos, limitándose a dar a la UE los impulsos necesarios para su desarrollo y definir sus orientaciones políticas generales. Decide por consenso, salvo que los Tratados dispongan otra cosa.

5.1.3. La Comisión Europea

La Comisión Europea representa y defiende los intereses generales de la Unión Europea en conjunto, por lo que suele decirse que promueve

---

[54] A partir del 1 de noviembre de 2014, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y el 65% de la población de la Unión.

el interés comunitario. Compuesta por 27 miembros en la actualidad, pues debe comprender un nacional de cada uno de los Estados miembros,[55] es independiente de los Gobiernos nacionales, de los que no puede recibir instrucciones y a los que no representan. Para garantizarlo, el Presidente y los demás miembros de la Comisión Europea son nombrados conjuntamente por el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo, siguiendo el procedimiento complejo del artículo 214 del Tratado CE, por un periodo de cinco años, en razón de su competencia general y de su compromiso europeo, de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia. También con este fin las decisiones de la Comisión se toman colegiadamente, tras una deliberación colectiva, y si bien se intenta llegar al más amplio consenso posible son válidas cuando se adoptan por mayoría absoluta de sus miembros. Su sede está en Bruselas.

En líneas generales, la Comisión Europea hace las funciones propias de un Gobierno dentro de un Estado. La Comisión elabora las propuestas de las normas europeas, que presenta al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE para su aprobación. Se encarga además de gestionar cotidianamente la aplicación de las políticas y la utilización de los fondos de la UE y vela porque se respete el Derecho comunitario por los Estados miembros y los particulares, en particular las empresas. A los Estados miembros les puede llevar ante el Tribunal de Justicia para que declare su incumplimiento del Derecho comunitario y les imponga una sanción económica. A los particulares y las empresas es directamente la Comisión la que la impone la sanción.

Por ejemplo, entre 2005 y 2007 la Comisión Europea ha impuesto a Microsoft multas por valor superior a 1.000 millones de euros, debido a que sus programas informáticos vulneran las normas del Derecho comunitario de la competencia.

---

[55] A partir del 1 de noviembre de 2014, la Comisión estará compuesta por un número de miembros correspondiente a los dos tercios del número de Estados miembros, que incluirá a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a menos que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número.

Para llevar a cabo sus funciones, la Comisión dispone de unos 32 mil funcionarios y agentes, que en su mayoría trabajan en Bruselas.

5.1.4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene su sede en Luxemburgo y está integrado por tres tribunales distintos: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados —como el Tribunal de la Función Pública—.

De todos ellos el más relevante es el Tribunal de Justicia, compuesto por un juez de cada Estado miembro, que no necesariamente ha de ser nacional de un Estado de la UE, luego hoy en día hay 27 jueces, y 8 abogados generales. Son nombrados de común acuerdo por todos los Estados miembros, por un periodo de 6 años, entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia. Puede actuar en pleno, gran sala o salas. A falta de consenso, se decide por mayoría de los miembros presentes, sin que el presidente tenga voto de calidad, por lo que deliberan en número impar. No existen los votos particulares.

La misión primordial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es garantizar que el Derecho comunitario se interprete y aplique de la misma manera en todos los países de la UE, tanto por los Estados miembros como por las instituciones comunitarias y los particulares (artículo 220 del Tratado CE). Ulteriormente se analizan las principales competencias del Tribunal.

5.1.5. El Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas está integrado por un nacional de cada Estado miembro, por lo que cuenta en la actualidad con 27 miembros, nombrados por el Consejo de la UE por un periodo de 6 años. Los miembros del Tribunal de Cuentas son elegidos entre personalidades que

pertenezcan o hayan pertenecido en sus respectivos Estados a las instituciones de control externo o que estén especialmente calificadas para esta función. Deberán ofrecer absolutas garantías de independencia. Tiene su sede en Luxemburgo.

Al Tribunal de Cuentas le corresponde la fiscalización de las cuentas (ingresos y gastos) de la Unión, examinando la legalidad y regularidad de los ingresos y gastos y garantizando una buena gestión financiera de los fondos de la UE. Por eso puede auditar a cualquier institución, organismo o empresa que maneje fondos comunitarios.

5.1.6. El Banco Central Europeo

Con sede en Francfort, el Banco Central Europeo está dirigido por el Comité Ejecutivo, compuesto por 6 miembros, nombrados de común acuerdo por los Estados miembros, y que deben actuar con independencia de los Estados miembros y las instituciones de la UE.

El Banco Central Europeo tiene como misión esencial garantizar la estabilidad de los precios para que la economía europea no se vea perjudicada por la inflación. Con este fin se le atribuye la responsabilidad de de gestionar la política monetaria y de cambios de la UE y, por lo tanto, es el quien fija los tipos de interés, decide el tipo de cambio del euro, autoriza la emisión de billetes y monedas, etcétera. Salvo que se disponga otra cosa, el Banco toma sus decisiones por mayoría simple.

Aunque no sea una institución de la UE, cabe mencionar la existencia del Banco Europeo de Inversiones, que es una institución financiera internacional integrada exclusivamente por los Estados miembros de la UE que presta dinero a tipos favorables para proyectos de interés europeo, en especial en las regiones menos favorecidas de la Unión. Igualmente hace préstamos a los Estados candidatos y a los países en vías de desarrollo. El Banco tiene su sede en Luxemburgo.

Por ejemplo, financia proyectos de infraestructura como conexiones ferroviarias y por carretera, aeropuertos o proyectos medioambientales.

5.1.7. Órganos consultivos

Entre un complejo organigrama de órganos consultivos que asisten a las instituciones de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones cabe destacar la existencia de los dos siguientes.

Por un lado, el Comité Económico y Social Europeo es el portavoz de la sociedad civil, ya que está compuesto por 344 representantes de las organizaciones de empresarios, de trabajadores y de otros sectores representativos de la sociedad civil, en particular en los ámbitos socioeconómico, cívico, profesional y cultural. Son nombrados por el Consejo de la UE por mayoría simple por un periodo de 5 años. No están vinculados por ningún mandato imperativo, por lo que ejercen sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión. El Comité es un órgano consultivo que debe dar su opinión sobre las propuestas de decisiones de la UE en materia de empleo, agricultura, formación profesional, industria, etcétera.

Por otro lado, el Comité de las Regiones es la voz de los intereses regionales y locales. Está compuesto por 344 miembros, nombrados por el Consejo de la UE por mayoría simple por un mandato de 5 años, representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida, por lo que suelen ser autoridades de Gobiernos regionales o alcaldes de ciudades. No están vinculados por ningún mandato imperativo, por lo que ejercen sus funciones con plena independencia, en interés general de la UE. Se consulta al Comité de las Regiones sobre las decisiones de la Unión que tienen una repercusión transfronteriza, como son la cohesión económica y social, los transportes y el empleo.

5.2. Las fuentes del Derecho Comunitario Europeo y su garantía judicial

En la Unión Europea rige el principio del Estado de Derecho (*rule of law*), que supone en esencia la supremacía del derecho y, por lo tanto,

la vinculación de todos los poderes públicos y ciudadanos a las reglas jurídicas y, por vía de consecuencia, la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos en sus actuaciones. Así lo proclama el artículo 6 del Tratado UE.

El estado de derecho presupone lógicamente la existencia de un ordenamiento jurídico que impone reglas de conductas y establece mecanismos de garantía de su cumplimiento. Abordaremos a continuación estas cuestiones porque constituyen una de las claves del éxito de la integración europea.

5.2.1. Categorías normativas

El Derecho comunitario puede ser definido como un conjunto sistemático de reglas (principios y normas) jurídicas generalmente obligatorias y coercitivas, propio de una determinada organización (la UE), que está orientado a la realización de las tareas fijadas por sus Tratados constitutivos: la integración económica, monetaria, social y, en menor medida, política.

Existen diversos criterios de clasificación de las fuentes del Derecho comunitario, en función del carácter vinculante o no obligatorio, el rango (la jerarquía depende de las diferentes categorías normativas), la forma (escrita o no), el autor del acto, etcétera. Aquí se seguirá un criterio ecléctico que combina los anteriores y del que resultan las siguientes categorías normativas formalmente diferenciadas.

En sentido estricto, el Derecho comunitario está compuesto por el Derecho originario o primario, los principios generales del derecho, el derecho resultante de las relaciones exteriores de la UE y los actos unilaterales obligatorios de sus instituciones. En la medida en que son sujetos internacionales, también es parte integrante del Derecho comunitario, el Derecho internacional general. En sentido amplio, formarían parte del mismo el llamado Derecho complementario y, por extensión, los actos que resultan de las estructuras de cooperación intergubernamental. En fin, la jurisprudencia constituye una fuente *sui generis*. Se sigue este orden en la exposición.

La primera categoría se denomina Derecho comunitario originario o primario, tanto para designar su origen como para precisar desde una perspectiva técnica que está en la posición suprema de la jerarquía normativa de la UE, en su calidad de Constitución de la Unión,[56] ya que cumplen la función de norma suprema que asegura no sólo la autonomía del sistema creado, sino que garantiza asimismo su unidad y coherencia. El Derecho primario está formado por los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (1951), la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957) y el Tratado de la Unión Europea (1992), tal como han sido reformados a lo largo del tiempo, en una sucesión ininterrumpida de más de 20 tratados y actos de otra naturaleza.[57]

Los principios generales del Derecho constituyen otra categoría autónoma de fuentes del Derecho comunitario que, en ocasiones, tienen materialmente un rango constitucional, dada su importancia para la existencia y el funcionamiento de la UE, como es el caso de los principios de no discriminación por razón de nacionalidad y de libertad de circulación. Se trata de reglas jurídicas no escritas, desvinculadas de cauces determinados de producción normativa, que representan un patrimonio común de valores fundamentales que informan el Derecho comunitario en su totalidad o una parte del mismo y le aportan coherencia y plenitud, por lo que en cierto modo sirven para vertebrarlo. Así lo corrobora el amplio uso que ha hecho de ellos el Tribunal de Justicia, utilizándolos para colmar sus lagunas y como guía para la

---

[56] La expresión «carta constitucional» para referirse a los Tratados constitutivos de la UE es del Tribunal de Justicia (véase especialmente el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, relativo al Espacio Económico Europeo, Recopilación. 1991, p. I/6079). Y para un análisis de la oportunidad del uso de este término, véase Rodríguez Iglesias, G.C. «La Constitución de la Comunidad Europea». *Noticias CEE*, n.º 100, 1993, pp. 93-95.

[57] Los textos están recogidos en Mangas Martín, A. *Tratado de la Unión Europea. Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos del Derecho comunitario*. Decimosegunda edición. Madrid: Tecnos, 2006. El texto del Tratado de Lisboa de Reforma de la UE está disponible en <http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st06655-re01.es08.pdf>.

labor judicial, especialmente para aclarar conceptos ambiguos o imprecisos.[58]

El derecho resultante de las relaciones exteriores de la UE constituye otra categoría del Derecho Comunitario que comprende tanto los acuerdos internacionales celebrados por las instituciones comunitarias como las decisiones adoptadas por los órganos de los acuerdos de los que la UE sea parte, tal como el Tribunal de Justicia ha afirmado taxativamente.[59] Son igualmente parte integrante del Derecho comunitario los acuerdos mixtos y, por efecto de sucesión, determinados acuerdos que fueron firmados por los Estados miembros antes de la creación de las Comunidades Europeas, como el GATT de 1947, o de que se le atribuyeran competencias en la materia.[60]

El Derecho comunitario derivado o secundario constituye una amplia categoría normativa, en cuanto está integrada por actos de muy distinta denominación, así como de valor jurídico dispar, pues los hay vinculantes y de *soft law*, pero con el denominador común de que aprobados autónomamente (unilateralmente) por las instancias decisorias de la Unión, básicamente el Consejo de la UE, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo. Se llaman Derecho comunitario derivado o secundario para indicar claramente, por contraposición al Derecho originario, su naturaleza derivada y su función de aplicación de éstos. Constituyen, en este sentido, la legislación de la Unión.

Dentro del Derecho comunitario derivado destacan los reglamentos (que equivalen con frecuencia a las leyes internas), las directivas (que son una especie de ley marco) y las decisiones (actos administrativos de eficacia individual), tal y como dispone el artículo 249 del Tratado CE.

---

58 Véase al respecto, PESCATORE, P. «Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho comunitario». *Noticias CEE*, n.º 40, 1988, pp. 39-54.

59 STJCE de 30 de abril de 1974, *Haegeman*, 181/73, *Recopilación* 1974, p. 449.

60 Véase sobre el tema, DÍEZ-HOCHLEITNER, J. *La posición del Derecho internacional en el Derecho comunitario*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

Según el artículo 249 del Tratado CE, los reglamentos son actos de alcance general (regulación de supuestos de hecho de manera general y abstracta), obligatorios en todos sus elementos (prescripción tanto del resultado como de las modalidades de actuación si lo pretenden, sin que exista tampoco la posibilidad de hacer reservas ni excepciones ni aplicaciones selectivas por los Estados miembros, debido a la plenitud de su efecto obligatorio) y, finalmente son directamente aplicables en el territorio de los Estados miembros (no necesitan medidas nacionales de implementación para poder ser aplicados internamente y, por lo tanto, para producir sus efectos, ya que son *self executing*, esto es, autosuficientes.
Las directivas y las decisiones se definen por contraposición a los reglamentos. Así, las directivas vinculan a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado a alcanzar, dejándoles libertad para elegir la forma y los medios. Y las decisiones son obligatorias en todos sus elementos para sus destinatarios.

Existen muchos otros actos de Derecho comunitario derivado, como los dictámenes, las recomendaciones, los acuerdos interinstitucionales, las decisiones sin destinatarios, las resoluciones y las declaraciones, etcétera, que normalmente se limitan a expresar la voluntad política de su autor, sin producir efectos jurídicos vinculantes.

Los principios generales y las normas consuetudinarias del Derecho internacional forman parte del Derecho comunitario, como ha consagrado el Tribunal de Justicia en abundante jurisprudencia.[61]

Así, en el asunto *Racke* de 1998, el Tribunal proclama enfáticamente que las reglas consuetudinarias internacionales vinculan como tales a la Comunidad Europea y son invocables en el marco de un control de legalidad de un acto comunitario, de manera que su no conformidad puede ser sancionada con la invalidez del acto comunitario si está viciado de un error manifiesto de apreciación en la aplicación de la norma consuetudinaria. En concreto, apunta que la regla *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus* están consagradas por la Convención de Viena de 1969, relativa al Derecho de los tratados, de la que no es parte la Comunidad. Ahora bien, «aunque no

---

61 Véase al respecto, Amadeo, S. «La Corte di giustizia delle Comunità europee ed i rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale generale». *Rivista di Diritto Internazionale Privatto i Processuale*, 2000-4, pp. 895-930.

> vincule a la Comunidad ni a todos los Estados miembros, una serie de disposiciones del Convenio de Viena, entre las que se encuentra su artículo 62, refleja las normas de Derecho internacional que consagran, en determinadas condiciones, el principio de que un cambio en las circunstancias puede implicar la caducidad o la suspensión de un tratado». Como quiera que las competencias de la Comunidad deben ejercerse respetando el Derecho internacional, «la Comunidad está obligada a respetar las normas del Derecho consuetudinario internacional al adoptar un reglamento por el que se suspenden las concesiones comerciales otorgadas por un acuerdo o en virtud de un acuerdo celebrado por ella con un país tercero».
> De lo antedicho el Tribunal de Justicia dedujo que «las normas del Derecho consuetudinario internacional relativas al cese y la suspensión de las relaciones convencionales como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias vinculan a las instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario».[62]

El llamado Derecho complementario constituye también una fuente del Derecho comunitario en sentido amplio, a pesar de que *stricto sensu* no son sino acuerdos internacionales celebrados por los Estados, en algunos casos en forma simplificada, ya que se celebran para complementar los objetivos definidos por los Tratados constitutivos. Dentro de esta categoría se incluyen, por un lado, los acuerdos celebrados por los Estados miembros en los casos contemplados por el artículo 293 del Tratado CE (convenios comunitarios), el artículo 3 de las Actas de Adhesión y el artículo 34 del Tratado UE (convenios europeos); y, por otro, de las decisiones de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de la UE. En ambos casos son reglas obligatorias, y no *gentlemen's agreements*.

Los actos de la cooperación intergubernamental, sea en el marco de la política exterior y de seguridad común, sea en el de la cooperación judicial policial y judicial penal internacional (estrategias comunes, posiciones comunes, decisiones y decisiones marco, convenios complementarios y acuerdos con terceros, etcétera) se sitúan en una situación intermedia entre el Derecho complementario y el Derecho derivado. Por un lado, se dictan en ámbitos materiales que no están tan

---

62 STJCE de 16 de junio de 1998, *Racke*, C-126/96, *Recopilación* 1998, p. I/3688.

estrechamente relacionados con la Comunidad Europea como en el caso del Derecho complementario, pero son innegables los vínculos recíprocos entre los pilares intergubernamentales y el pilar comunitario. Así, las posibilidades de la PESC (cualquier ámbito de la política exterior y de seguridad en sentido amplio, así como la defensa, frente a amenazas militares y no militares: seguridad democrática, demográfica, ecológica...) comienzan donde acaban las relaciones exteriores de la Unión y de modo particular la política comercial común y la cooperación al desarrollo. Por otro lado, se adoptan por las instituciones de la UE y la mayoría de ellos son vinculantes, aunque su intensidad jurídica sea generalmente más baja que la de los actos del Derecho comunitario derivado.

A título ejemplificativo, las decisiones marco son obligatorias pero no pueden tener efecto directo, a diferencia de las directivas (artículo 34.2 C del Tratado CE).

Finalmente, la jurisprudencia comunitaria puede ser considerada fuente *sui generis* del Derecho comunitario, toda vez que el Tribunal de Justicia no admite, cuando puede evitarlo, que la imprecisión o ambigüedad de los conceptos, la existencia de lagunas o el envejecimiento de las normas comunitarias, tengan su origen en la redacción de los tratados o en la inactividad de las instituciones comunitarias o de los Estados miembros pueda amenazar el funcionamiento de la UE. Con vistas a salvaguardarla frente a estas situaciones, el Tribunal de Justicia completa e integra el Derecho comunitario mediante dos formas principales, muy imbricadas entre ellas. La primera, recurriendo amplia y preferentemente a procedimientos dinámicos de interpretación, destacando la utilización del análisis sistemático y teleológico y el uso del efecto útil. La segunda, invocando y aplicando con bastante frecuencia principios generales del derecho. Todos estos aspectos permiten, a la postre, hablar sin reparos de la fuerza creativa de la interpretación judicial en la UE.

Para constatar esta realidad basta evocar la consagración jurisprudencial de los principios de primacía y efecto directo, de responsabilidad del Estado por

el incumplimiento del Derecho comunitario y de protección de los derechos humanos, que no estaban recogidos en los Tratados.[63]

5.2.2. Principios que regulan las relaciones del Derecho comunitario con los ordenamientos nacionales

Las fuentes del Derecho comunitario suelen ser obligatorias, salvo excepción, como se ha visto; pero además se caracterizan por los siguientes principios:

1) La primacía sobre las normas internas, de manera que si hay un conflicto entre una norma comunitaria y una norma interna ésta no puede aplicarse. La primacía es una cualidad absoluta de la norma comunitaria que sea vinculante sobre cualquier norma interna, incluso las de rango constitucional. Lleva aparejada como consecuencia que el juez nacional, como cualquier otra autoridad pública, debe dejar inaplicada la norma nacional sin tener que plantear cuestión de constitucionalidad ni esperar a su derogación por su autor. A pesar de que así lo ha consagrado el Tribunal de Justicia desde su sentencia *Costa* de 1964 existen fricciones con los tribunales constitucionales de los Estados miembros en relación con la primacía del Derecho comunitario sobre sus Cartas Magnas, en particular cuando están en juego los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.[64]
2) El efecto directo, porque con frecuencia otorga derechos o impone obligaciones a los particulares sin que sea preciso que intervengan los poderes públicos de los Estados miembros aprobando normas internas. Para ello hace falta que el precepto de la norma comunitaria

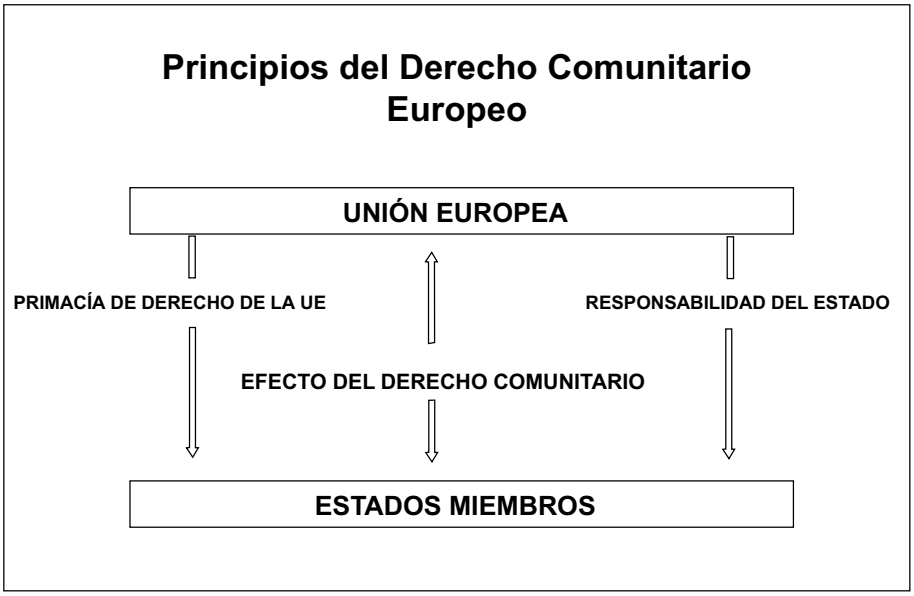
---

[63] Véase sobre el tema CIENFUEGOS MATEO, M. *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia en los Estados miembros*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1998.

[64] Véase para mayores detalles, AA.VV. *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007; ALONSO GARCÍA, R. *El juez español y el Derecho comunitario*. Madrid: C.G.P.J., 2003.

sea incondicional y suficientemente preciso. Incondicional significa que el precepto no precisa de ninguna medida posterior comunitaria o nacional que deje un margen discrecional a la hora de actuar a los Estados miembros o las instituciones de la UE. El precepto ha de ser además suficientemente preciso en cuanto a la existencia inequívoca de un derecho de los particulares.

3) La responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento del Derecho comunitario, por lo que deberá reparar los daños y perjuicios causados por sus poderes públicos, incluido el legislativo y el judicial, siempre que se cumplan determinadas condiciones, como son: 1) la atribución de un derecho a un particular por la norma comunitaria; 2) la violación suficientemente caracterizada de una norma comunitaria, esto es, la violación ha de ser grave y manifiesta; y 3) la relación de causalidad entre la violación de la norma comunitaria y el daño del particular.



5.2.3. El control judicial del Derecho Comunitario

Una de las notas características del Derecho comunitario consiste en el hecho de que su aplicación judicial no se confía únicamente a una institución comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino también, y sobre todo, a los órganos judiciales de los Estados miembros, que pueden y deben, a instancia de parte y de oficio, aplicar el ordenamiento jurídico comunitario en la resolución de los litigios que conozcan cuando proceda por razón de la materia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea está integrado —como se dijo antes— por el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia y los Tribunales Especializados. La misión primordial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es garantizar que el Derecho comunitario se interprete y aplique de la misma manera en todos los países de la UE, tanto por los Estados miembros como por las instituciones comunitarias y los particulares (artículo 220 del Tratado CE).

Con este fin se le han atribuido diversas competencias jurisdiccionales y consultivas, que le permiten enjuiciar la legalidad de los actos y omisiones de las instituciones de la Unión, determinar la conformidad de las conductas de los Estados con las obligaciones comunitarias, apreciar si la Unión ha causado un daño que deba ser reparado, cooperar con el juez nacional en la solución del proceso nacional en los casos en que tenga dudas acerca de la interpretación y la validez del Derecho comunitario, precisar si un acuerdo internacional que quiere celebrar la Unión es conforme con el Tratado UE, etcétera.[65]

---

[65] Véase en general sobre el tema WAELBROECK, D. y H.G. SCHERMERS. *Judicial Protection in the European Communities*. La Haya: Kluwer, 2002.

Competencia del Tribunal de Justicia de la UE

- Recursos directos
  - Anulación de actos de las instituciones
  - Declaración de los incumplimientos de los estados
  - Constatación de las omisiones de las instituciones comunitarias
  - Indemnización de daños y perjuicios
  - Otros
- Cuestión prejudicial de interpretación y validez
- Procedimientos consultivos

Estas competencias del Tribunal de Justicia son evidentemente importantes, pero no dejan de constituir excepciones a la competencia general que tienen los jueces nacionales de garantizar su aplicación uniforme en los procesos internos de los que conocen, garantizando los derechos que éste reconoce a los particulares y poderes públicos y dejando inaplicada cualquier norma nacional que contradiga el ordenamiento de la Unión. Ésta es su principal función en tanto que jueces ordinarios o comunes del Derecho comunitario, y sólo si tienen dudas respecto a la interpretación o la validez deben acudir ante el Tribunal de Justicia mediante el mecanismo de las cuestiones prejudiciales.[66]

5.3. El presupuesto de la Unión

La UE sufraga sus actividades (como las políticas de solidaridad interna y de cooperación al desarrollo antes expuesto) a través de un presu-

---

[66] Véase, en general, sobre el tema Cienfuegos Mateo, Manuel. «El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica». En Ripol Carulla, S. (dir.). *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*. Bilbao: IVAP, 2008, pp. 47-101.

puesto anual superior a 120.000 millones de euros, que se financia completamente con lo que se denomina «recursos propios de la UE», esto es, ingresos permanentes que son propios de ella (artículo 269 del Tratado CE).

Estos recursos propios no pueden superar el 1.24% de la renta nacional bruta de los Estados miembros en conjunto y se obtienen de los derechos de aduanas sobre las importaciones de productos de terceros Estados, exacciones sobre determinados productos agrícolas europeos (como el azúcar), los impuestos de los funcionarios y las sanciones impuestas por las instituciones comunitarias, un porcentaje (hasta el 0.5%) del impuesto sobre el valor añadido (IVA) que se recauda en cada Estado miembro y, sobre todo, un porcentaje (no superior al 1.24%) sobre el producto nacional bruto de los Estados miembros.

Ésta es la principal fuente de ingresos de la UE, y posiblemente la más justa, puesto que grava la riqueza real de cada Estado miembro.

> Así, el presupuesto de la Unión para el 2008 alcanza los 129,100 millones de euros. De ellos, el 67% de la recaudación procede del PNB, frente al 16% del IVA, el 16% de los derechos de aduana y exacciones, y el 1% de otros (impuestos de personal, etc.).
> Con estos ingresos se financian los principales gastos de la Unión, que en 2008 son las acciones agrícolas (sobre el 31%, unos 40.900 millones de euros), las acciones estructurales (en torno al 37%, unos 46.900 millones de euros) y las de desarrollo rural (alrededor del 10%, unos 12.900 millones de euros).

Hoy en día se está estudiando la creación de nuevos recursos propios para la UE con vistas al futuro, como la imposición de una tasa sobre los viajes aéreos, los hidrocarburos y/o los beneficios empresariales.

Procesos de integración regional en América Latina y el Caribe

Dr. Manuel Cienfuegos Mateo
Sr. Ignacio Jovtis

Procesos de integración regional en América Latina y el Caribe

Manuel Cienfuegos Mateo
Ignacio Jovtis

Sumario: 1. Introducción.— 2. El Mercado Común del Sur.— 2.1. Breve historia del MERCOSUR.— 2.2. Objetivos de integración y realizaciones.— 2.3. Organigrama institucional del MERCOSUR.— 2.4. Derecho del MERCOSUR.— 2.5. ¿Hacia una profundización en el MERCOSUR?— 3. La Comunidad Andina.— 3.1. Las raíces de la CAN.— 3.2. Objetivos de integración y realizaciones.— 3.3. El Sistema Andino de Integración.— 3.4. El Derecho de la CAN.— 3.5. Problemas de la CAN y perspectivas de futuro.— 4. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte.— 4.1. Antecedentes históricos.— 4.2. Objetivos de integración y realizaciones.— 4.3. Esquema jurídico-institucional: los órganos, la solución de controversias y las normas del TLCAN.— 4.4. ¿Es el TLCAN una Organización internacional?— 5. Otros bloques subregionales y proyectos de integración americanos.— 5.1. Asociación Latinoamericana de Integración.— 5.2. La Comunidad del Caribe.— 5.3. El Mercado Común Centroamericano y el Subsistema de Integración Económica Centroamericana.— 5.4. El Área de Libre Comercio de las Américas.— 5.5. La Unión de Naciones Suramericanas.—

1. Introducción

Es en el continente americano donde con mayor frecuencia han tenido lugar proyectos tendentes a la integración de sus países, pero a la vez es la región en la que han fracasado más estrepitosamente muchos de ellos, hasta el extremo de que se ha llegado a hablar de «la década perdida» para aludir a este fenómeno de nuevo regionalismo de los años noventa del siglo XX. La paradoja es que en los últimos años se asiste a un relanzamiento del regionalismo de integración económica

en América Latina y el Caribe, tanto en Sudamérica (Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y Comunidad Andina (CAN)), como en Centroamérica (Subsistema de Integración Económica Centroamericana (SIECA)) y el Caribe (Comunidad del Caribe (CARICOM) y en Norteamérica (Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)).[1]

> Cabe apuntar que, en estos momentos, existen otros procesos de integración económica regional en el continente americano, cuyo objetivo básico suele ser la institución de zonas de libre cambio entre dos países. Así, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de 2004, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú de 2005 y el Acuerdo de Promoción Comercial —que a pesar del nombre es más bien un acuerdo de libre cambio— entre Colombia y Estados Unidos de 2006.[2]

Con la excepción del TLCAN, los restantes bloques subregionales enumerados comparten sustancialmente una característica: persiguen el mismo grado de integración económica a largo plazo, estos es, un mercado común; pero en el mejor de los casos no pasan de ser meras

---

1 Véase al respecto, ALTMANN, J. Y F. ROJAS ARAVENA (eds.). *Las paradojas de la integración en América Latina y el Caribe*. Madrid: Fundación Carolina y Siglo XXI, 2008; DE LOMBAERDE, Ph. y L.J. GARAY. «El nuevo regionalismo en América Latina». En DE LOMBAERDE, Ph., Sh. KOCCHI y J. BRICEÑO RUIZ (eds.). *Del regionalismo latinoamericano a la integración regional*. Madrid: Fundación Carolina y Siglo XXI, 2008, pp. 3-35.

2 Una lista de estos tratados puede ser consultada en la base de datos del Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE) de la Organización de Estados Americanos <http://www.sice.oas.org>.

3 Véase una panorámica general del tema, en términos de logros e insuficiencias de la integración en América Latina y el Caribe, en BOUZAS, R., P. DA MOTTA y S. RÍOS. «Crisis y perspectivas de la integración en América del Sur». En LAGO, R. (comp.). *América Latina: ¿integración o fragmentación?* Buenos Aires: Edhasa, 2008, pp. 571-590; CIENFUEGOS MATEO, Manuel y J.A. SANAHUJA (coords.). *La integración regional en América del Sur*. Barcelona: CIDOB, 2009 (en prensa); RUEDA JUNQUERA, F. «Las debilidades de la integración subregional en América Latina y el Caribe». En DE LOMBAERDE, Ph., Sh. KOCCHI y J. BRICEÑO RUIZ (eds.). *Del regionalismo latinoamericano a la integración regional*. *Ob. cit*., pp. 37-70.

uniones aduaneras en fase de perfeccionamiento.[3] Como consecuencia de ello, los beneficios económicos que han generado no son tan altos como cabía esperar, si bien en los últimos años la tasa de crecimiento económico en muchos de los países latinoamericanos ha sido espectacular, lo que está permitiendo, a su vez, llevar a cabo ciertas reformas en vías de transporte modal y multimodal, puertos, aduanas, fiscalidad, servicios, etcétera. Estas reformas son imprescindibles para hacer frente a la iniquidad característica de la región latinoamericana y caribeña, en gran medida debida a las fuertes asimetrías de las economías de sus países.

> Por ejemplo, debido a diversos factores —alza notable de los precios de las materias primas y productos básicos, bajas tasas de interés, recuperación de la actividad económica tras las severas crisis de finales del siglo XX, etcétera— ha sido notable el crecimiento reciente del PIB de los países latinoamericanos, llegando a un 5,7% de promedio en 2007.[4]

Ahora bien, los procesos de integración regional deben trascender las aspiraciones económicas y servir igualmente para mejorar y consolidar la inestable situación política de muchos países latinoamericanos: baste con mencionar que en el siglo XX hubo 79 golpes de Estado en Bolivia y 70 alternancias de poder en Guatemala.[5] Es una diferencia sensible con lo que ha sucedido en Europa, pues no ha habido ningún conflicto armado dentro o entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas desde su fundación en la década de los cincuenta del siglo pasado. Desde esta perspectiva política, los procesos de integración están aportando más paz y seguridad de lo que parece a primera vista. Se trata de un factor intangible que conviene no olvidar a la hora de analizar los distintos proyectos integracionistas latinoamericanos y caribeños.

---

4 CEPAL. *Estudio Económico de América Latina y el Caribe 2007-2008*, n.º 60. Santiago de Chile: CEPAL, julio de 2008.

5 Véase al respecto, Halperin Donghi, L. *Historia contemporánea de América Latina*. Decimotercera edición. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

2. EL MERCADO COMÚN DEL SUR

El MERCOSUR es la Organización subregional más importante de América Latina, constituida por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y próximamente Venezuela, que desde julio de 2006 se encuentra inmersa en el proceso de incorporación, y posiblemente Bolivia, ya que en enero de 2007 se aprobó su demanda de integrarse en el MERCOSUR, creándose un Grupo Ad Hoc para su implementación.

> El proceso de incorporación de Venezuela al MERCOSUR comenzó a finales del 2005, se aceleró con la firma en Caracas, el 4 de julio de 2006, del Protocolo de Adhesión de Venezuela al MERCOSUR. Pero todavía no ha finalizado el proceso, puesto que al terminar 2008 faltaban las ratificaciones de Brasil y Paraguay, por lo que Venezuela no constituye, en rigor, un miembro pleno del bloque regional. Ello explica, por ejemplo, que su participación y competencias dentro de los órganos mercosureños sean más limitadas que las de los cuatro países miembros originarios.

Desde 1996 son Estados asociados Chile y Bolivia, a los que se añadieron Perú en 2003, y Ecuador y Colombia a finales de 2004. México participa como Estado observador desde 2004.

Con sede en Montevideo, el objetivo básico del MERCOSUR es fomentar la integración regional del Cono Sur mediante la creación de un mercado único. Para ello cuenta con unos indicadores macroeconómicos estimables. Así, en 2007 los cuatro países mercosureños contaban con unos 237 millones de habitantes en sus 11.863.000 kilómetros cuadrados, un PIB de 1,045 billones de euros y una renta *per cápita* de unos 4.400 euros. En este mismo año su comercio con el mundo llegó a 309.262 millones de euros, lo que dio como resultado una balanza comercial positiva en 33.664 millones de euros.[6]

---

[6] A falta de datos oficiales del MERCOSUR, las cifras expuestas se han tomado desagregándolas de Eurostat (<http://epp.eurostat.ec.europa.eu>) y de la Dirección General de Comercio de la Comisión Europea (<http://ec.europa.eu/trade/issues/bilateral/regions/mercosur/index_en.htm>).

2.1. Breve historia del MERCOSUR

Las raíces del MERCOSUR hay que buscarlas en la Declaración de Foz de Iguazú, de 30 de noviembre de 1985, de Argentina y Brasil, que puso en marcha el proceso. Sin embargo, hubo que esperar al Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, para que se crease formalmente el MERCOSUR, el que entró en vigor el 29 de noviembre de 1991.

Posteriormente, diversos instrumentos jurídicos han trastocado numerosos aspectos del bloque regional, lo que dio como resultado que uno de los más relevantes el Protocolo de Ouro Preto, de 17 de diciembre de 1994, con vigencia desde el 15 de diciembre de 1995, por el que se dota de subjetividad internacional al MERCOSUR y se crea el nuevo organigrama institucional y normativo. Con este protocolo se puso fin además al periodo de transición y se adoptaron los instrumentos fundamentales de política comercial común que rigen la zona de libre comercio y la unión aduanera que caracterizan hoy al MERCOSUR.

Más recientemente, el Protocolo de los Olivos, de 18 de febrero de 2002 (en vigencia desde el 1 de enero de 2004), establece un nuevo sistema de solución de controversias y crea el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

2.2. Objetivos de integración y realizaciones

El Tratado de Asunción establece que el MERCOSUR persigue establecer un mercado común, que implica:

1) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente.

2) El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales.

3) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.

4) El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

¿Qué ha conseguido el MERCOSUR en sus 18 años de vida? El Tratado de Asunción pretendía la conformación del mercado común el 1 de enero de 1995, lo que no ha sido posible.[7] De hecho, desde 1999 existe una zona de libre cambio entre sus integrantes, si bien con excepciones y, a su vez, la unión aduanera se encuentra aún en proceso de construcción, a pesar de que el arancel aduanero común comenzó a aplicarse el 1 de enero de 1995.

Existen aún excepciones arancelarias y de otra naturaleza a la libre circulación de productos originarios de los países mercosureños dentro de la zona.

> Estudios internos de la Secretaría del MERCOSUR han calculado que el comercio intracomunitario (dentro del MERCOSUR) libre de aranceles se sitúa entre el 90 y el 95% y que son escasos los avances en la remoción de los obstáculos no arancelarios (por ejemplo, más de 3.500 ítems aduaneros

---

[7] Véase en general sobre el tema, BERLINSKY, J., F. E. PIRES DE SOUZA, D. CHUDNOVSKY y A. LÓPEZ (coords). *15 años de Mercosur. Comercio, macroeconomía e inversiones extranjeras*. Montevideo: Zonalibro, 2006; JOVTIS, I. *MERCOSUR: grado real de integración y condiciones para su relanzamiento*. Memoria de doctorado inédita. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2008.

siguen sujetos a licencia de importación en Brasil). Además, persisten las excepciones arancelarias en los sectores automotrices —a pesar de que debía haber finalizado el 31 de diciembre de 2005— y azucarero —ni siquiera se ha aprobado todavía el régimen intracomunitario definitivo aplicable en este sector—. En fin, desde 2006 se aplica un protocolo, firmado por Argentina y Brasil el 1 de febrero de 2006, adicional al Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 14, estableciendo una cláusula de adaptación competitiva (CAC), así como un programa de adaptación competitiva. La CAC contempla un complicado mecanismo de protección industrial para limitar transitoriamente las importaciones de Argentina y de Brasil que amenacen la industria local del otro socio.[8]

En cuanto a la unión aduanera, a pesar de que para el 1 de enero de 2006 las excepciones al Arancel Externo Común deberían haber sido eliminadas, no se ha logrado en esta fecha una convergencia absoluta debido a las numerosas prorrogas de los «ítems» que conforman dichas excepciones, frustrando las pretensiones de los países miembros del MERCOSUR.[9]

Además, los productos de países terceros que entran en el MERCOSUR no son considerados en libre práctica, y el montante del arancel aduanero común no va a un fondo común para sufragar gastos del MERCOSUR.

Ello se debe a que la Decisión 54/04, de 16 de diciembre de 2004, del Consejo del Mercado Común, que elimina el doble cobro del arancel aduanero co-

---

[8] Véase particularmente, SECRETARÍA DEL MERCOSUR. *Posibilidades y desafíos de la Unión Aduanera*. Quinto Informe Semestral, Montevideo, SM, julio 2006.

[9] La norma regional que establecía que el proceso de convergencia del Arancel Externo Común finalizaría el primero de enero de 2006 es la Decisión del Consejo del Mercado Común (Decisión CMC n.º 07/94). Como ejemplos concretos de prórrogas de ítems podemos mencionar el artículo 2 de la Decisión CMC 69/00 sobre Regímenes Aduaneros Especiales de Importación, que establecía la eliminación de todos los aranceles. Sin embargo, la Decisión CMC n.º 33/05 prorrogó dicho plazo hasta el 31 de diciembre de 2007 y la Decisión CMC n.º 38/05 autorizó a los cuatro Estados fundadores del MERCOSUR a prorrogar el listado de excepciones hasta el 31 de diciembre de 2008. Finalmente, la Decisión CMC n.º 31/03 estableció la prórroga hasta el 2010 del listado de excepciones establecidos por Uruguay y Paraguay.

> mún y establece la distribución de la renta aduanera entre los países miembros, no ha sido incorporada aún en todos los Estados miembros, y en algunos aspectos se ha diferido su aplicación para 2008.

Cabe plantearse la pregunta de si los líderes políticos del MERCOSUR están dispuestos a reconocer que es necesario adoptar medidas que reformulen algunas de las políticas fundamentales del proceso de integración, si se quieren alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción. Dicho de otra manera, quedan algunas dudas respecto de si los mandatarios mercosureños quieren realmente que el MERCOSUR avance hacia un mercado común, como hizo la UE o si, por el contrario, ya les va bien quedarse como una unión aduanera imperfecta.

Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que se han adoptado ya normas en el MERCOSUR que transciende las cuestiones de mero intercambio comercial y apuntan hacia el mercado común, en tanto suponen un incipiente grado de libertad de circulación de personas y capitales.

> Así, mediante el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile firmado el 6 de diciembre de 2002, se ha establecido que el territorio de todos ellos constituye un área de libre residencia con derecho a trabajar para todos sus ciudadanos, sin otro requisito que acreditar la nacionalidad y no poseer antecedentes penales. Si bien esta área de libre residencia y trabajo no se asimila completamente a la libre circulación de personas de la UE (donde no se requiere tramitación migratoria alguna), los seis países han dado un gran paso adelante y establecido expresamente su voluntad de alcanzar en el futuro la plena libertad de circulación de las personas en todo el territorio.

No faltan ejemplos tampoco de realizaciones propias de una unión económica e inclusive de una unión política incipiente. Sin ningún ánimo de exhaustividad, entre los elementos de una unión económica figuran: la Declaración sociolaboral del MERCOSUR, de 10 de diciembre de 1998; el Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM), de diciembre de 2004; y la Estrategia MERCOSUR de Crecimiento del Empleo, de 22 de julio de 2006.

> El FOCEM fue creado el 16 de julio de 2004 por Decisión 45/04 y reglamentado por Decisión 18/05 del Consejo del Mercado Común, de 19 de junio de 2005, habiendo comenzado a implementarse a finales del 2007. Este Fondo tiene por objetivo aumentar la competitividad en las regiones más desfavorecidas del bloque y financiar proyectos en la infraestructura física y económica (transporte, energía, telecomunicaciones). El monto total anual del Fondo aportado por cada país miembro según su participación en el PBI regional es, por el momento, de US$ 100 millones anuales por lo que, en términos absolutos, es más importante por su simbología política que por su impacto económico, especialmente si se compara con los gastos de las políticas estructurales y de cohesión dentro de la UE.[10]

Como manifestaciones de una unión política incipiente, se puede mencionar la firma el 24 de julio de 1998 del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático; o más recientemente el Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del MERCOSUR, de 6 de julio de 2005.

Cabe destacar igualmente que el MERCOSUR se está mostrando muy activo en las relaciones exteriores al celebrar acuerdos internaciones de muy distinta naturaleza. En este sentido, se debe mencionar el reciente Tratado de Libre Comercio entre el MERCOSUR e Israel (2007), que se suma a los acuerdos de conformación de áreas de libre comercio firmados con bloques regionales como la UE (1995)[11] y la CAN (2004).[12]

---

[10] Respecto a los porcentajes de integración del Fondo, Argentina y Brasil financian el 97% (27% y 70%, respectivamente). Uruguay aporta 2% y Paraguay 1%. En lo que hace a la distribución de los recursos, el 48% del monto disponible se destinan a proyectos en territorio paraguayo, 32% a Uruguay, 10% a Argentina y 10% a Brasil. El Fondo (si bien carece de capacidad de endeudamiento) puede recibir aportes provenientes de los propios Estados mercosureños, terceros países u organismos internacionales. Para mayor detalle sobre el funcionamiento del FOCEM véase Jovtis, I. *MERCOSUR: Grado real de integración y condiciones para su relanzamiento. Ob. cit.*, pp. 126 y ss.

[11] Un estudio amplio de las relaciones UE-MERCOSUR se encuentra en Cienfuegos Mateo, Manuel. La asociación estratégica entre la UE y el MERCOSUR, en la encrucijada. Barcelona: CIDOB, 2006, accesible en <http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/america_latina/num_15>.

[12] Para un análisis detallado de las relaciones entre el MERCOSUR y la CAN, véase Cienfuegos Mateo, M. «Las relaciones entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR: ¿una asociación (in)viable?». En *Europa Retos e Incógnitas. Cursos de*

CONSEJO DEL MERCADO COMÚN (CMC)

CUADRO (esta en archivo corel)

2.3. Organigrama institucional del MERCOSUR

Para cumplir sus funciones, el MERCOSUR cuenta con un completo organigrama institucional, como se puede apreciar en el diagrama anterior.[13]

Este esquema institucional presenta el *problema de ser acusadamente intergubernamental*, tanto por la composición de la mayoría de sus órganos, que son representantes de los Estados miembros, como por la regla que se aplica para la toma de decisiones, que se basa en el consenso, salvo excepción.[14]

Los órganos principales, por ser los únicos que poseen capacidad decisoria, son los siguientes:

1) El *Consejo del Mercado Común* es el órgano decisorio supremo. Está compuesto por los ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados miembros. En las reuniones han de participar también los presidentes de los Estados Parte al menos una vez por semestre, y pueden participar otros ministros o autoridades de nivel ministerial que hayan sido invitados. La presidencia se ejerce por rotación cada 6 meses. Le corresponde la conducción política y la adopción de decisiones destinadas a asegurar la constitución de un mercado común. Entre sus funciones destacan las de negociar y firmar acuerdos internacionales con terceros Estados, grupos de

---

Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2005. Bilbao: Servicio Editorial Universidad del PaísVasco, 2006, pp. 85-161, accesible en <http://www.comunidadandina.org/bda/novedades.htm>.

13 Fuente: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm>.

14 Para mayor detalle sobre las deficiencias institucionales del MERCOSUR, véase Martinez Puñal, A. *El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones, 2005.

Estados y organismos internacionales en nombre del MERCOSUR y la de establecer o modificar el arancel externo común.

2) El *Grupo Mercado Común* es el órgano ejecutivo y está integrado por cuatro miembros titulares y otros tantos suplentes, sin rango ministerial, por cada país, designados por cada Gobierno entre los ministerios de Relaciones Exteriores y Economía y de los Bancos Centrales o equivalentes. Se reúne cuantas veces lo considere oportuno. Actúa bajo la coordinación del Consejo del Mercado Común y cuenta con diversos comités y grupos de trabajo que lo asisten en sus funciones.

3) La *Comisión de Comercio del MERCOSUR* está integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por cada Estado miembro y coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores. Es el órgano encargado de la gestión aduanera y arancelaria y se reúne al menos una vez al mes.

4) El *Parlamento del MERCOSUR*. Creado por Protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR de 9 de diciembre de 2005, comenzó a sesionar el 7 de mayo de 2007. En una primera etapa sus miembros han sido elegidos por los parlamentos nacionales de entre sus miembros, y en su etapa definitiva será elegido por sufragio universal y directo de los ciudadanos, por lo que será el órgano de representación de la pluralidad ideológica y política de los pueblos mercosureños. Si bien el Parlamento del MERCOSUR no tiene facultades decisorias, sino consultivas, se trata de un órgano independiente y autónomo que ha sido concebido para desempeñar un fuerte papel político, con importantes funciones referidas a la preservación de la democracia y los derechos humanos. El Parlamento también debe elaborar un dictamen previo en todas las decisiones, resoluciones y directivas que emitan los órganos decisorios del MERCOSUR, cuando fuera necesario para su implementación alguna gestión en los poderes legislativos nacionales.

5) El *Tribunal Permanente de Revisión*, con sede en Asunción, es el órgano judicial del MERCOSUR. Fue creado por el Protocolo de los Olivos de 18 de febrero de 2002 y se encuentra en funcionamiento desde el 17 de agosto de 2004. Sus resoluciones son vinculantes y entiende sólo sobre reclamaciones contra los Estados miembros, por incumplimiento de las normas del MERCOSUR, planteadas tanto por un estado como un particular. Además, los órganos del MERCOSUR le pueden solicitar opiniones consultivas. El Tribunal Permanente de Revisión está integrado por cinco árbitros. Cada Estado parte del MERCOSUR designará un árbitro y su suplente por un periodo de dos años, renovable por no más de dos periodos consecutivos. El quinto árbitro, que tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados Partes del MERCOSUR, será elegido por éstos por unanimidad de una lista de ocho, con un mandato de tres años, no renovable, salvo acuerdo en contrario de los Estados Partes.

Junto a estos órganos principales, hay otros subsidiarios, como la *Secretaría del MERCOSUR*, que está integrada por funcionarios nacionales designados por los Estados miembros y personal contratado por el Director, máxima autoridad jerárquica. El Director es nombrado por el Consejo del Mercado Común para un mandato de dos años, no renovable. Cumple funciones de apoyo operativo a los demás órganos. Su sede se halla en Montevideo.

Cabe mencionar igualmente a la *Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR* (CRPM), creado en 2003, que es un órgano dependiente del Consejo del Mercado Común, y de gestión política y representación permanente del MERCOSUR ante terceros sujetos internacionales.

Es interesante poner de relieve que los Jefes de Estado se reúnen en *Cumbres Presidenciales*, generalmente un par de veces al año, dentro del marco que ofrecen las reuniones del Consejo del Mercado Común; tienen funciones análogas a la del Consejo Europeo en la UE, si bien con la diferencia fundamental de que no han sido institucionalizadas en los Tratados constitutivos del MERCOSUR.

2.4. Derecho del MERCOSUR

En cuanto a las fuentes jurídicas, destacan las *Decisiones* dictadas por el Consejo del Mercado Común, las *Resoluciones* del Grupo Mercado Común y las *Directivas* de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, así como los acuerdos internacionales que celebra el MERCOSUR y sus Estados miembros con terceros países u organizaciones internacionales. Todos estos actos se adoptan por consenso.

Las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria son vinculantes, pero no disfrutan, por lo general, de efecto directo ni primacía en los Estados mercosureños, si bien se están introduciendo reformas para mejorar este estado de cosas, dado que la experiencia ha mostrado que la internalización del Derecho regional en los ordenamientos jurídicos nacionales es deficiente y ha acarreado múltiples problemas.

> El modo en que se logra la aplicación efectiva de las Decisiones, Resoluciones y Directivas del MERCOSUR como derecho interno de cada país, y el rango jurídico que ellas ocupan frente a las normas nacionales se conoce con el nombre de *internalización* de las normas supranacionales.[15]

Asimismo, los tres órganos con capacidad decisoria —y sus subróganos—, así como los otros órganos que carecen de esa capacidad, expresan también su voluntad a través de otro tipo de manifestaciones que no son vinculantes, como los programas de trabajo del Grupo Mercado Común, las propuestas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, los dictámenes del Parlamento, las notas informativas de la Secretaría Administrativa, etc.

En fin, dos últimos datos que caben destacar del MERCOSUR son la existencia de una precaria función pública mercosureña, porque no

---

[15] Para un estudio detallado del proceso de internalización de normas del MERCOSUR a los ordenamientos internos, véase VENTURA D. y A. PEROTTI. *El proceso legislativo del Mercosur*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

hay funcionarios de número y los puestos de trabajo tienen una limitada vocación de permanencia —a los que se llaman funcionarios no son permanentes, al tener que renovar sus contratos cada dos o tres años, si bien en principio podrían hacerlo indefinidamente, como sucede con el personal de la Secretaría y el Tribunal Permanente de Revisión— y la falta de un presupuesto anual de la Organización en el que estén consignados todos los ingresos y gastos; a falta de unidad se aprueban presupuestos particulares para cada institución que lo requiere —así, en 2007 el Parlamento MERCOSUR tiene un presupuesto de unos treinta mil dólares mensuales y el de la Secretaría oscila en torno a un millón de dólares anuales— y por actividades concretas por realizar —como las mencionadas del FOCEM—. Estos gastos se financian con contribuciones de los Estados miembros.[16]

2.5. ¿Hacia una profundización en el MERCOSUR?

En la actualidad, el MERCOSUR se encuentra razonablemente *consolidado*. Ha superado casi totalmente la fase de *zona de libre comercio* —aunque con algunas deficiencias— y representa una unión aduanera imperfecta con vocación de mercado común.

Sin embargo, no hay que desconocer que en el proceso de evolución del MERCOSUR sobresalen periodos de crisis motivados, entre otros factores, por el déficit jurídico-institucional del sistema y la volatilidad de la evolución de las economías de los países miembros.

En este sentido, es indudable que existe un contexto internacional muy favorable para el MERCOSUR, que ha coadyuvado a relativizar las dificultades y a concentrar los esfuerzos para superarlas. La actual geografía económica del comercio internacional exhibe hasta 2008 un importante incremento de precios de las materias primas y los

---

[16] Mayor detalle sobre el presupuesto anual de la Secretaría del MERCOSUR puede encontrarse en Secretaría del Mercosur. *Un foco para el proceso de integración regional*. Primer Informe Semestral, Montevideo, SM, julio de 2004.

alimentos, dos sectores que otorgan parte de las ventajas comparativas más importantes del bloque. Lo mismo cabe decir del gradual distanciamiento de los Estados mercosureños de las políticas del Fondo Monetario Internacional, lo que ha dado al bloque un mayor grado de independencia, especialmente en materia de políticas financieras. Por último, y en esta misma línea, no hay que despreciar el hecho de que la actual agenda norteamericana no incluye entre sus prioridades al Cono Sur, lo cual también ha impactado sin duda en el grado de autonomía de sus políticas subregionales.

No obstante, las preocupantes asimetrías entre los países y regiones del bloque y la fuerte dependencia a Brasil, que representa más de 2/3 partes del PIB del MERCOSUR dan cuenta de que se precisan esfuerzos complementarios. Se requieren inversiones adicionales porque las presentes son insuficientes para conservar las actuales altas tasas de crecimiento en un contexto de elevada deuda externa y alto porcentaje de población que vive por debajo de la línea de pobreza.

No hay que olvidar que el reducido volumen del comercio intrazonal (alrededor del 15,7% del volumen total de comercio de sus Estados miembros en 2006, con 51.340 millones de dólares de un total de 325.880 millones de dólares) constituye un dato preocupante, en tanto que cuestiona las ventajas de la creación de una zona de integración; esto es, que la preferencia comercial entre los socios incrementaría notablemente su comercio recíproco.

Con datos tomados de Eurostat (UE) de 2006, de un total de 357.743 de euros de comercio total del MERCOSUR (con los 4 Estados miembros originales), Brasil sólo es el cuarto socio comercial (con 21.140 millones de euros en importaciones y exportaciones, que representan el 5,9%) y Argentina el quinto socio comercial (con 18.837 millones de comercio total, que suponen el 5,3%). Uruguay no aparece hasta la posición decimoctava (con el 0.9%, que supone 3.220 millones de euros) de la lista y Paraguay sólo es el vigésimo primero (con el 0,8%, con unos 2.900 millones de euros). En cambio, en este mismo año 2006, el MERCOSUR comerció (importaciones y exportaciones) con Estados Unidos por valor de 80.990 millones de euros (22,6%),

> con la UE por valor de 66.187 millones de euros (18,5%) y con China por valor de 25.370 millones de euros (7,1%).[17]

Es necesario agregar valor añadido a las exportaciones del MERCOSUR y diversificarlas con el fin de atenuar la dependencia de los productos agrícolas básicos. Sólo así podrán comerciar mejor al nivel mundial.

En cuanto al aspecto institucional, es evidente que el MERCOSUR requiere una profunda reestructuración para superar los profundos problemas de su esquema orgánico, a la luz de los inconvenientes que origina su marcado carácter intergubernamental en su funcionamiento interno y en la negociación con terceros países. Ahora bien ¿estarán dispuestos a modificar un sistema en que la confianza reposa en último término en la facultad de vetar sus decisiones?

> La falta de instituciones que permitan una profundización del proceso de integración mercosureño ha sido subrayada sistemáticamente como una de las deficiencias más importantes. Si se quiere construir un auténtico mercado común hay que pensar, como subraya Perotti, «en una estructura más sólida porque éste es uno de los estadios más avanzados de los procesos de integración». Ha llegado la hora de que haya una revolución institucional. Dicho de otro modo, el MERCOSUR presenta un desfase entre la integración y la institucionalidad, y resulta evidente que cuanto mayor es el grado del proceso de integración, mayor es también la necesidad de instituciones que piensen en clave regional, que defiendan los intereses del MERCOSUR, que no son los de los Estados miembros considerados individualmente sino los del conjunto.[18]

Por otro lado, si bien las relaciones exteriores del bloque han ido evolucionando , sobre todo a partir de mediados del año 2000 (a partir de su relanzamiento mediante Decisión del Consejo del Mercado

---

17 Comisión Europea (DG Comercio). «MERCOSUR: EU Bilateral Trade and Trade with The World» de 7 de agosto de 2007, accesible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_111832.xls>.

18 Perotti, A.D. «Abogado defensor del MERCOSUR». *Suplemento Tribunales del Diario*, martes 9 de mayo de 2006.

Común 32/00), el MERCOSUR aún no cuenta con una estrategia clara y común de política exterior, sino que más bien, la dimensión externa del bloque regional parece estar conformada por la suma de cuatro políticas exteriores nacionales con el liderazgo de Brasil.[19] Es más, los países mercosureños discrepan en cuanto a las prioridades internacionales del MERCOSUR, como —por ejemplo— si es mejor estrechar relaciones con Estados Unidos o con la UE. Y, dentro de este último escenario, también aparecen contradicciones, pues Brasil se ha erigido como uno de los líderes del G-20 en el seno de las negociaciones de la Agenda Doha dentro de la OMC, con lo que se enfrenta a Estados Unidos y la UE, a la vez que es defensor del acuerdo del MERCOSUR con la UE y un detractor del ALCA.[20]

> La llamada *guerra de la pasta de pulpa de celulosa* —también conocida como la *guerra de la pasta de papel* y el *conflicto de las papeleras*— constituye uno de los conflictos más graves que ha padecido y afecta al MERCOSUR en su historia y pone de manifiesto la debilidad del sistema institucional para hacer frente a vulneraciones de la libre circulación de mercancías originarias de los países miembros en el área mercosureña y el tránsito de las personas entre sus países miembros. Revela, pues, el grado real de integración entre los Estados mercosureños.
>
> Desde 2005, la instalación de dos fábricas de celulosa en la margen oriental del río Uruguay ha desatado un conflicto latente hace ya años entre argentinos y uruguayos, debido a la instalación de dos grandes plantas europeas de producción de pasta de pulpa de celulosa, con la que se fabrica el papel, en territorio uruguayo y sobre las aguas del Río Uruguay, cerca de las poblaciones

---

19 Véase sobre el tema, CIENFUEGOS MATEO, Manuel. «Las relaciones exteriores del Mercosur». *Revista CIDOB d' Afers Internacionals*, n.º 54-55, 2001, pp. 139-164.

20 Sobre la política exterior de Brasil, véase AYLLÓN, B. «La política exterior del Gobierno Lula y las relaciones de Brasil con la Unión Europea», *ARI (Análisis del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos)*, n.os 22, de 24 de febrero de 2006, pp. 1-7. Más particularmente, sobre el impacto de las negociaciones de la Ronda de Doha en las negociaciones UE-Mercosur, y el papel de Brasil, véase CHAIRE MERCOSUR, *No Doha Round, no EU*-Mercosur *Negotiations? Annual Report 2005-2006*. París: Sciences Po, 2006, disponible en <www.chairemercosur.sciences-po.fr>, especialmente véase la sección *Where is South America heading? Brazil's political perspective*.

uruguaya de Fray Bentos y argentina de Gualeguaychú. En las proximidades de Fray Bentos, el Río Uruguay hace un codo y es también donde desagua el Río Negro. Fray Bentos se sitúa frente a la ciudad argentina de Gualeguaychú.
El mapa siguiente describe la localización exacta.

DIBUJO DE MAPA
(en archivo corel)

Las dos empresas implicadas en el conflicto son europeas: la empresa M´Bopicua, de ENCE, es una empresa forestal española que desarrolla una actividad transformadora integral de maderas. La empresa Orion Metsä - Botnia Ab es de origen finlandés. Ambas son líderes en el mercado europeo y mundial en fabricación de celulosa y aplican técnicas muy avanzadas. El inicio de las actividades de las plantas se calcula para el 2008.
Ello no obstante, la disputa está referida al supuesto carácter contaminante de ambas plantas de celulosa, que podría afectar a ambos países ribereños. Los argentinos sostienen que las papeleras contaminarán el medio ambiente. Los uruguayos y las empresas constructoras, en cambio, insisten en que no habrá tal contaminación y defienden las inversiones y las fuentes laborales que se crean.
Como puede observarse, la controversia central recae sobre temas medioambientales (cuestión que no ocupa precisamente un lugar central en la agenda

regional), por lo que cabe preguntarse *¿de qué manera esta controversia evidencia algunas debilidades del MERCOSUR?* La respuesta es sencilla: porque el conflicto se ha visto agravado por los cortes de carretera como forma de protesta organizados principalmente por parte de la población de Gualeguaychú, llevando a interrumpir la libre circulación de mercancías dentro de MERCOSUR. Concretamente, se ha bloqueado en varias ocasiones entre finales de 2005 y principios de 2006 los tres puentes que unen a los dos países (Salto-Concordia, Paysandú-Colón y Fray Bentos - Gualeguaychú) por nacionales argentinos, con la connivencia, e incluso incitación, de poderes públicos de este país. Lógicamente, también ha afectado al tránsito de personas (turistas, prestadores de servicios, etcétera).

Debido a los fracasos de solución amistosa del conflicto, Argentina ha demandado a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia argumentando que la instalación de las plantas de celulosa es contaminante y se ha realizado en violación del Estatuto del Río Uruguay. Por su parte, Uruguay ha demandado a la Argentina ante el sistema de solución de controversias del MERCOSUR —para lo cual se ha nombrado un Tribunal Arbitral Ad Hoc— y la Corte Internacional de Justicia argumentando, en el primer caso, que los cortes de ruta constituyen una violación al principio de libre circulación y, en el segundo caso, que los mismos son tolerados y utilizados por el gobierno argentino para presionar al gobierno uruguayo en las negociaciones referidas a la instalación de las plantas de celulosa.

El 13 de julio de 2006 la Corte Internacional de Justicia rechazó las medidas provisionales solicitadas por Argentina de suspender la construcción de las plantas de celulosa y exigir a Uruguay cooperar de buena fe. La Corte alegó que «Argentina no ha presentado al presente evidencia que sugiera que alguna contaminación resultante pueda tener el carácter de causar daño irreparable al río. En todo caso la amenaza de tal contaminación no es inminente en tanto que no se espera que las plantas sean operacionales antes de agosto de 2007 en un caso y junio de 2008 en el otro». En cualquier caso, la Corte aclaró que, procediendo con las obras, Uruguay «necesariamente asume todos los riesgos relacionados con cualquier constatación de los cuestiones de fondo que la Corte pueda realizar en el futuro» (texto accesible en <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php?lang=en)>. Posteriormente, el 23 de enero de 2007 la Corte Internacional de Justicia rechazó por catorce votos contra uno la demanda uruguaya. En su resolución la Corte «no encuentra que haya al presente un riesgo inminente de perjuicio irreparable a los derechos de Uruguay en disputa antes, causados por los bloqueos de los puentes y rutas que conectan a ambos Estados. Además considera que los bloqueos en sí mismos no justifican que se ordenen las últimas dos medidas cautelares requeridas por Uruguay, en ausencia de las condiciones para que la Corte ordene la primera medida cautelar» (texto accesible en <http://www.icj-

cij.org/homepage/index.php?lang=en)>. La última novedad en esta diferencia internacional es el auto de la Corte Internacional de Justicia de 17 de septiembre de 2007 por el que autoriza la presentación de una réplica a Argentina y una dúplica a Uruguay.
En lo que aquí interesa más, vale destacar que el 6 de septiembre de 2006 el Tribunal *Ad Hoc* nombrado en el marco del MERCOSUR para enjuiciar los cortes de carretera que impedían la libre circulación de mercancías dictó su laudo, dando razón parcial al reclamo de Uruguay por unanimidad. El laudo establece que «la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada (la Argentina) debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas [...] no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países». En otras partes, el laudo establece también que «el ejercicio del derecho de protesta [de Argentina] ha sobrepasado en sus efectos los límites del respeto», y que, si bien se comprende la «alarma» de la población de Gualeguaychú frente a la contaminación, sus manifestaciones «fueron perdiendo legitimidad» cuando «fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas [...] por periodos extensos y en la época de mayor intercambio comercial y turístico» (texto accesible en <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/ index.htm)>. Argentina decidió no apelar el laudo ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.[21]

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se comprende la necesidad imperiosa de profundizar en la integración del MERCOSUR en los aspectos económicos, sociales e institucionales.

En lo que hace a la integración de los mercados, la necesidad de consolidar el proceso de integración del MERCOSUR es el eje vertebrador del primer Informe semestral de su Secretaría, de julio de 2004, en el que con crudeza se exponen los problemas que suscitan la unión aduanera, como también las instituciones y la aplicación de su ordenamiento

---

[21] Véase una panorámica general de este conflicto en diversas contribuciones recogidas en Arbuet-Vignali, H. y L. Barrios (dirs.). *Chimeneas en Fray Bentos. De un ámbito local a una proyección globalizada*. Montevideo: Arca, 2006; Mellado, N.B. (coord.). *Cooperación y conflicto en el Mercosur*. Córdoba (Argentina): Lerner Editora, 2007.

jurídico, y se esbozan diferentes escenarios de evolución institucional e integración aduanera y económica para los próximos años. Los ulteriores informes semestrales de la Secretaría del MERCOSUR también hacen hincapié en aspectos concretos.

Tras un Segundo informe (diciembre de 2004) dedicado al diagnóstico y la evaluación, el Tercer informe (junio de 2005) pone de manifiesto los nexos entre la profundización y la ampliación, mientras el Cuarto Informe —diciembre de 2005— resalta las asimetrías de las economías mercosureñas e insiste en la necesidad imperiosa de que se lleven a cabo nuevas políticas comunes en el MERCOSUR para avanzar hacia su convergencia estructural. Y en el quinto y último informe semestral (julio de 2006) se analizan las posibilidades y los desafíos que plantea el establecimiento de una unión aduanera completa, así como el coste de no crearla.

Conscientes de estos problemas, los países mercosureños han iniciado reformas para consolidar su proceso de integración regional en los aspectos económicos, sociales e institucionales.

> Ejemplifica esa *renovada* voluntad política a favor de un *cierto aggiornamento* institucional y material la XXXI Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, celebrada en Río de Janeiro los días 18 y 19 de enero de 2007. La Cumbre presidencial aprobó —*inter alia*—, a nivel institucional, la creación de un Observatorio de la Democracia y la instalación del Foro Consultivo de Municipios, Estados Federales, Provincias y Departamentos; manifestó la decisión favorable a la creación del Instituto Social del MERCOSUR y acordó seguir estudiando la creación de un Banco de Desarrollo del Sur y el Instituto MERCOSUR de Formación, y el Instituto Social. En cuanto al nivel de profundización de la integración material, también se han estudiado diversos documentos para superar las asimetrías entre sus miembros que deberían llevar próximamente a la toma de decisiones; se acordó la creación de un grupo de alto nivel para elaborar un proyecto de Espacio Regional de Educación Superior; se elaboraron las primeras directrices de la Estrategia del MERCOSUR para el crecimiento del empleo y se resaltaron los avances realizados en el proyecto de construcción de un Gran Gasoducto del Sur.

EL MERCOSUR

- Objetivo de crear un mercado común, perodista de conseguirse y el grado de integración actual es más propio de la de una zona de libre cambio y unión aduanera imperfectas, si bien presenta también algún elemento propios de modelos de integración regional más avanzados.
- Instituciones: composición intergubernamental y sistema de votación por consenso en Consejo Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio. El Parlamento del Mercosur tiene sólo carácter consultivo y la Comisión de Representantes Permanentes es de carácter preparatorio. La Cumbre de Presidentes es quien manda en la práctica, a pesar de no estar integrada en el organigrama institucional. La gestión corresponde a la Secretaría.
- Fuentes de Derecho obligatorias (desiciones, acuerdos, resoluciones y directivas).
- Pero, salvo excepción, necesitan ser incorporadas en los derechos nacionales, luego no recepción automática ni efecto directo.
- Principios que rigen las relaciones con los derechos internos: formalmente no está garantizada la primacía del Derecho supranacional sobre las leyes internas en todas las Constituciones nacionales (sólo en la argentina y la paraguaya) y en la práctica no siempre la actuación judicial respeta la primacía (sobre todo, en Brasil).
- Sistema de garantía judicial en fase de desarrollo que combina el Tribunal Permanente de Revisión y se sigue acudiendo a tribunales arbitrales ad hoc (Forum Shopping).
- Relaciones exteriores en fase de despeque (fundamentalmente, celebración de tratados internacionales con la UE y la CAN).
- No financiación propia (contribuciones nacionales) y función pública mercosureña limitada (no hay funcionarios "de número" y los llamados funcionarios tienen que renovar sus contratos cada dos o tres años).

3. LA COMUNIDAD ANDINA

La CAN es la Organización subregional más antigua de Sudamérica. Con sede en Perú y constituida por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; tiene como objetivos básicos profundizar la integración regional andina mediante la creación de un mercado común. Desde julio de 2005 cuenta con los países del MERCOSUR como Estados asociados y con Chile desde el 20 de septiembre de 2006. México y Panamá participan como países observadores.

En 2007 los cuatro países andinos contaban con una población de unos 98 millones de habitantes en sus 3.798.000 kilómetros cuadrados, un producto interior bruto (PIB) de 280.390 millones de dólares, con una renta per cápita aproximada de 2.812 dólares, y una balanza comercial positiva en 5.298 millones de dólares (76.306 millones de dólares en exportaciones y 71.008 millones de dólares en importaciones). En 2007, el comercio intrazonal (entre los países andinos) alcanza el 8,3% del comercio total.[22]

3.1. Las raíces de la CAN

Los antecedentes de la CAN se remontan al 26 de mayo de 1969, cuando cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) firmaron el Acuerdo de Cartagena, con el propósito de mejorar, juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social. Se establecía entonces lo que se conocía como el Pacto Andino o Grupo Andino, vigente desde el 16 de octubre de 1969.

Con el tiempo ese modelo entró en crisis y fue reformado en profundidad, especialmente con el Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996, dando lugar a la CAN, que reemplaza al Grupo Andino desde su entrada en vigor el 3 de junio de 1997. Por esas fechas se aprobó igualmente el Protocolo de Cochabamba (28 de mayo de 1996), de creación del Tribunal de Justicia de la CAN, en vigor desde agosto de 1999.

3.2. Objetivos de integración y realizaciones

Según el Acuerdo de Cartagena, los objetivos de la CAN son:

1) Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social.

---

[22] Secretaría General de la CAN, «Quienes somos», accesible en <http://www.comunidadandina.org/quienes. htm> y «Estadísticas», accesible en <http://www.comunidadandina.org/estadisticas.asp>.

2) Acelerar su crecimiento y la generación de empleo.

3) Facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

4) Propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico internacional.

5) Fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países miembros.

6) Procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión.

Para conseguir estos objetivos se contemplaban numerosos mecanismos y medidas, como son, entre otros:

a) Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial.

b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes.

c) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial.

d) Un arancel externo común.

e) Programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial.

f) Programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios.

g) Programas orientados a impulsar el desarrollo científico y tecnológico.

h) Acciones en el campo de la integración fronteriza.

i) Acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente.

j) Programas de desarrollo social.

¿Qué logros ha conseguido la CAN?[23] Entre sus principales logros hay que destacar que se trata de la zona de libre cambio más avanzada de América Latina, puesto que prácticamente todos los productos de su universo arancelario están liberalizados.

La zona de libre cambio andina se comenzó a desarrollar en 1969 y prácticamente se culminó en 1993. Para ello utilizaron como instrumento principal el Programa de Liberación, encaminado a eliminar todos los derechos aduaneros y otros recargos que incidieran sobre las importaciones. En septiembre de 1990 Bolivia, Colombia y Venezuela abrieron sus mercados; en enero de 1993 lo hizo Ecuador y, finalmente, en enero de 2006 también Perú. Salvo excepción, los productos originarios de los países miembros están libres de arancel en dentro de la CAN.

La CAN ha establecido también una unión aduanera, ha aprobado normas relativas al arancel externo común vigentes desde el 1 de febrero

---

[23] Para un panorámica general de los logros de la CAN, véase <http://www.comunidadandina.org/quienes/logros.htm>, <http://www.comunidadandina.org/quienes/logros.htm> y MALDONADO LIRA, H. *Treinta Años de Integración Andina: Balance y Perspectivas*, Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.

de 1995, reglas de origen, competencia, normas técnicas y sanitarias, franjas de precios, etc.[24]

Lo anterior no significa que no existan excepciones y anomalías en el funcionamiento de la zona de libre cambio y de la unión aduanera. Basta con indicar, en relación con la zona de libre cambio, que siguen existiendo numerosas formalidades y controles aduaneros que obstaculizan la libre circulación de mercancías dentro de la zona andina, así como que subsisten notables obstáculos no arancelarios, en particular, reglamentaciones técnicas, que restringen y dificultan el intercambio libre de productos originarios de los países andinos. Y para consolidar la unión aduanera queda mucho trabajo por hacer, vistas las excepciones arancelarias aún vigentes, la armonización sólo parcial de los obstáculos no arancelarios y la inexistencia del despacho aduanero en libre práctica.

> Para tratar de contrarrestar estos problemas se puso en marcha el 15 de mayo de 2000 el Proyecto GRANADUA, dedicado al «Fortalecimiento de la Unión Aduanera en los países andinos», que comprende un conjunto de actividades en materia aduanera promovidas por la Secretaría General de la CAN y la Comisión Europea en la subregión.[25] Asimismo, y gracias al proyecto de Cooperación UE-CAN «Asistencia Técnica Relativa al Comercio», iniciado en 2005, se está redactando el Código Aduanero Comunitario Andino, en el que se abordan expresamente los déficits de la unión aduanera andina.[26]

En su seno se han aprobado igualmente normas propias de un mercado común —que demuestran su vocación de llegar a esta fase de integración—, e incluso de una unión económica. Baste mencionar como ejemplos el derecho de circulación y de permanencia de nacionales

---

[24] Véase una panorámica general del tema en <http:/www.comunidadandina.org/aduanas.htm>.

[25] Véase información al respecto en <http://www.comunidadandina.org/aduanas/granadua.htm>.

[26] Véase sobre el tema, <http://www.comunidadandina.org/atrc/codigo_aduanero.html>.

andinos en la subregión con fines laborales sin perder sus derechos a la seguridad social en su país de origen; la coordinación de políticas macroeconómicas, propiedad intelectual, inversiones, compras del sector público y política agrícola común, integración física y fronteriza en materia de transporte, infraestructura, desarrollo fronterizo y telecomunicaciones, y una integración en cultural, educativa y social, así como un plan de empleo y una agenda ambiental. Asimismo, se ha llevado a cabo una liberalización de los servicios de transporte en sus diferentes modalidades.

La implementación de otras medidas importantes apuntan incluso hacia una unión política; constituyen ejemplos de ello la no necesidad de pasaportes nacionales ni visados para viajar entre cualquiera de los países de la CAN, pues es suficiente con los documentos nacionales de identidad;[27] el inicio del sistema de elección por sufragio universal y directo de los parlamentarios andinos; y la suscripción del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena *Compromiso de la CAN por la Democracia*, por medio del cual Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú —y entonces Venezuela— establecen como «condiciones esenciales» para la cooperación y la integración «la plena vigencia de las instituciones democráticas y el estado de derecho» y acuerdan que sus disposiciones se apliquen en caso de producirse una ruptura del orden democrático en cualquiera de los países miembros.

En el campo de las relaciones exteriores, la CAN mantiene negociaciones y celebra acuerdos con países individuales —como Panamá, Canadá y Estados Unidos— y con bloques regionales —como el MERCOSUR, la CARICOM y la UE— y en instituciones multilaterales —en particular, la OMC—.[28]

---

[27] Dicha medida se estableció el 22 de junio de 2001 mediante Decisión 503 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores sobre «Reconocimiento de documentos nacionales de identificación».

[28] Véase al respecto MONCAYO JIMÉNEZ, E. *Las relaciones externas de la Comunidad Andina*. Lima: Secretaría General de la CAN, 1999.

> Ello ha llevado, por ejemplo, a la suscripción del Acuerdo de Libre Comercio entre la CAN y el MERCOSUR (el ACE 59), que permite dar un salto cualitativo en el proceso de conformación de un espacio sudamericano de integración económica y que constituye un elemento de la UNASUR.[29]

Para todo esto, y aunque no libre de críticas, la CAN dispone de unos lineamientos de política exterior común. Pero no siempre se cumplen en la práctica, debido a las diferencias de los Estados miembros en relación con sus prioridades en las relaciones internacionales. De hecho, no puede decirse con propiedad que exista una agenda exterior común andina, debido a las posiciones enfrentadas entre, fundamentalmente, Perú y Colombia, que apuestan decididamente por relanzar sus relaciones, incluso bilateralmente, con Estados Unidos y la UE, y Bolivia y Ecuador, que defienden una postura diferente. Y no ayuda a superar este conflicto la posición ambigua de Bolivia respecto a su permanencia en la CAN o su integración en el MERCOSUR.

> Por ejemplo, las diferencias entre los Estados andinos se han traslucido en los comienzos de las negociaciones para la firma del acuerdo de asociación con la UE, en septiembre de 2007, dividiendo a Bolivia y Ecuador, por un lado, y Colombia y Perú, por otro. Y se han agudizado tras la celebración de la V Cumbre birregional entre la UE, América Latina y el Caribe, celebrada en Lima en mayo de 2008.

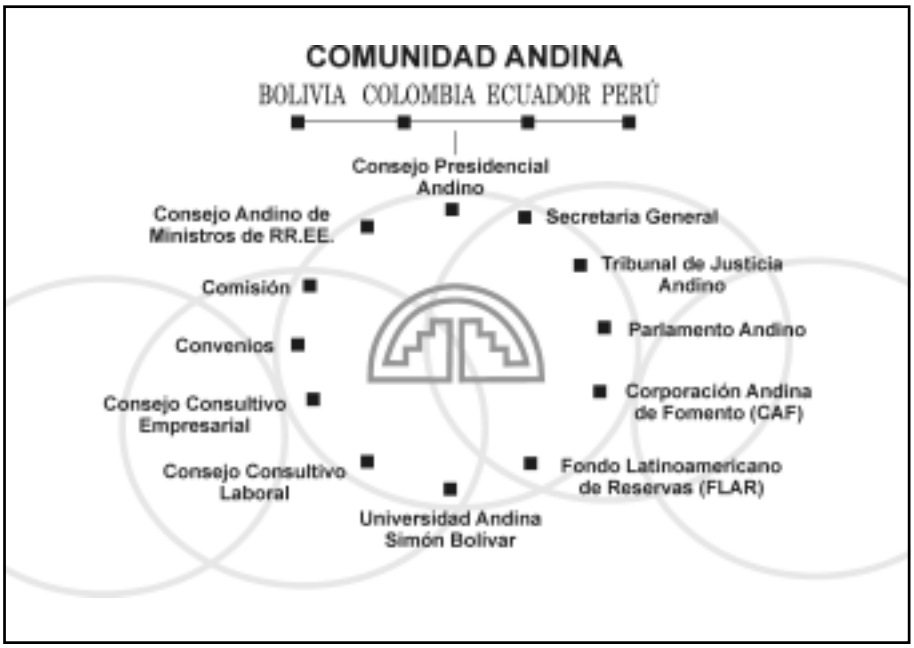
3.3. El Sistema Andino de Integración

La estructura institucional de la CAN se desarrolla en el Sistema Andino de Integración (SAI), conjunto de órganos e instituciones que trabajan vinculados entre sí y cuyas acciones se encaminan a lograr

---

[29] Para información adicional sobre el tema consultar CIENFUEGOS MATEO, M. «Las relaciones entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR: ¿una asociación (in)viable?». En *Europa Retos e Incógnitas*. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2005, Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2006, pp. 85-161, accesible en <http://www.comunidadandina.org/bda/novedades.htm>.

los mismos objetivos del bloque.[30] En el siguiente diagrama queda bien reflejado el organigrama del SAI.[31]



Los principales órganos del SAI son:

1) *Consejo Presidencial Andino*. Es el máximo órgano de la integración, en tanto compuesto por los jefes de Estado y de Gobierno. Se reúne al menos una vez al año de forma ordinaria. Entre sus funciones destacan las de definir la política de integración andina y

---

30 Véase en general sobre el tema, CRUZ VILAÇA, J. L. y J.M. SOBRINO HEREDIA, «Del Pacto a la Comunidad Andina: el Protocolo de Trujillo, de 10 de marzo de 1996, ¿simple reforma institucional o profundización en la integración subregional?». *Gaceta Jurídica de la CEE*, n.º 26, 1996, pp. 83-118; QUINDIMIL LÓPEZ, J. *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

31 Fuente: Secretaría General de la CAN, <http://www.comunidadandina.org/sai/que.html>.

orientar e impulsar las acciones de interés común, que después son instrumentadas por los otros órganos e instituciones del SAI. Actúa por consenso.

2) *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*. Integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores, en formación simple, y acompañados por los representantes ante la Comisión de la CAN, en formación ampliada. Está encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de la integración subregional, y de formular y ejecutar la política exterior de la CAN. Decide por consenso.

3) *Comisión de la CAN*. Compuesta por un representante plenipotenciario de cada uno de los países miembros. Este órgano formula, ejecuta y evalúa la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones; adopta las medidas necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena; y coordina la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales en el ámbito de su competencia. Decide por mayoría absoluta de sus miembros, si bien hay excepciones.

   Por ejemplo, para las materias del anexo I del Acuerdo de Cartagena la Comisión de la CAN decide con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros y sin que haya voto negativo.

4) *Secretaría General*. Con sede permanente en Lima (Perú), la Secretaría General es el órgano ejecutivo de la CAN y tiene además capacidad de propuesta de decisión al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión de la CAN, así como iniciativas y sugerencias a la reunión ampliada del citado Consejo, para facilitar o acelerar el cumplimiento del Acuerdo de Cartagena. Entre otras funciones, la Secretaría es la encargada de administrar el proceso de la integración subregional, velar por el cumplimiento de los compromisos andinos y mantener vínculos permanentes con los países miembros y de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás Organizaciones regionales de integración y cooperación. Está

dirigida por un Secretario General, elegido por consenso por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión.

5) *Parlamento Andino*. Sus representantes deberán ser designados por sufragio universal y directo, de acuerdo al Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo, firmado en abril de 1997. Actualmente solo Ecuador y Perú han cumplido con este mandato, de tal suerte que en los otros países son todavía designados por su propio congreso. Es el órgano deliberante del SAI de naturaleza comunitaria, que representa a los pueblos de la CAN.[32]

6) *Tribunal de Justicia Andino*. Es el órgano jurisdiccional de la CAN, integrado por cuatro Magistrados representantes de cada uno de los países miembros, con competencia territorial en los cuatro países y con sede permanente en Quito. Entre sus competencias destacan el control de la legalidad de las normas andinas, mediante la acción de nulidad, y la interpretación de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la CAN para asegurar su aplicación uniforme en el territorio andino, que lleva a cabo mediante la cuestión prejudicial.

El SAI cuenta además con un Consejo Consultivo Empresarial, un Consejo Consultivo Laboral, la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Fondo Latinoamericano de Reservas y la Universidad Simón Bolívar.

Puede apreciarse a primera vista que el SAI tiene un organigrama institucional semejante al de la UE, en quien se inspira claramente. Con todo, subsisten dos diferencias fundamentales: la composición intergubernamental de todos los órganos decisorios y la regla general de toma de decisiones por consenso en los órganos decisorios. Ello dificulta el funcionamiento de la CAN porque cada Estado puede vetar las decisiones que afecten a sus intereses nacionales.

---

[32] Para mayor detalle, véase sobre el funcionamiento del Parlamento Andino y VÉLEZ NÚÑEZ, R. *Historia de un Proceso*. Bogotá: Parlamento Andino, 2004.

3.4. El Derecho de la CAN

En el ámbito jurídico, y a semejanza de la UE, el proceso de integración andino se caracteriza por la existencia de un ordenamiento supranacional vinculante para los estados miembros; el cual para su existencia necesita de los siguientes atributos o principios básicos: (i) la atribución del ejercicio de competencias a organismos supranacionales; (ii) la aplicación inmediata y el efecto directo de las normas que emanan de dichos organismos; y (iii) la preeminencia de dichas normas sobre el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los estados que conforman el esquema integracionista.[33]

Entre las normas del derecho derivado (esto es, aquellas normas dictadas por los órganos de la CAN) encontramos, en primer lugar, a las «decisiones» dictadas por la Comisión de la Comunidad Andina y Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y, en segundo lugar, las «resoluciones» dictadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

3.5. Problemas de la CAN y perspectivas de futuro

A pesar de que la CAN está alcanzando razonablemente sus objetivos presenta una serie de problemas de difícil solución; entre otros, dejado al margen algunas deficiencias ya apuntadas al analizar el grado de integración andino:

1) Las fuertes asimetrías de sus economías.

2) El reducido producto interior bruto, tanto en términos absolutos como relativos (comparados con áreas vecinas, como el MERCOSUR.

---

[33] Véase Hoyos Vásquez, B. «Los principios básicos de derecho comunitario andino». *Boletín Jurídico del Centro de Estudios Jurídicos Essentia iuris*, año II, n.º 3, agosto 2006, pp. 2-5; Sobrino, J., M. Heredia, V. Rico y A. Perotti. *Integración y supranacionalidad. Soberanía y Derecho comunitario en los países andinos*. Lima: Secretaría General de la CAN, 2001.

3) El reducido volumen del comercio intrazonal, en torno al 8% del volumen total de comercio de sus Estados miembros.

4) La gran dependencia externa de unos pocos productos básicos, como es el caso del petróleo y gas natural.

Sin embargo, estos no son los únicos elementos que impactan negativamente en el grado de integración. Por el contrario, existen otros factores *desestabilizadores propios de la zona andina*. Así, la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes, la corrupción pública generalizada en casi todos los niveles, la vulneración de derechos humanos —a causa del hambre y la miseria en muchos casos y en otros por la corrupción y el narcotráfico—, la violencia interna y los conflictos subregionales, juegan indudablemente un papel importante de desaceleración de la integración andina.

Adicionalmente, es indudable que la retirada de Venezuela de la CAN (abril 2006) y su ulterior adhesión al MERCOSUR (julio 2006) ha hecho tambalear todo el entramado de la integración regional sudamericana trascendiendo incluso a la región andina, ya que su alejamiento de la CAN produjo la ruptura del G-3 —Colombia, México y Venezuela— y provocó turbulencias en el seno del MERCOSUR, renegociación comercial urgente a varias bandas, etcétera.[34]

> Por ejemplo, Venezuela, en tanto miembro de la CAN, había firmado en Montevideo, el 18 de octubre de 2004, el vigente ACE 59 con los países del MERCOSUR, con el objetivo de establecer una zona de libre cambio entre 2018 y 2021.
> Ello ha llevado a que el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR de 4 de julio de 2006 haya previsto que «durante el periodo de transición del programa de liberalización comercial y hasta tanto la República Bolivariana de Venezuela adopte el Régimen de Origen del MERCOSUR, se aplicará el Régimen de Origen previsto en el

---

[34] Véase al respecto, MALAMUD, C. «La salida venezolana de la Comunidad Andina de Naciones y sus repercusiones sobre la integración regional: su impacto en el Mercosur». *ARI* (*Análisis del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales*

Acuerdo de Complementación Económica N.º 59» (artículo 5) y que «a más tardar el 1 de enero de 2014 quedarán sin efecto las normas y disciplinas previstas en el Acuerdo de Complementación Económica N.º 59 para la relación entre las Partes» (artículo 6). Además, con la denuncia por parte de Venezuela del Acuerdo de Cartagena, de 1969, constitutivo del Pacto Andino, cesan para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro, pero tiene que mantener a los países andinos las ventajas recibidas u otorgadas conforme al programa de liberalización de la subregión hasta un máximo de 5 años (artículo 111).

Por todos estos motivos se suele afirmar —un tanto exageradamente— en medios intelectuales y políticos que la CAN está en fase de *crisis terminal* o, por lo menos, sufriendo una *metamorfosis* de la que no se sabe cómo ni cuándo saldrá.

LA COMUNIDAD ANDINA

- Objetivos: crear un mercado común, pero todavía no pasa de ser una unión aduanera parcial con elementos de modelos de integración más avanzados.
- Instituciones: composición similar al europeo en Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y comisión de la CAN. Pero el sistema dea votación es por consenso. También hay un Parlamento Andino, una Secretaría General Andina y otros órganos.
- Fuentes de Derecho semejantes en muchos aspectos a los de la UE: hay actos obligatorios (directrices, decisiones y declaraciones).
- Principios que rigen las relaciones con los derechos internos son formalmente los mismos que en UE; recepción automática, efecto directo y primacía.
- Sistema de garantía judicial: existe un Tribunal de Justicia de la CAN, análogo en composición y funciones al TJCE.
- Relaciones exteriores bastante desarrolladas especialmente mediante celebración de acuerdos internacionles con UE y Mercosur. No obstante, aunque ahora ya comienzan a funcionar como bloque en las negociaciones, firman los acuerdos internaciones los Estados individualmente.
- No recursos propios (ni siquiera el importe del arancel aduanero andino); la financiación se basaba fundamentalmente en contribuciones nacionales y de terceros organismos internacionales) y función pública andina bastante desarrollada (cuenta con un buen número de funcionarios contratados estables).

4. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

El TLCAN, más conocido como NAFTA por sus siglas en inglés, *North American Free Trade Agreement*, es el acuerdo regional de integración entre Canadá, Estados Unidos y México que busca establecer una zona de libre comercio. En 2007, el TLCAN es el principal bloque comercial del mundo (4,4 billones de dólares) y la segunda economía mundial, después de la UE, con un PIB cercano a los 16 billones de dólares. Todo ello en un territorio de 21,78 millones de km^2 y una población de 436 millones de personas.

4.1. Antecedentes históricos

Los antecedentes del TLCAN se remontan a 1965, año en que Canadá y los Estados Unidos de América suscribieron el pacto automotor, por el cual ambos países se comprometieron a favorecer específicamente el comercio automotriz y de partes automotoras. Ante este acuerdo, el gobierno mexicano comenzó el planeamiento de un programa propio que más tarde introduciría las industrias maquiladoras en el norte de México.

> El «programa de maquiladoras» fue impulsado por el gobierno mexicano como respuesta al cierre del programa de Braceros, por el cual se autorizaba a trabajadores agrarios mexicanos a realizar trabajos temporales legalmente en territorio estadounidense.

En 1989 se firmó un tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Canadá, y en 1990 México y Estados Unidos decidieron iniciar la negociación de un acuerdo comprensivo de libre comercio. Ese mismo

---

y Estratégicos), I parte (n.º 54, de 10 de mayo de 2006) y II parte (n.º 64, de 31 de mayo de 2006); MELLADO, N. «Incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR y su impacto subregiona». En Z. Drnas de Clement (coord.). *Mercosur y Unión Europea. Segundas Jornadas Científicas de Eulatin II*. Córdoba (Argentina): Lerner Editora, 2008, pp. 163-179.

año Canadá demostró su interés de formar parte de este tratado, iniciándose de esta forma los trabajos con el objetivo de crear una zona de libre comercio en América del Norte.

El TLCAN fue firmado en Ottawa, los días 11 y 17 de diciembre de 1992, en la Ciudad de México, D.F., el 14 y 17 de diciembre de 1992 y en Washington, D. C., los días 8 y 17 de diciembre de 1992. Entró en vigor el 1 de enero de 1994.[35]

4.2. Objetivos de integración y realizaciones

El artículo 102 del Tratado establece los principales objetivos del TLCAN; ellos son:

1) Eliminar fronteras para comerciar y facilitar el cruce por las fronteras del movimiento de bienes y servicios entre los territorios de los países miembros.

2) Promover condiciones de competencia justa en el área del libre comercio.

3) Aumentar las oportunidades de invertir en los países miembros.

4) Proporcionar protección y aplicación de derechos intelectuales en cada país.

5) Crear procedimientos de la implementación y aplicación de este acuerdo, para su administración conjunta así como la resolución de problemas.

---

[35] Véase al respecto Leycegui B. y R. Fernández De Castro (coords.). *¿Socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000); *¿Socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000.

6) Establecer una estructura más trilateral, regional y multilateral de cooperación para extender y aumentar los beneficios de este acuerdo.

Estos objetivos han de cumplirse respetando los principios de trato nacional, trato de nación más favorecida y de transparencia.[36]

> En definitiva, al TLCAN lo gobiernan básicamente los mismos principios que rigen la actuación de la OMC y aunque no queda claro qué modelo de integración regional persigue sus tres países (y a pesar e que el nombre del proyecto se refiera a un «Tratado de Libre Comercio») se trata en verdad de una zona de libre cambio con elementos añadidos de un mercado común —así, los servicios y las inversiones— y de una unión económica —como la política de la competencia y la protección de los derechos de propiedad industrial—.

¿Qué ha conseguido en sus 16 años de vigencia? Una zona de libre cambio imperfecta, puesto que todavía no existe una completa circulación de los productos originarios de los Estados miembros dentro de la zona, debido en gran medida a los problemas que plantea la aplicación de las reglas de origen previstas en el propio TLCAN (especialmente para los textiles, el vestido y los productos automotrices) para asegurarse de que las ventajas del TLC se otorguen sólo a bienes producidos en la región de América del Norte, y no a bienes que se elaboren total o en su mayor parte en países terceros.

> A menos que ciertas reglas de origen específicas se apliquen, un producto se considera originario de América del Norte («producto norteamericano») si éste ha sido enteramente obtenido o producido sobre el territorio de alguno o varios de los países que forman parte del Acuerdo.
> Cuando varios materiales no originarios entran en la fabricación de un producto, el producto se considera de origen norteamericano mientras que la valoración regional del producto sea suficientemente elevada. Para ser

---

[36] Véase para mayores detalles, VELÁZQUEZ FLORES, R. «Orígenes, objetivos y estructura institucional del TLCAN». En ROY, J., R. DOMÍNGUEZ RIVERA y R. VELÁZQUEZ FLORES (coords). *Retos e interrelaciones de la integración regional: Europa y América*. México D.F.: Plaza y Valdés, 2003, pp. 219-232.

considerado norteamericano, la valoración regional del producto debe ser superior al 60 % si se emplea el método del valor transaccional, o superior al 50 %, en caso de utilizar el método del costo neto.

Como adelantamos, el TLCAN posee algunas características que trascienden las de una zona de libre comercio. El TLCAN ha liberalizado sustancialmente el comercio de servicios y ha abierto los mercados de compras públicas, incluyendo el sector servicios y el de la construcción. Paralelamente al TLCAN se han producido avances en el sector laboral —para resolver el problema de la inmigración mejicana hacia los Estados Unidos de América y Canadá— y de la cooperación medioambiental, en virtud de sendos acuerdos firmados en 1993 por los tres Estados partes.

Además, el TLCAN ha desplegado beneficiosos efectos económicos en términos globales para sus países miembros, como lo demuestra el incremento de los flujos comerciales totales: de 352.000 millones de dólares en 1994 a 676.000 millones de dólares en 2003, de los que 263.000 corresponden al comercio bilateral entre Estados Unidos y México, 384.000 al comercio entre Estados Unidos y Canadá y 12.000 al comercio entre México y Canadá. Otros beneficios de la aplicación del TLCAN han sido la creación de más de 20 millones de puestos de trabajo desde 1994 y atraer 1.300 millones de dólares estadounidenses en inversiones extranjeras directas. En 2006, el intercambio comercial combinado llegó a 865.000 millones de dólares.[37]

4.3. Esquema jurídico-institucional: los órganos, la solución de controversias y las normas del TLCAN

El *esquema institucional* del TLCAN es muy sencillo, tiene un diseño

[37] Para más información sobre los beneficios que ha tenido el TLCAN, se recomienda el estudio de NAFINA (Foro sobre la integración Norteamericana), «¿Qué es el TLCAN?», accesible en <http://www.fina-nafi.org/esp/integ/alena.asp?langue=esp&menu=integ>.

mucho menos desarrollado que el de otros tratados o convenios similares (como los de la UE, el MERCOSUR y la CAN).[38]

Existe un Secretariado que brinda asistencia a la Comisión de Libre Comercio y apoyo administrativo a los órganos de solución de controversias del TLCAN. Cuenta con tres secciones: la Sección Canadiense, ubicada en Ottawa; la Sección Mexicana, en México, D.F.; y la Sección Estadounidense, en Washington D.C.

El Secretariado rinde cuentas a la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, la cual está generalmente conformada por los ministros de comercio exterior de las Partes y hace las veces de órgano central de coordinación, en cuanto le corresponde supervisar la aplicación del acuerdo y resolver las controversias que se deriven de su aplicación. Se reúne al menos una vez al año en sesión ordinaria y toma sus decisiones por consenso.

Finalmente, hay comités y grupos de trabajo para temas concretos, como el Comité de Comercio de Bienes y el Grupo de Trabajo sobre Reglas de Origen.

En lo que hace al sistema de *solución de controversias*, se ha establecido un sistema peculiar que distingue entre una fase consultiva que, en caso de no poner fin a la diferencia, abre paso a la intervención de la Comisión de Libre Comercio. Y si fracasa su mediación, las partes pueden recurrir o bien a un panel arbitral *ad hoc* (esto es, nombrado expresamente para resolver este caso), cuyo informe final no es vinculante, o bien al sistema de solución de controversias de la OMC. Se

---

[38] Sobre el esquema jurídico-institucional del TLCAN, véase HAAR, J. y A. GARRASTAZU. «El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): Estructura, operación y tendencias». En ROY, J., R. DOMÍNGUEZ RIVERA, R. VELÁZQUEZ FLORES (coords.). *Retos e interrelaciones de la integración regional: Europa y América*. México D.F.: Plaza y Valdés, 2003, 189-217; MCKINNE, Y.J. *Created from NAFTA: The Structure, Function and Significance of the Treaty's Related Institutions*, Nueva York: NetLibrary, 2001.

ha previsto un procedimiento particular para la solución de controversias entre Estados y particulares que puedan verse afectados por el incumplimiento de las reglas del TLCAN por aquéllos. En caso de que el informe del panel arbitral declare que se ha producido un incumplimiento de las reglas del TLCAN por un Estado parte y el Estado infractor no lo cumpla, el Estado afectado podrá suspender (total o parcialmente) la aplicación de ventajas o privilegios equivalentes del Estado infractor (institución jurídica que, en derecho, se conoce como *medidas compensatorias*).

Finalmente, digamos que como consecuencia del endeble entramado institucional, las *fuentes jurídicas* del TLCAN no son obligatorias, pues se trata de informes, recomendaciones, instrucciones, etcétera. Tampoco cuenta con una función pública propia ni con un presupuesto, siendo sufragados los gastos de sus instituciones con contribuciones nacionales.

4.4. ¿Es el TLCAN una Organización internacional?

A diferencia de las Organizaciones de integración que hemos examinado anteriormente, el TLCAN no mantiene relaciones con otros sujetos internacionales, por lo que no puede ser definida como una Organización internacional. De hecho, el TLCAN es el prototipo de un *esquema de cooperación intergubernamental* por medio del cual se persigue una integración comercial (aunque, como dijimos, a veces la trasciende) que establece reglas de conducta para las partes y unos pocos órganos encargados de supervisar su cumplimiento.[39]

---

[39] Para una comparación entre el TLCAN y la UE, véase Grenon, J. «L'accord de libre-échange nord-américain comparé à la Communauté Économique européenne». *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 367, 1993, pp. 306-320; Wolinetz, S. «Comparando Canadá, la Unión Europea y el NAFTA: embrollos comparativos y acertijos constitucionales». En J. Roy, J. M. Lladós y F. Peña (comp.). *La Unión Europea y la integración regional. Perspectivas comparadas y lecciones para las Américas*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Tres de febrero, 2005, pp. 131-147.

El hecho de que Estados Unidos forme parte del mismo explica este *modus operandi*; es decir, su estrategia pasa por estrechar las relaciones comerciales con todos aquellos países cuyos mercados le son interesantes, pero sin integrarse en una Organización internacional con órganos y reglas vinculantes que puedan condicionar su autonomía a la hora de actuar a nivel mundial.

NAFTA /TLCAN

- Objetivos: no queda clarao qué modelo de integración regional persiguen sus tres países, si bien se vislumbra que se trata de una zona de libre cambio peculiar porque hay elementos añadidos de modelos avanzados de integración.
  - 1) Eliminar fronteras para comerciar y facilitar el cruce por las fronteras del movimiento de bienes y servicios entre los territorios de los países miembros.
  - 2) Promover condiciones dea competencia justa en el área del libre comercio.
  - 3) Aumentar las oportunidadeds de invertir en los países miembros.
  - 4) Proporcionar protección y aplicación de derechos intelectuales en cada país.
  - 5) Crear procedimientos de la implementación y aplicación de este acuerdo, para su adminsitración conjunta así como la resolución de problemas.
  - 6) Establecer una estructura más trilateral, regional y multilateral de cooperación para extender y aumentar los beneficios de este acuerdo.
  - 7) Eliminar barreras al comercio entre Canadá, México y Estados Unidos, estimulando el desarrollo económico y dando a cada país signatario igual acceso a sus respectivos mercados.
- Instituciones: no existe un sistema institucional complejo, sino tan sólo un Secretariado, que brinda asistencia a la Comisión de Libre Comercio y los órganos de solución de controversias
- Fuentes de Derecho no obligatorias: se trata de informes, instrucciones, recomendaciones... Ni siquiera los informes y decisiones (sic) de los órganos de solución de controversias son obligatorios, salvo excepción (capítulo XIX, en materia de dumping y subvenciones).
- No cuenta con presupuesto ni función pública propia, ni con relaciones exteriores propias.
- Vistas estas características el NAFTA no es una Organización internacional, a diferencia de los otros casos analizados, como el MERCOSUR o la CAN.

5. Otros bloques subregionales y proyectos de integración americanos

Además de los proyectos de integración reseñados hasta ahora, existen en el continente americano otros procesos de integración que detentan motivaciones y dinámicas muy diversas, presentan características y potencialidades diferentes y, que en cualquier caso, interesan destacar por el evidente interés que despiertan.

5.1. Asociación Latinoamericana de Integración[40]

La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) es una Organización internacional intergubernamental creada por el Tratado de Montevideo de 12 de agosto de 1980 para sustituir a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), debido al estancamiento que padeció durante la década de los setenta. Sin embargo, la ALADI ha heredado varias instituciones y mecanismos de aquél en el marco del proceso de integración latinoamericano.

El Tratado de Montevideo entró en vigor el 18 de marzo de 1981. Hoy en día está integrado por 12 Estados miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Méjico, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En su conjunto representan 20 millones de kilómetros cuadrados y algo más de 500 millones de habitantes, con un PIB superior a 3,23 billones de dólares y un comercio total de 1,34 billones de dólares, todo ello en 2007.

Sus principales indicadores socioeconómicos se reflejan en la siguiente tabla de la Secretaría General de la ALADI:[41]

---

[40] Véase sobre el tema, Magariños, G. «Principios e instituciones de la A.L.A.D.I.». *Integración Latinoamericana*, n.º 160, 1990, pp. 10-23; Vacchino, J.M. *Integración latinoamericana: de la A.L.A.L.C. a la A.L.A.D.I.* Buenos Aires: Depalma, 1983.

[41] Fuente: Secretaría General de la ALADI, <http://www.aladi.org/nsfaladi/sitio.nsf/inicio2004?OpenFrameSet&Frame=basefrm&Src=%2Fnsfaladi%2Fsitio.nsf%2Fvsitioweb2004%2Fcomercio%3FOpenDocument%26AutoFramed>.

ALADI
INDICADORES SOCIOECONÓMICOS
1990-2007

(esta en archivo corel)

La ALADI tiene como objetivos reducir y eliminar gradualmente las trabas al comercio recíproco de sus países miembros; impulsar el desarrollo de vínculos de solidaridad y cooperación entre los pueblos latinoamericanos; promover el desarrollo económico y social de la región en forma armónica y equilibrada a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos; renovar el proceso de integración latinoamericano, y establecer mecanismos aplicables a la realidad regional; y propiciar la creación de un área de preferencias comerciales y económicas en la región, con el objetivo final de lograr un mercado común latinoamericano. Para ello, establece tres mecanismos:

1) Una preferencia arancelaria regional que se aplica a productos originarios de los países miembros frente a los aranceles vigentes para terceros países.

2) Acuerdos de alcance regional, comunes a la totalidad de los países miembros.

3) Acuerdos de alcance parcial, con la participación de dos o más países del área.

Tanto los acuerdos regionales como los de alcance parcial pueden abarcar materias diversas como desgravación arancelaria y promoción del comercio; complementación económica; comercio agropecuario; cooperación financiera, tributaria, aduanera, sanitaria; preservación del medio ambiente; cooperación científica y tecnológica; promoción del turismo; normas técnicas, etc.

Ello quiere decir que, a diferencia de su antecesor, la ALALC, la meta no es crear en un plazo determinado una zona de libre comercio, sino un mercado común por medio de una serie de iniciativas multilaterales flexibles y diferenciadas de acuerdo al nivel de desarrollo de cada país. Ahora bien, todas las iniciativas deben concurrir a la complementación o cooperación económica y promoción el comercio en la región. Proporciona, pues, un paraguas para la integración dentro de

Latinoamérica. La ALADI tiene, además, una estructura más abierta al posibilitar la integración o negociación con países fuera de la zona.

Según el Tratado de Montevideo, la *estructura institucional básica* de la ALADI es la siguiente:

1) *Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores:* organismo supremo e instancia de conducción política superior integrada por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países integrantes. Es convocado por el Comité de Representantes.

2) *Conferencia de Evaluación y Convergencia:* Tiene como función evaluar el proceso de integración, promover proceso de negociación entre los países asociados y recomendar al Consejo medidas multilaterales. Generalmente se reúne cada 3 años.

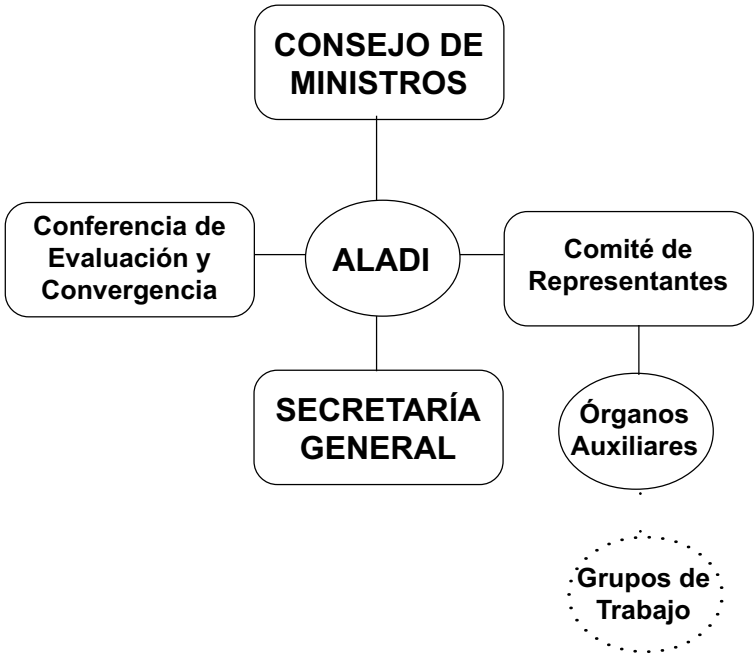
3) *Comité de Representantes:* es el organismo político permanente y foro de negociaciones entre los países integrantes y terceros. Entre sus funciones están la de tomar las medidas y acciones necesarias para la ejecución del Tratado, arbitrar entre los países miembros y crear organismos auxiliares (14 en total a la fecha). Se reúne cada 15 días.

4) *Secretaría General:* es el organismo técnico de la ALADI. Su Secretario General es designado por el Consejo. Tiene su sede en Montevideo, Uruguay.

El siguiente diagrama muestra de manera diáfana el esquema institucional.[42]

---

[42] Fuente: Secretaría General de la ALADI, <http://www.aladi.org>.



Los actos (decisiones, directivas, reglamentos, etcétera) del Consejo, Conferencia y Comité se adoptan por mayoría de dos tercios de los países miembros y, salvo excepción, son vinculantes.

La ALADI pasa hoy en día por *un cierto estancamiento*, debido fundamentalmente al hecho de que sus países —con la excepción de Cuba— forman parte de esquemas de integración mucho más ambiciosos en el continente americano, antes examinados, como el MERCOSUR, la CAN y el TLCAN. La ALADI da cabida en su estructura jurídica a estos acuerdos subregionales de integración bajo condición de que estén abiertos a la incorporación de otros países latinoamericanos en el futuro. Para salir de esta situación la Asociación debe actuar con más decisión en su función de *paraguas* institucional y normativo de la integración regional, desarrollando acciones tendientes a apoyar y fomentar estos esfuerzos con la finalidad de hacerlos confluir progresivamente en la creación de un espacio económico común latinoamericano.

5.2. La Comunidad del Caribe[43]

La CARICOM, acrónimo que viene del inglés *Caribbean Community*, nació el 4 de julio de 1973 con la firma del Tratado de Chaguaramas por los primeros ministros de cuatro naciones (Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago) con el fin de fortalecer sus lazos e integrar un mercado común en la región del Caribe.

Actualmente cuenta con 15 miembros plenos, la mayoría de los cuales pertenecen a la Mancomunidad Británica de Naciones (*Commonwealth*). Son los siguientes: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, St. Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Surinam, y Trinidad y Tobago. Cuenta como Estados asociados con la isla de Anguila, las islas Bermudas, las islas Vírgenes Británicas, las islas Caimán y las Islas Turcas y Caicos.

De acuerdo con el Tratado de Chaguaramas, la Comunidad del Caribe tiene como objetivos:

1) La integración económica de los estados miembros a través del establecimiento de un mercado común del Caribe. Este objetivo fue redefinido en 2001 para alcanzar un mercado interior y una unión económica interior (*Single Market And Economy*).

2) La coordinación de las políticas exteriores de los Estados miembros

3) La cooperación funcional.

---

[43] Véase en general sobre el tema, BENN D. J.y K. HALL (eds.). *The Caribbean Community beyond Survival*. Kignston (Jamaica): Ian Randle Publishers, 2001; CONDE PÉREZ, E. «La Comunidad del Caribe: realidades y propósitos de futuro». En C. Díaz Barrado y C. Fernández Liesa (coords.). *Iberoamérica ante los procesos de integración (Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*. Madrid: BOE, 2000, pp. 135-148.

En la actualidad la CARICOM *es una zona de libre cambio que además ha conseguido establecer parcialmente un mercado común* para 12 de sus Estados miembros, que se debe completar con medidas adicionales de carácter aduanero (por ejemplo, desarrollar más la política común de contingentes), así como medidas en el sector de los transportes internacionales, la libertad de prestación de servicios y de circulación de capitales, etc.[44]

Los *órganos de decisión* son:

1) La Conferencia de Jefes de Estado de la CARICOM, que adopta sus decisiones por consenso.

2) El Consejo de Ministros de la Comunidad, que generalmente toma decisiones por mayoría cualificada.

El principal órgano administrativo es la Secretaría General. La CARICOM cuenta, asimismo, con varios organismos de asesoramiento, como el Consejo de Finanzas y Planificación; el Consejo de Comercio y Desarrollo Económico; el Consejo para las Relaciones Exteriores de la Comunidad y el Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales. Desde 2005 existe igualmente un Tribunal de Justicia del Caribe.

Cabe indicar, finalmente, que la CARICOM está habilitada para celebrar acuerdos internacionales con terceros sujetos internacionales y aprueba resoluciones obligatorias, como las directivas y las decisiones.

5.3. El Mercado Común Centroamericano y el Subsistema de Integración Económica Centroamericana[45]

La integración Centroamericana dio sus primeros pasos con la creación

---

[44] Para una panorámica de la situación real de la integración en la CARICOM, véase <http://www.caricom.org/jsp/single_market/csme_implementation.jsp>.

[45] Véase en general sobre el tema, Bartesaghi, I. «Estado actual de los procesos de integración regional de América Latina y el Caribe». En *Departamentos de Estudios*

de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA) el 14 de octubre de 1951. Este acuerdo fue firmado por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, quedando abierta la posibilidad de una posterior inclusión de Panamá. Los objetivos de la ODECA eran amplios, no apuntaban en exclusividad a la integración económica, sino también la política institucional. La ODECA no cumplió plenamente su misión de propulsar la integración centroamericana y generó una innecesaria burocracia institucional que frustró toda posibilidad de éxito, por lo que fue sustituida por el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), creado por el Protocolo de Tegucigalpa de 13 de diciembre de 1991. Son Estados miembros los mismos cinco países de la ODECA (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua) más Belice y Panamá. La República Dominicana es país asociado desde 2003. Trata de crear una comunidad económico-política de integración de la región centroamericana, para lo cual instaura un complejo y abigarrado sistema institucional general de integración, que se divide en órganos del SICA e instituciones del sistema, en su mayor parte de naturaleza intergubernamental y con un riesgo cierto de confusión entre muchos de ellos, tanto en su denominación como en sus funciones.

A título enunciativo, los órganos del SICA son la Reunión de Presidentes, la Reunión de Vicepresidentes, el Parlamento Centroamericano (PARLACEN), la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el Comité Ejecutivo (CE-SICA), la Secretaría General (SG-SICA) y el Comité Consultivo (CC-SICA). A su vez, las instituciones del Sistema se clasifican en secretarías del sistema e instituciones especializadas. Las secretarías del Sistema están relacionadas directamente con la Secretaría General del SICA y son las siguientes: 1) Secretaría General de la Coordinación Educativa y Cultural Centroamericana (SG-CECC); 2) Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA); 3) Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano (SE-CMCA); 4) Secretaría

---

Económicos (Montevideo), octubre de 2005; REMIRO BROTÓNS, A. «Las instituciones del Sistema de Integración Centroamericana y su futuro». En AA.VV. *Centroamérica: perspectivas de futuro*. Barcelona: CEI, 2003, pp. 77-181; ZAPATA R. y E. PÉREZ. *Pasado, presente y futuro del proceso de integración centroamericano. Una interpretación*. México: CEPAL, 2001.

de Integración Turística Centroamericana (SITCA); 5) Secretaría de la Integración Social Centroamericana (SISCA); 6) Secretaría Técnica del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica (ST-COMISCA); 7) Secretaría Técnica del Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica (ST-COMMCA); 8) Secretaría Ejecutiva de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (SE-CCAD); y 9) Secretaría Ejecutiva del Consejo Agropecuario Centroamericano (SE-CAC). En cuanto a las instituciones especializadas, cabe destacar, entre otras muchas, las siguientes: 1) el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE); 2) el Consejo Fiscalizador Regional del SICA (CFR-SICA); 3) la Organización Centroamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OCCEFS); 4) el Instituto Centroamericano de Administración Pública Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP); 5) el Centro para la Promoción de la Micro y Pequeña Empresa en Centroamérica (CENPROMYPE); 6) el Consejo Registral Inmobiliario de Centroamérica y Panamá (CRICAP).[46]

Paralelamente a la creación de la ODECA, la CEPAL trabajó sin pausa en la creación de un movimiento de alcance económico, el Mercado Común Centroamericano (MCCA). Este acuerdo fue firmado en Managua el 13 de diciembre de 1960 por El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, al cual se sumó Costa Rica en 1962, con una vigencia inicial de 20 años, que se ha prorrogado desde entonces. Con datos de la Secretaría de Integración Económica Centroamericana relativos a 2006, el MCCA tiene una población de 37,5 millones, el territorio alcanza los 424.000 km^2, el PIB es de 87.600 millones de dólares, el PIB per cápita está en unos 2.335 dólares y el comercio exterior llegó a 52.800 millones de dólares. En relación con América Latina, su población representa en 2006 un 6,5%, su territorio un 2,1% y su renta nacional bruta un 2,2% del de la región.

El Tratado de Managua estipula que los países signatarios se compromete a constituir un mercado común entre sus territorios, si bien estableciendo regímenes especiales de intercambio para algunas mercancías y especificando que comprende el libre tránsito para los vehículos que transportan las mercancías originarias de las cuatro naciones

---

[46] Véase SICA, «Órganos e instituciones del SICA», en <http://www.sica.int/sica/instituciones.aspx?IdEnt=401>.

firmantes y el mismo tratamiento que a las compañías nacionales a las empresas de los otros estados que inviertan en la construcción de carreteras, puentes, sistemas de riego, electrificación, vivienda y otras obras vinculadas al desarrollo de la infraestructura regional. El Tratado contiene igualmente normas relativas a la integración industrial, subsidios a la exportación y comercio desleal, etc.

Los organismos principales del MCCA son:

1) *Consejo Económico Centroamericano:* está compuesto por los ministros de economía de los países miembros y se encarga de dirigir la integración de las economías de la región y coordinar la política económica de los estados contratantes. Adopta sus decisiones por consenso.

2) *Consejo Ejecutivo:* está integrado por dos representantes de cada país y se encarga de la aplicación y administración del Tratado que dio origen al MCCA. Según la materia que se trate, el Consejo adopta sus resoluciones por unanimidad o por mayoría simple de sus miembros.

3) *Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA):* con sede en la ciudad de Guatemala, cuenta con un Secretario General nombrado por el Consejo Económico Centroamericano para un periodo de tres años, tiene entre sus funciones velar por el cumplimiento de las resoluciones del Consejo Económico y del Consejo Ejecutivo.

Finalmente, cabe mencionar el *Banco Centroamericano de Integración Económica*, que actúa como instrumento de financiación y promoción del crecimiento económico integrado, sobre la base de un equilibrio en la región; y un Sistema de Bancos Centrales Centroamericanos, con vistas al futuro establecimiento de una unión monetaria.

Para la solución de controversias se cuenta con un cuerpo arbitral compuesto por un representante de cada país miembro.

Actualmente el proyecto de integración centroamericano constituye una *unión aduanera incompleta*. La zona de libre cambio existe desde 1993 para la mayoría de los productos originarios de sus países miembros, si bien con excepciones para productos agrícolas sensibles (como el café sin tostar y el azúcar de caña). Cuenta con un arancel aduanero común y los elementos fundamentales de la unión aduanera, pero que requerirá perfeccionarse para, por ejemplo, facilitar el despacho aduanero. Además, los países del MCCA mantienen relaciones exteriores con distintos países y bloques del mundo, con los que ha anudado acuerdos preferenciales y de libre comercio, como —por ejemplo— el CAFTA con Estados Unidos y está negociando un acuerdo de asociación con la UE comprensivo de elementos comerciales y de cooperación, así como un diálogo político.[47]

Sin perjuicio de lo anterior, el MCCA ha padecido diversos problemas que han paralizado su actuación en muchos momentos de su historia, como la precaria situación de las balanzas de pagos de sus países miembros, la inequitativa distribución de los beneficios y costes de la integración centroamericana y el conflicto hondureño-salvadoreño. Con vistas a adaptarlo al nuevo contexto regional y mundial, el 28 de octubre de 1993 fue suscrito el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, que crea el Subsistema de Integración Económica Centroamericana, en el que participan los cinco Estados miembros del MCCA (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua) más Panamá, si bien a este país sólo le afectará una vez concluya su integración como miembro del MCCA, estando las negociaciones en la recta final.

El Subsistema se concibe como parte del proceso de integración más amplio que persigue el SICA, focalizado en conseguir la integración económica centroamericana. Se trata de un proceso gradual y flexible

---

[47] Los textos de los acuerdos preferenciales y de libre cambio vigentes o en negociación de Centroamérica se pueden consultar en <http://www.sieca.org.gt/SIECA.htm>.

para ir acercando las economías de los seis países al objeto de conseguir la unión económica centroamericana. De hecho, propicia que, sin cronograma alguno, todos o algunos de estos países progresen con la celeridad que acuerden hacia la coordinación de las políticas comerciales, el establecimiento de una zona de libre cambio, la constitución de una unión aduanera, la conformación de un mercado común o la instauración de una unión económica y monetaria. Para ello cuenta con un sistema institucional que combina órganos propios con los del SICA y el MCCA. Se establecen así, como órganos ejecutivos, el Consejo de Ministros de Integración Económica, el Consejo Intersectorial de Ministros de Integración Económica, el Consejo Sectorial de Ministros de Integración Económica y el Comité Ejecutivo de Integración Económica. Y son órganos técnico-administrativos la Secretaría de Integración Económica Centroamericana, la Secretaría del Consejo Agropecuario Centroamericano, la Secretaría del Consejo Monetario Centroamericano y la Secretaría de Integración Turística Centroamericana. Cuenta además con otros órganos, por ejemplo, el Banco Centroamericano de Integración Económica, el Instituto Centroamericano de Administración Pública y el Instituto Centroamericano de Investigación y Tecnología Industrial. Los actos jurídicos (llamados actos administrativos) que pueden tomarse son resoluciones (obligatorios referentes a asuntos internos, como el funcionamiento de los órganos); reglamentos (equiparables a los de la UE), acuerdos (actos individuales obligatorios para los destinatarios) y recomendaciones.

5.4. El Área de Libre Comercio de las Américas[48]

El Área de Libre Comercio de las Américas es un proyecto de integración económica en el continente americano que, de conseguirse, daría

---

[48] Véase en general sobre el tema, J. ROY. «El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA): su peculiaridad desde una perspectiva de la UE», y F. SCHOTT. «El Área de Libre Comercio de las Américas: su actual condición y perspectivas», En J. Roy, J.M. Lladós y F. Peña (comp.). *La Unión Europea y la integración regional. Perspectivas comparadas y lecciones para las Américas*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Tres de Febrero, 2005, pp. 299-318 y 319-334, respectivamente.

lugar a la mayor zona comercial del mundo, con una renta nacional bruta superior a los 18 billones de dólares y un comercio total superior a los 4 billones de dólares.

Se trata de un proyecto ambicioso que, en su versión original, contemplaba la gradual reducción de las barreras arancelarias y barreras a la inversión en 34 países del hemisferio (todos menos Cuba). Más aún, incorporaba muchos otros temas conexos que iban mucho más allá de la liberalización comercial de mercancías. De hecho, en las negociaciones iniciales estaban incluidos los mercados públicos, bienes y servicios de intercambio comercial, la inversión extranjera, la privatización de bienes y servicios públicos, la agricultura y el medio ambiente, los derechos de propiedad intelectual, los subsidios y las medidas antidumping, la libre competencia, el comercio electrónico, la facilitación de negocios, el sector laboral y la resolución de diferencias.

> Como se puede apreciar, el ALCA parece ser una extensión del TLCAN a todo el continente americano, según los criterios y parámetros de los Estados Unidos.

La decisión de constituir el ALCA se tomó formalmente en la primera Cumbre de las Américas celebrada en la ciudad de Miami, Estados Unidos, en diciembre de 1994, cuyo antecedente histórico lo constituye la Iniciativa para las Américas de 1990.

Las negociaciones del ALCA se iniciaron formalmente en abril de 1998 durante la Segunda Cumbre de las Américas en Santiago de Chile. Para llevarlas a cabo se acordó una estructura determinada por sus miembros que garantizaba una amplia participación geográfica. La Presidencia del proceso en su totalidad, la sede de las negociaciones, así como la Presidencia y Vicepresidencia de los diversos grupos de negociación y de los otros comités y grupos se rotan entre los países participantes. Básicamente, consistían en una Presidencia del ALCAN, reuniones ministeriales, un Comité de Negociaciones Comerciales y diversos comités y grupos de negociación.

En su octava reunión, celebrada en Miami el 20 de noviembre de 2003, los Ministros reiteraron su compromiso con el ALCA y expusieron la visión que tienen del ALCA, tal y como se reproduce a continuación:

> Nosotros, los Ministros, reafirmamos el compromiso que tenemos para que las negociaciones del ALCA concluyan con éxito a más tardar en enero de 2005, con el objetivo final de lograr un área de libre comercio e integración regional. Los Ministros reafirman su compromiso con un ALCA comprehensivo y equilibrado que fomentará con la mayor eficacia el crecimiento económico, la reducción de la pobreza, el desarrollo y la integración a través de la liberalización del comercio. Asimismo, los Ministros reconocen que se necesita flexibilidad para tomar en cuenta las necesidades y sensibilidades de todos los socios del ALCA.
>
> Estamos conscientes de que el objetivo de las negociaciones debe ser un acuerdo equilibrado que aborde la cuestión de las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías del hemisferio, mediante varias disposiciones y mecanismos.
>
> Tomando en cuenta y reconociendo los mandatos existentes, los Ministros reconocen que los países pueden asumir diferentes niveles de compromisos. Procuraremos desarrollar un conjunto común y equilibrado de derechos y obligaciones que sean aplicables a todos los países. Además, las negociaciones deberían permitir que los países que así lo decidan, dentro del ALCA, puedan acordar beneficios y obligaciones adicionales. Una posible línea de acción podría ser que estos países lleven a cabo negociaciones plurilaterales dentro del ALCA para definir las obligaciones en cada área respectiva.
>
> Esperamos plenamente que de este empeño surgirá el equilibrio apropiado de derechos y obligaciones que permita que los países cosechen los beneficios de sus respectivos compromisos.

Con el paso del tiempo afloraron discrepancias serias en diversos ámbitos, y de modo particular en relación con los derechos de propiedad industrial (patentes, marcas, etcétera). Los giros políticos experimentados por varios gobiernos de países sudamericanos, y de modo particular en Venezuela, complicaron aún más las negociaciones. Por tal motivo, en la Cumbre Extraordinaria de las Américas celebrada en Monterrey, México, en enero de 2004, se acordó que la presidencia del

proceso fuera compartida por Estados Unidos y Brasil y que las negociaciones explorasen una implementación de acuerdo menos ambiciosa.

Pero las discrepancias fueron a más, hasta llegar al enfrentamiento frontal durante la IV Cumbre de las Américas (Mar de Plata, Argentina, 4 y 5 de noviembre de 2005) entre Venezuela, por un lado, apoyada por Argentina y Brasil, y Estados Unidos, por otro, con el soporte de México y varios países andinos. Esta fractura ha llevado a un estancamiento del proceso, porque mientras que algunos países americanos han decidido negociar, individualmente o en bloque, acuerdos preferenciales de comercio y acuerdos constitutivos de zonas de libre cambio con Estados Unidos, otros han optado por rechazar cualquier tipo de negociación. Esta situación ha traído incluso discrepancias dentro de otros procesos de integración del continente americano.

> En efecto, la decisión por parte de algunos países miembros de la CAN de negociar bilateralmente con los Estados Unidos, fue uno de los principales motivos para que Venezuela abandonase el bloque andino.
> La misma tensión se ha generado en el seno del MERCOSUR. Así, desde septiembre de 2005 la presidencia paraguaya expresa públicamente la intención de su país de buscar un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos, similar al que ya han firmado Chile y otros países de Centroamérica, para lograr una mayor penetración de productos paraguayos en aquel gigantesco mercado[49]. Por su parte, Uruguay y Estados Unidos firmaron el 25 de enero de 2007 un Acuerdo Marco de Comercio e Inversión (T*rade and Investment Framework Agreement*, TIFA sus siglas en inglés) el que podría abrir nuevamente las puertas para la firma de un tratado de libre comercio.

Ello no significa necesariamente la defunción del ALCA, si bien parece lo más probable, máxime cuando sucede que Estados Unidos ha firmado numerosos acuerdos de libre comercio con países latinoamericanos (Perú, Chile, Colombia, El Salvador, Dominica, Honduras, Guatemala, etcétera) y que, como contrapropuesta a este modelo,

---

[49] Véase *Resumen de las relaciones diplomáticas de Paraguay*, en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay, disponible en <http://www.mre.gov.py/paginas/Representaciones/relaciones/ListadoRelaciones.asp>.

Venezuela está fomentado la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA), todavía en sus comienzos. Y a nivel más global está ya en marcha la UNASUR, como veremos enseguida.

> El ALBA es una propuesta de integración de distintos pueblos latinoamericanos para luchar contra la pobreza y la exclusión social. Se constituyó en La Habana (Cuba) el 14 de diciembre de 2004 por el acuerdo de Venezuela y Cuba. Desde entonces se han sumado Bolivia (2006), Nicaragua (2007) y Dominica y Honduras (2008).[50]

5.5. La Unión de Naciones Suramericanas[51]

La UNASUR, en portugués, União Sul-Americana de Nações (UNASUL) es una comunidad política y económica entre los doce países sudamericanos constituida el 8 de diciembre de 2004 en la ciudad del Cuzco, Perú, durante la III Cumbre Sudamericana, que entonces fue denominada Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN) y que ha sido rebautizada como UNASUR en la I Cumbre Energética Suramericana, celebrada entre el 16 y 17 de abril de 2007 en Isla de Margarita (Venezuela).

La *Declaración Presidencial de Cuzco* proclama la determinación de «desarrollar un espacio sudamericano integrado en lo político, social, económico, ambiental y de infraestructura, que fortalezca la identidad

---

[50] Véase, en general, sobre el ALBA, SANAHUJA PERALES, J. A. «La integración regional, los proyectos bolivarianos, y la unión de naciones sudamericana (UNASUR)». En AA.VV. *Venezuela y el proyecto bolivariano. Cuaderno de estrategia Iberoamérica 2008*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)-Ministerio de Defensa, 2008.

[51] Véase en general sobre el tema, CIENFUEGOS MATEO, M. «¿Es la Unión de Naciones Suramericanas un proyecto viable?» y GAJATE, R. «Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia». En Z. Drnas de Clement (coord.). *Mercosur y Unión Europea. Segundas Jornadas Científicas de Eulatin II*, *ob. cit.*, pp. 101-137 y 139-159, respectivamente; MAIRA, L. «La Comunidad Sudamericana de Naciones y las perspectivas de la integración». En J. Altmann y F. Rojas Aravena (eds.). *Las paradojas de la integración en América Latina y el Caribe*. Madrid: Fundación Carolina y Siglo XX, I, 2008, pp. 123-143.

propia de América del Sur y que contribuya, a partir de una perspectiva subregional y, en articulación con otras experiencias de integración regional, al fortalecimiento de América Latina y el Caribe y le otorgue una mayor gravitación y representación en los foros internacionales». Ello significa que el espacio sudamericano integrado se desarrollará impulsando, entre otros elementos, «la profundización de la convergencia entre MERCOSUR, la CAN y Chile a través del perfeccionamiento de la zona de libre comercio, apoyándose en lo pertinente en la Resolución 59 del XIII Consejo de Ministros de la ALADI del 18 de octubre de 2004,[52] y su evolución a fases superiores de la integración económica, social e institucional. Los Gobiernos de Surinán y Guyana se asociarán a este proceso, sin perjuicio de sus obligaciones bajo el Tratado revisado de Chaguaramas».

Para conseguir estos objetivos, en la Declaración se establecen acciones en:

1) Concertación y coordinación política y diplomática de la región.

2) Convergencia entre MERCOSUR, CAN y Chile en una zona de libre comercio. Surinam y Guyana se podrán asociar a este proceso sin perjuicio de sus obligaciones con el CARICOM.

3) Integración física, energética y de comunicaciones en América del Sur. Impulsado por la Iniciativa de Integración Regional Sudamericana (IIRSA), que luego se comenta.

4) Armonización de políticas de desarrollo rural y agroalimentario.

5) Transferencia de tecnología y de cooperación horizontal en todos los ámbitos de la ciencia, educación y cultura.

---

[52] La Resolución 59 del Consejo de Ministros de la ALADI, de 18 de octubre de 2004, sobre la convergencia CAN-MERCOSUR y otros acuerdos comerciales de la región, insta al «perfeccionamiento de un área de libre comercio sudamericana, teniendo en cuenta el trato preferencial y diferenciado».

6) Creciente interacción entre las empresas y la sociedad civil en la integración.

Declaraciones ulteriores de los jefes de Estado y de Gobierno de la UNASUR, y en particular el Tratado constitutivo de la UNASUR, de 23 de mayo de 2008, ponen de relieve que esta Organización no pretende ser una mera agenda comercial porque incluye también cuestiones relativas a inversión, cooperación y diálogo político, aunque se base en ella mediante la convergencia progresiva entre los bloques subregionales de integración (MERCOSUR y CAN), porque una vez implementada de forma progresiva una zona de libre cambio se persigue evolucionar hacia un modelo superior de integración que, a pesar de sus perfiles poco definidos, no excluye la unión económica y monetaria ni rechaza llevar a cabo una cierta integración política.[53]

> En síntesis, la asociación entre el MERCOSUR, la CAN, Chile, Guyana y Surinam que entraña la UNASUR se apoya en los tres cimientos siguientes: 1) la cooperación política, social y cultural, con temas como la democracia, seguridad regional y lucha contra las drogas y la corrupción; 2) la integración comercial, económica y financiera, que toma como punto de partida el ya acuerdo de complementación económica 59 entre la CAN y el MERCOSUR para constituir una zona de libre cambio entre ellos, así como la experiencia exitosa de la Corporación Andina de Fomento en materia de integración financiera; y 3) el desarrollo de la infraestructura física, la energía, y las comunicaciones, a través de la iniciativa para la integración de la infraestructura regional sudamericana (IIRSA).

---

[53] Así, a finales de 2007 se creó el Banco del Sur y que desde hace un par de años varios dirigentes sudamericanos (Venezuela, Bolivia, Ecuador, Perú, etecétera) hablan de la creación de una moneda suramericana que sería emitida por el Banco del Sur, si bien recibe nombres diferentes, según de dónde provenga la iniciativa (cóndor, peso americano, latino, pacha, sucre, etcétera). Se trata de dos características propias de una unión monetaria. Asimismo, en la Declaración de Cuzco de 2004 se hace hincapié en la intención de «desarrollar un espacio sudamericano integrado (…) que contribuya, a partir de una perspectiva subregional, al fortalecimiento de América Latina y el Caribe y le otorgue una mayor gravitación y representación en los foros internacionales». Lo que significa que la UNASUR pretende también crear un espacio político sudamericano común que potencie su peso internacional.

Para materializar estas aspiraciones, la UNASUR cuenta con un enorme potencial. Basta con tener en cuenta los indicadores siguientes, tomados de la Secretaría General de la Comunidad Andina en 2007.[54]

POTENCIALIDADES DE LA REGIÓN
(archivo en corel)

Pero hay que tener en cuenta igualmente otros factores al momento de enjuiciar la viabilidad de este ambicioso proyecto porque su futuro «depende, en buena medida, de la ponderación de los factores de conveniencia o inconveniencia para los países que la conforman, de la

[54] Fuente: <http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm>.

voluntad política sostenible y de la función que desempeñan otros agentes, como los empresarios, la opinión pública y la sociedad civil», por lo que el camino de la integración real no estará exento de «dificultades y de tareas monumentales».[55]

> Por ejemplo, la agenda comercial, que era objetivo primario en el origen de la Comunidad Sudamericana de Naciones en 2004, está siendo desplazada por el énfasis que la UNASUR está poniendo a otros objetivos regionales, como son la superación de las asimetrías, el nuevo contrato social sudamericano, la integración energética y la infraestructura para la interconexión de los pueblos y la región.
> Tampoco invitan al optimismo las disensiones en torno a la creación de gasoductos en Sudamérica y su interconexión con el objetivo de abastecer de gas natural a toda América del Sur con el recurso extraído de los yacimientos gasíferos de Venezuela, Bolivia y Perú, como muestran las iniciativas del «Gran Anillo del Gas» y el «Gran Gasoducto del Sur».
> En fin, no coadyuva a la integración sudamericana el escaso grado de implementación de la IIRSA: basta con tener en cuenta que a mediados de 2008, de los 348 proyectos consensuados originariamente, por un valor de 38.000 millones de dólares, tan sólo se ha concluido uno y otros diez se hayan en ejecución, por un importe que apenas llega al 10% del total de la inversión contemplada.[56]

En cualquier caso, un paso decisivo a favor de la UNASUR se acaba de dar con la firma de su Tratado constitutivo en Brasilia, el 23 de mayo de 2008. Cuenta con 27 artículos y un artículo transitorio (sic). A vuela pluma, los rasgos más significativos del Tratado fundacional son los siguientes:

1) Reconocimiento de la UNASUR como una organización dotada de personalidad jurídica internacional (artículo 1) y que goza, en el

---

[55] Véase CARDONA, Diego. «¿Tiene futuro la Comunidad Sudamericana de Naciones?». *Foreign Affairs en Español*, vol. 5, 2005-2, accesible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.

[56] Véase, para mayores detalles, CIENFUEGOS MATEO, M. «Hacia la integración de Sudamérica. Condicionantes y perspectivas de la Unión de Naciones Suramericanas». En Ch. Freres y J.A. Sanahuja (coords.). *Los nuevos mapas de la integración regional en América Latina*. Madrid: AECI, 2009 (en prensa).

territorio de cada uno de los Estados Miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos (artículo 22). El acuerdo de sede de la UNASUR con la República del Ecuador establecerá los privilegios e inmunidades específicos.

2) Definición de la misión (llamada «objetivo» en el Tratado constitutivo) de la UNASUR que consiste en «construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados» (artículo 2).

Para conseguir esta misión se establece —en el artículo 3— una lista amplísima (21) de «objetivos específicos» (sic) muy ambiciosos y diversos, que van de la integración cultural, social, económica, financiera, energética y política de los países de América del Sur al desarrollo social y humano con equidad, pasando por la cooperación en materia de migración, la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad, el reconocimiento regional de estudios y títulos, el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud, la promoción de la diversidad cultural, la protección de la biodiversidad, la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR, el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa, el diálogo político, etc.

Cabe hacer hincapié en que el artículo 13 establece «flexibilidad» y «gradualidad» en las políticas adoptadas dentro de la UNASUR, a semejanza de las cooperaciones reforzadas en la UE, de tal suerte que «cualquier Estado Miembro podrá eximirse de aplicar total o parcialmente una política aprobada, sea por tiempo definido o indefinido, sin

que ello impida su posterior incorporación total o parcial a la misma».[57]

1) Conformación de un sistema institucional que gira esencialmente en torno al Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, la Presidencia Pro Tempore, el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo de Delegadas y Delegados y la Secretaría General (artículo 4). Los artículos 6 a 10 detallan la composición, funcionamiento y competencias de estos órganos principales.

   El Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno es el órgano máximo de la UNASUR, reuniéndose en sesión ordinaria con periodicidad anual y en sesiones extraordinarias a petición de un Estado miembro con el consenso de todos ellos (artículo 6). Para asistirle en sus funciones cuenta con el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, que prepara sus reuniones y se encarga de implementar sus decisiones, disponiendo además de atribuciones diversas (adoptar el presupuesto anual de funcionamiento, crear grupos de trabajo, evaluar el proceso de integración en su conjunto, aprobar los reglamentos de carácter institucional, etcétera). Se reúne semestralmente en sesión ordinaria y de modo extraordinario a petición de la mitad de los Estados miembros (artículo 8). El Consejo de Delegadas y Delegados está compuesto por un representante acreditado por cada Estado miembro, reuniéndose con una periodicidad preferentemente bimestral en el territorio del Estado que ejerza la Presidencia pro Tempore. Es el órgano que auxilia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, preparando sus reuniones, implementando sus decisiones, elaborando proyectos normativos para su consideración, proponiendo el

---

[57] Este precepto contempla igualmente la flexibilidad en cuanto a «las instituciones, organizaciones o programas que se creen», de manera que «cualquiera de los Estados Miembros podrá participar como observador o eximirse total o parcialmente de participar por tiempo definido o indefinido».

proyecto de presupuesto ordinario anual de funcionamiento, etcétera (artículo 9).

La Presidencia *Pro Tempore*, que se ejerce sucesivamente por cada uno de los Estados miembros, en orden alfabético, por periodos anuales, tiene como atribuciones básicas preparar, convocar y presidir las reuniones de los órganos de la UNASUR, presentar el programa anual de actividades de la UNASUR y representarle en eventos internacionales y asumir compromisos y firmar declaraciones con terceros, previo consentimiento de los órganos correspondientes de la UNASUR (artículo 7). En vista de la renuncia de Colombia al ofrecimiento efectuado en la III Cumbre presidencial celebrada en Brasilia el 23 de mayo de 2008, Chile ha asumido la Presidencia *Pro Tempore*.

La Secretaría General es el órgano que, bajo la conducción del Secretario General, ejecuta los mandatos que le confieren los órganos de la UNASUR y ejerce su representación por delegación expresa de la misma. Tiene su sede en Quito (Ecuador) y contará con funcionarios (artículo 10) y un presupuesto ordinario anual de funcionamiento, basado en contribuciones nacionales, que serán determinadas por una resolución del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, tomando en cuenta la capacidad económica de los Estados miembros, la responsabilidad común y el principio de equidad (artículo 16).

Forma parte también de la UNASUR el Consejo Energético de Sudamérica, creado en la I Cumbre Energética Sudamericana celebrada en Isla Margarita en abril de 2007 (artículo 5). Y se contempla la conformación de un Parlamento Suramericano, con sede en Cochabamba, cuyo régimen jurídico será objeto de un Protocolo Adicional al Tratado fundacional (artículo 17).

Además, el artículo 5 habilita para llevar a cabo el desarrollo institucional que se precise en cada momento. Esta puede ser la vía seguida para la creación en el futuro del Consejo de Defensa de

Sudamérica, iniciativa brasileña aparcada temporalmente en la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Brasilia debido a la oposición de Colombia, a la espera del informe que ha de emitir un grupo de expertos en el término de 90 días.

Igualmente relevante es la previsión de la participación ciudadana en el proceso de integración suramericana (artículo 18).

2) Adopción de un sistema de fuentes jurídicas de la UNASUR (artículo 11), compuesto por las siguientes normas jurídicas: i) el Tratado Constitutivo de la UNASUR y los demás instrumentos adicionales del proceso de integración; ii) los acuerdos que celebren entre sí los Estados Miembros de la UNASUR sobre la base de los instrumentos anteriormente mencionados; iii) las decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno; iv) las resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; y v) las disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados.

   Los actos normativos emanados de los órganos de la UNASUR se adoptarán por consenso y serán obligatorios para los Estados miembros una vez que hayan sido incorporados en el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos, de acuerdo a sus respectivos procedimientos internos (artículo 12).

3) Instauración de un sistema de solución de diferencias basado en las negociaciones directas o, en su defecto, sometiendo la controversia a la consideración del Consejo de Delegadas y Delegados para que, dentro de los 60 días desde su recepción, formule las recomendaciones pertinentes a los Estados Miembros para la solución de la misma. Si en el ámbito del Consejo de Delegadas y Delegados tampoco se alcanza una solución, éste elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión (artículo 21). No prevé la constitución en el futuro de un Tribunal Suramericano, a pesar de que en algunos borradores del Tratado fundacional se contemplaba esta posibilidad.

4) Otorgamiento de la condición de asociado de la UNASUR a los demás Estados de América Latina y el Caribe que soliciten su participación como Estados asociados (artículo 19) y de miembro de la UNASUR a los Estados asociados una vez que tengan este status por cuatro años (artículo 20). En ambos casos se requiere la aprobación del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y Gobierno.

5) Establecimiento de relaciones exteriores con grupos regionales, Estados y otras entidades con personalidad jurídica internacional, priorizando proyectos en las áreas de energía, financiamiento, infraestructura, políticas sociales, educación y otras a definirse (artículo 15). Se encarga al Consejo de Delegadas y Delegados el seguimiento de estas relaciones, con el apoyo de la Presidencia Pro Tempore y de la Secretaría General.

Como cualquier tratado constitutivo de una Organización internacional, el Tratado de la UNASUR contiene disposiciones finales relativas a las lenguas que dan fe, que son el castellano, el inglés, el portugués y el neerlandés (artículo 23), la duración indefinida y denuncia (artículo 24), las enmiendas al Tratado, que han de aprobarse por consenso (artículo 25), la entrada en vigor a los treinta días desde la fecha de recepción del noveno instrumento de ratificación ante el Gobierno de la República del Ecuador (artículo 26), el registro en Naciones Unidas (artículo 27), etcétera. Dado que no ha transcurrido ni un mes desde su firma en Brasilia el pasado 23 de mayo el Tratado no está todavía vigente.

Nuestra valoración de conjunto del Tratado constitutivo de la UNASUR es positiva, puesto que sienta las bases para que actúe como sujeto de las relaciones internacionales: mediante un acuerdo internacional se crean instituciones a las que se dota de poderes de acción para avanzar hacia la integración sudamericana. Cuestión distinta es que consiga materializarse en la práctica este proyecto, visto que las insuficiencias y deficiencias que rodean al Tratado fundacional arrojan significativos claroscuros en aspectos determinados, en particular la vaguedad de los objetivos perseguidos, el método del consenso decisorio impuesto y la inexistencia de un tribunal de justicia.

La libre circulación de trabajadores y los aspectos laborales en las compañías de actividad transnacional en los espacios únicos: el caso europeo

Dra. Pilar Rivas Vallejo

La libre circulación de trabajadores y los aspectos laborales en las compañías de actividad transnacional en los espacios únicos: el caso europeo

Pilar Rivas Vallejo

Sumario: 1. El papel de la legislación laboral en la actividad transnacional de las empresas.— 2. Libre circulación de trabajadores en el espacio europeo como criterio de delimitación de la transnacionalidad de la prestación de servicios.— 3. Actividad empresarial transnacional y movimiento de trabajadores.— 4. Actividad empresarial transnacional y representación de los trabajadores.— 5. Deslocalización de empresas.— 6. Trabajos fronterizos.— 7. Problemas de Derecho internacional privado: jurisdicción competente y ley aplicable.— 7.1. Ley aplicable.— 7.2. Jurisdicción competente.—

1. El papel de la legislación laboral en la actividad transnacional de las empresas

La actividad de las empresas, sea nacional, internacional o transnacional, tiene un contenido fundamental que es el económico, del que participan todos los elementos que configuran la organización productiva en la que consisten aquéllas. Precisamente entre éstos se encuentra, en papel protagónico y fundamental, el trabajo realizado por el personal al servicio de las mismas.

Dicho personal puede verse afectado en sus condiciones de trabajo y en sus derechos como consecuencia del funcionamiento transnacional de las empresas, bien sea con ocasión de los desplazamientos, temporales o no, ordenados por la propia empresa a efectos de la ejecución de determinados servicios en Estados distintos; bien sea con motivo de

la llamada «deslocalización» de la empresa o de alguno o algunos de sus centros de trabajo, para su establecimiento fuera del país del domicilio originario de la empresa; o ya sea por tratarse de actividades prestadas en régimen «transfronterizo» que cuentan con mano de obra domiciliada en Estados distintos al de la prestación efectiva de los servicios.

Sea cual sea la situación planteada, de entre la diversidad de las que suscita la actual configuración de la organización de las empresas, tanto en el contexto europeo como en el más amplio de la «globalización mundial de la economía», las implicaciones laborales son evidentes, y por ello la legislación laboral tiene mucho que decir, tanto para regular la incidencia de tales flujos de trabajadores sobre los derechos de éstos y su control público, como articular mecanismos que permitan la interrelación de todos los implicados en el ámbito transnacional o en el marco de las empresas que cuentan con centros de trabajo en Estados distintos, entre ellos los derechos de representación de tales colectivos.

De igual suerte, los flujos de servicios más allá de la transnacionalidad o la situación transfronteriza pueden venir motivados por la pura deslocalización de las empresas a territorios donde las condiciones legales y económicas de establecimiento favorezcan un más alto cociente entre inversión y beneficios, en términos de rentabilidad económica, ante los cuales no puede permanecer impasible la legislación social.

Si bien es cierto que el fenómeno de la globalización de las economías no viene acompañado de un soporte legal de protección que garantice la inviolabilidad social de los trabajadores, pues hasta el momento esta nueva realidad se halla huérfana de regulación propia, por una parte debe considerarse que desde ciertos organismos internacionales, como es el caso de la Organización Internacional del Trabajo, se están realizando esfuerzos de sistematización y también de concienciación acerca de esta nueva forma de precarización social (nuevas formas de esclavitud moderna y de la paralela globalización del trabajo *indecente*). Aunque no puede desconocerse que se trata, por el momento, de meras llamadas de conciencia, no es menos necesario poner

de manifiesto qué herramientas se encuentran previstas en la legislación vigente para la reglamentación de dichos comportamientos transnacionales de las empresas en el marco europeo en particular.

El contexto legal viene configurado por dos parámetros: el reconocimiento del derecho individual de los trabajadores la libre circulación por el territorio de la Unión Europea, y el paralelo derecho de libertad de establecimiento y de circulación de bienes y servicios, junto con la normativa comunitaria que trata de disciplinar los aspectos mercantiles que tienen trascendencia sobre los derechos de los trabajadores. En este caso, la legislación comunitaria opera única y exclusivamente desde esta perspectiva parcial, y, por tanto, se limita a regular tan concretos efectos, dejando a la legislación mercantil el resto de las cuestiones básicas de orden puramente mercantil o relativas al funcionamiento de las empresas en su dimensión societaria. En definitiva, el Derecho comunitario, como las legislaciones nacionales, sólo incide en aquellos aspectos que atañen a los efectos que los comportamientos mercantiles pueden determinar sobre los derechos laborales de sus plantillas de trabajadores. Y, en cuanto respecta a su dimensión transnacional, afectan en particular a la determinación de la ley aplicable y nivel de protección en tales movimientos de mano de obra de manera temporal, o a la articulación de sistemas representativos para coordinar derechos de participación y representación en empresas implantadas en distintos Estados miembros de la Unión Europea, principalmente.

Ha de considerarse, finalmente, que el Derecho comunitario no incide sobre aquellas otras manifestaciones transnacionales que exceden del territorio de los países miembros de la Unión Europea, en cuyo caso corresponde en exclusiva a los Estados miembros disciplinar el comportamiento empresarial en su dimensión laboral.

Y, por otra parte, que se encuentran excluidas de la competencia legislativa comunitaria las cuestiones relativas a remuneraciones, derecho de asociación, derecho de huelga y derecho de cierre patronal, por lo que los derechos que pudieran reconocerse al respecto dependerán de las legislaciones nacionales.

Asimismo, la libre prestación de servicios y establecimiento en el territorio de los Estados miembros de la Unión resulta igualmente liberalizada, en el marco de la llamada Directiva *Bolkestein*, 123/2006/CE, *sobre servicios en el mercado interior*, respecto de determinadas actividades económicas (servicios a las empresas, asesoramiento, gestión, certificación y ensayo; mantenimiento, publicidad; contratación de personal; agentes comerciales; asesoramiento jurídico; fiscal; agencias inmobiliarias; la distribución comercial; la organización de ferias; y servicios para los consumidores) y con exclusión de otras (como la prestación de servicios por empresas de trabajo temporal). Se trata de una norma de exclusiva aplicación a las actividades económicas prestadas por quienes no cumplan la condición de ser trabajadores por cuenta ajena, aun cuando confluya con su norma aplicable, la Directiva 96/71 el elemento de la temporalidad de la prestación de servicios, obviamente fuera del marco del trabajo por cuenta ajena que disciplina dicha Directiva.

2. Libre circulación de trabajadores en el espacio europeo como criterio de delimitación de la transnacionalidad de la prestación de servicios

El artículo 48 del originario Tratado Constitutivo de la CEE y posteriormente el artículo 39 de su versión consolidada, y homónimo del Tratado UE (así como el artículo III-133 del Tratado de la Constitución Europea), reconocieron al *ciudadano comunitario* el derecho a circular libremente por el territorio de la Comunidad, consagrando la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad entre ciudadanos de los Estados miembros y marcando claramente la diferencia con los ciudadanos de terceros Estados, regidos por un estatuto distinto no sujeto a dicho principio igualitario. Su declaración y contenido quedaron fijados del siguiente modo:

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.
2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón

de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.[1]

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:
   a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;
   b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
   c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;[2]
   d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

---

[1] La igualdad de trato se predica del acceso al trabajo, de las condiciones de trabajo, pero también de la protección social (Seguridad social) del país de acogida, y comprende el derecho a responder y concurrir a ofertas de trabajo, desplazarse por el territorio de los Estados miembros, residir en un Estado miembro para ejercer en él un empleo, permanecer después de haber ejercido un empleo, y protección de la Seguridad Social conforme a los principios de totalización de periodos de seguro y de exportación de prestaciones. Con la igualdad de trato se conectan otras cuestiones, cuya tutela compete al Derecho interno de los Estados miembros: condiciones de residencia de la familia, reconocimiento de titulaciones profesionales y trabajadores fronterizos.

[2] De acuerdo con el artículo 2 Reglamento n.º 70/1251/CEE de 29 de junio de 1970, el derecho se reconoce en los siguientes casos: a) cuando el trabajador haya alcanzado la edad prevista en ese Estado para acceder a la pensión de vejez y haya trabajado durante los últimos doce meses; b) cuando el trabajador haya residido ininterrumpidamente durante más de dos años en el territorio del Estado y deje el empleo como consecuencia de una incapacidad laboral permanente; c) cuando el trabajador, tras tres años continuados de empleo y residencia en el territorio de ese Estado, ocupase un trabajo asalariado en el territorio de otro Estado miembro, manteniendo su residencia en el del primer Estado, al que regresa como trabajador fronterizo. Excepción: que el cónyuge sea nacional de ese Estado miembro, o haya perdido la nacionalidad de ese Estado como consecuencia de su matrimonio con el trabajador; o d) cuando el trabajadores que deja de ejercer su actividad profesional cuando disfrute de pensión de invalidez, jubilación anticipada o vejez, o de subsidio por accidente de trabajo o enfermedad profesional, disponga de seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro (Directiva del Consejo n.º 90/365/CEE de 28 de junio de 1990).

Esta libertad fue objeto de desarrollo en diversas normas comunitarias posteriores: el Reglamento n.º 68/1612/CEE del Consejo de 15 de octubre de 1968, *relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad*; el Reglamento n.º 70/1251/CEE, de la Comisión, de 29 de junio de 1970, *relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo*; la Directiva n.º 64/221/CEE del Consejo de 25 de febrero de 1964, *para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia*, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas; o la Directiva n.º 68/360/CEE del Consejo de 15 de octubre de 1968, *sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad* (sustituida por la Directiva n.º 2004/30/CE).

Tales libertades de trabajo y establecimiento, pese a un reconocimiento genérico a todas las personas de los derechos de libertad y trabajo en el artículo 15.1 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales,[3] quedan reservadas al ciudadano comunitario, es decir, a aquellas personas que ostenten la ciudadanía de la Unión, como manifestación de las libertades de circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios, garantizadas por los artículos 39, 43, 49 y siguientes del TCE (originarios arts. 48 y ss). Para su extensión a nacionales de terceros países, es necesario el acuerdo unánime de los Estados miembros (artículo 186 TCE) o bien acuerdos de asociación con uno o varios Estados o con organizaciones internacionales (artículo 310 TCE).

---

[3] El artículo 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de 1989 rezaba: «2. El derecho a la libre circulación permite a cualquier trabajador ejercer cualquier profesión u oficio en la Comunidad, en condiciones de igualdad de trato para el acceso al trabajo, las condiciones de trabajo y la protección social del país de acogida. 3. El derecho a la libre circulación implica asimismo: la armonización de las condiciones de residencia en todos los Estados miembros, en particular para la reunificación familiar; la supresión de los obstáculos que resulten del no reconocimiento de títulos o de cualificaciones profesionales equivalentes; la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores fronterizos».

Lo anterior implica que, por lo que respecta al efecto de dicho derecho sobre las empresas que operan en el ámbito de la Unión Europea, se distingue un doble régimen, que afecta a la contratación de trabajadores por parte de aquéllas, según cuál sea el origen de los mismos. Pues mientras los ciudadanos comunitarios gozan del anunciado derecho de libre circulación (y, por tanto, su contratación es libre), los segundos (ciudadanos de terceros países) suponen para las empresas una restricción en la contratación, al someterla al Derecho de extranjería, tanto comunitario, como nacional, en sus respectivas áreas de competencia, con posibilidad de expulsión en los supuestos establecidos legalmente, aun cuando hayan sido objeto de contratación o bien cuando la concertación de la prestación de servicios no se ha sometido al procedimiento legal y no se han cumplido, por tanto, los preceptivos requisitos legales para validarla (v. g., autorización administrativa de trabajo y residencia, dentro del margen fijado por la STJCE 8 de septiembre de 1994, en el *asunto Vanderelst* [C-43/93]).

Así, puesto que los ciudadanos no comunitarios serán los que no se integren ni beneficien del haz de derechos en los que consiste el de libre circulación de trabajadores, salvo las posibles cláusulas de excepción o garantías para extenderles todo o parte de tales derechos en función de su nacionalidad o integración en un acuerdo bi o multilateral, habrá de delimitarse con claridad el concepto de «trabajador comunitario». Dicho concepto, a su vez, ha de responder a una definición unívoca, que no residencie en las legislaciones internas el centro de imputación de derechos, es decir, el titular sobre el que reposa el conjunto de derechos que conforman la mencionada libertad de circulación, como declaró el TJCE en la sentencia de 19 de marzo de 1964, *asunto Unger* (C-75/63).[4]

Sin embargo, lo cierto es que éste es el primer punto de conflicto, en tanto no existe una definición «comunitaria» unívoca de trabajador

---

[4] Rec. 1964, p. 347. También se entendió así en las posteriores SSTJCE de 23 de marzo de 1982, *asunto Levin*, C-53/81, de 3 de junio de 1986, *asunto Kempf*, C- 139/85, y de 3 de julio de 1986, *asunto Lawrie-Blum*, C-66/85.

en el Derecho comunitario, pese a que se emplee el término en el viejo artículo 48 y vigente artículo 39 del TCE, sino definiciones de alcance limitado a la norma en la que se contienen, como es el caso del Reglamento 1408/71, de 14 de junio, sobre Seguridad social de los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad (artículo 1.a), que entiende por tal a *toda persona asegurada en virtud de seguro obligatorio o facultativo contra una o varias contingencias en un régimen de Seguridad Social*); del Reglamento n.º 44/2001, sobre competencia judicial internacional (donde se identifica con aquel trabajador que, siendo nacional de un Estado miembro, presta servicios en otro), el Convenio de Lugano (respecto del cual el *Informe Jenard-Möller* sienta en su párrafo 41 que, *aunque hasta el momento no existe un concepto autónomo de contrato de trabajo, se podrá considerar que supone un vínculo de dependencia del trabajador con respecto al empleador*, según entendió el TJCE en las sentencias de 15 de enero de 1987, asunto *Shenavai/Kreischer*, y de 8 de marzo de 1988, asunto *Arcado/Haviland*), o en el sentido definido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así en sentencias de 3 de julio de 1986, *asunto Lawrie-Blum* (66/85), de 12 de mayo de 1998, *asunto Martínez Sala* (C-85/96), o de 31 de mayo de 2001, *asunto Leclere y Deaconescu* (C-43/99).

El concepto comunitario de trabajador «comunitario» determina asimismo la solución aplicable en el binomio Derecho comunitario/Derecho nacional, pues el trabajador ciudadano de la Unión que no ejerce su derecho de libre circulación no puede beneficiarse del conjunto de derechos en los que éste se descompone y que se irradian hacia los miembros de su familia que con él conviven, singularmente el derecho de «reagrupación familiar».

Así, goza de la condición de «trabajador comunitario», el nacional de un Estado miembro que realice una actividad laboral o por cuenta ajena[5] en el territorio de otro Estado miembro. Luego es preciso que se

---

[5] A su vez, el TJCE hubo de definir el concepto de trabajador por cuenta ajena, en la histórica sentencia de 3 de julio de 1986, *asunto Lawrie Blum*, 66/1985 (Rec. 1986, p. 2121), como «toda persona que realiza, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales,

den dos elementos: a) que se trate de un trabajador por cuenta ajena o asalariado (o por cuenta propia); y b) que se desplace por el territorio de la Comunidad.[6]

De forma que, de concurrir uno solo de los dos elementos, no estaremos ante un «trabajador comunitario» y, por consiguiente, no será de aplicación la normativa europea sobre la materia, ni a él ni a su cónyuge o conviviente y familiares. Es decir, no cabe reconocer ningún otro derecho si no se ha ejercido el de libre circulación: Sentencias del TJCE de 16 de diciembre de 1992, asunto *Koua Poirrez* (C-206/91[7]), y de 11 de julio de 2002, *asunto Carpenter* (C-60/00[8]) y sólo se mantiene el derecho entretanto se conserve la condición de trabajador, entendida ésta como integración en la población activa (es decir, pese a la situación de desempleo o mientras se encuentre en búsqueda de empleo), según entendió la STJCE de 26 de febrero de 1991, asunto *Antonissen* (C-292/89).[9] Por otra parte, sí se integra en el concepto el trabajador nacional de un Estado que reside en otro y tiene también la nacionalidad de este otro Estado (adquirida por matrimonio), pero trabaja en el primero (STJCE de 12 de mayo de 1998, *asunto Gilly*, C-336/1996).[10]

---

percibe una remuneración». El concepto se completa en las SSTJCE de 3 de junio de 1986, *asunto Kempf*, 139/1985, de 23 de marzo de 1982, *asunto Levin*, 53/1981, de 13 de julio de 1989, *asunto Rinner-Kühn*, 171/1988 y de 9 de agosto de 1994, *asunto Le Manoir*, C-27/1991. A su vez, las SSTJCE de 3 de julio de 1986, *asunto Lawrie-Blum*, citada, de 21 de junio de 1998, *asunto Lair*, 39/1986, o de 26 de febrero de 1991, *asunto Antonissen*, C-292/1989, incluyen en tal concepto también al trabajador que solicita empleo, en su condición de activo pese a la pérdida del empleo.

6 Aunque el ámbito de cobertura se extiende incluso después de haber realizado tal desplazamiento y tras el regreso a su Estado de origen, STJCE de 7 de febrero de 1979, *asunto Knoors*, 115/1978.

7 Rec. pp. I-6685.

8 Rec. p. I-0000.

9 Rec. p. I-745.

10 Véase, en el mismo sentido, la Sentencia de 19 enero 1988, *Gullung*, 292/86, Rec. p. 111, apartado 12.

En cualquier caso, la *nacionalidad* la define y determina cada Estado, y el *territorio* viene delimitado por el propio Derecho comunitario, que excluye los territorios de ultramar, respecto de los cuales es necesario que exista acuerdo unánime de los Estados (*v.g.* Islas del Canal y de Man, en el caso de Reino Unido).

El derecho de libre circulación integra el derecho de residencia, *ex* artículo 18.1 TCE, con los límites y condiciones marcados por el precepto y delimitados por la Directiva 90/364/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia,[11] que concedió este derecho a aquellos nacionales que no lo disfrutaran en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, conforme a los requisitos fijados en el artículo 1.2, a discreción de los Estados miembros (STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto *Baumbast*, C-413-99).

Respecto de su alcance subjetivo, el derecho de libre circulación, en el marco de la Directiva n.º 68/360/CEE del Consejo de 15 de octubre de 1968, *sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad* (sustituida por la Directiva 2004/30/CE), abarca también al cónyuge y familiares a cargo del trabajador. De esta suerte, los miembros de la familia del trabajador gozan también del derecho a la residencia y a la permanencia (así como del derecho al acceso al empleo y a la educación y formación profesional) en el territorio del Estado miembro al que se desplace aquél, sin exigir al beneficiario (con derecho derivado del titular) la nacionalidad de un Estado de la Unión.

Los trabajadores nacionales de terceros Estados en cuanto tales (y no en dependencia de su lazo familiar con un ciudadano comunitario) no resultan beneficiarios por el momento del derecho de libre circulación, pues todos los textos declarativos del mismo lo reservan en exclusiva de manera harto explícita para los ciudadanos comunitarios. Precisamente como manifestación de su derecho de ciudadanía y fundamento de la propia organización de Estados que dio en constituirse

---

[11] DO L 180, p. 26.

como Comunidad Europea, puesto que su pretensión no fue otra que la construcción de un espacio inter-estatal de carácter económico que fortaleciera a sus Estados miembros justamente frente a terceros Estados, aun cuando el tercero *en discordia* no fuera precisamente ninguno de los Estados tradicionalmente fuente de emigración hacia Europa.

La Constitución Europea, aún no vigente, introduce una ampliación del alcance del principio de libre circulación respecto de los trabajadores extracomunitarios, al reconocer que la libertad de circulación puede ser acordada para residentes legales en un Estado nacionales de terceros países en su artículo II-105.[12]

Pero entretanto tal previsión tenga desarrollo, será necesario que se celebre alguno de los acuerdos de asociación a los que se refiere el artículo 310 TCE con terceros Estados para que tenga lugar la ampliación del campo subjetivo de la libertad de circulación. En virtud de dicha autorización, la Comunidad ha suscrito convenios o acuerdos de asociación con diversos países u organizaciones, como ya se reseñó en apartados precedentes: así, el Acuerdo de Asociación con Turquía, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad por la Decisión n.º 64/732/CEE del Consejo de 23 de diciembre de 1963, el Acuerdo de cooperación con Marruecos, suscrito en Rabat el 27 de abril de 1976, autorizado por la Comunidad mediante Reglamento (CEE) 2211/78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978, con los países del ACP (*Convenio de Lome* de 15 de diciembre de 1989); con Bulgaria y Rumanía; o con los países CIS; los Acuerdos de Asociación y Estabilización con Macedonia y Croacia, los Acuerdos de Asociación Euromediterráneos, los Acuerdos de Cooperación con Algeria,[13] Líbano y Siria, y los acuerdos

---

[12] Para Corsi, este reconocimiento «rappresenta certamente un riconoscimento anche di valore simbolico, del fatto che la libertà di circolazione non è solamente un privilegio di cittadini europei, ma un diritto fondamentale estendibile a tutti coloro che vogliano muoversi e stabilirsi in uno ‹spazio di libertà sicurezza e giustizia›» (*Ob. cit.*, p. 142).

[13] Acuerdo de 26 de abril de 1976. Aprobado en nombre de la comunidad por Reglamento 2210/78/CEE, del Consejo, de 26 de septiembre de 1978.

con San Marino, Hungría, Polonia, República Checa,[14] República Eslovaca, Letonia, Lituania,[15] Eslovenia[16] y Estonia, que afectan, igual que el Acuerdo Euromediterráneo, a la libre circulación de trabajadores.

Sin embargo, la mayor parte de ellos no afectan al derecho de libre circulación, sino, por el contrario, a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo disfrutadas por los trabajadores en el Estado de residencia. Sólo en el caso del Acuerdo Euromediterráneo y en los acuerdos con San Marino, Hungría, Polonia, República Checa, República Eslovaca, Letonia, Eslovenia y Estonia, se recogen cláusulas relativas a dicho derecho, no obstante sin plena equiparación con los ciudadanos comunitarios, por lo que se ha señalado su mero carácter programático.[17] Y, en todo caso, no han sido en su mayoría objeto de ulterior desarrollo, por lo que han quedado sin verdadera efectividad, a lo que se suma su condicionamiento en algunos de ellos a la situación del mercado laboral y a la existencia de otros acuerdos bilaterales suscritos por los Estados miembros.

Actualmente se encuentra en estudio una iniciativa de Directivas del Consejo para la libertad de circulación de los nacionales de países terceros en el interior de la Comunidad, inspirada en el Tratado de Ámsterdam, cuyo Título IV (visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas), concretamente el artículo 63.4, se refiere a los nacionales de terceros países residentes legalmente en un Estado miembro que trasladen su residencia a otro Estado, que resulta más acorde con la Convención de la ONU de 1990, sobre protección de los trabajadores migrantes, o los convenios de la OIT (*cf*. Convenio 143 y Recomendación 151).

La Directiva en preparación persigue la extensión del derecho a la libre circulación para residentes (en situación de legalidad) en el territorio

---

[14] Acuerdo de 4 de octubre de 1993.
[15] Acuerdo de 2 de junio de 1995.
[16] Acuerdo de 10 de junio de 1996.
[17] Véase PALOMEQUE, *ob. cit*., p. 62.

de la Comunidad, por lo tanto aplicando el mandato de Schengen de supresión total de fronteras interiores, que deja de tener sentido cuando se controlan las fronteras exteriores mediante instrumentos unificados en todo el territorio de la Unión —y, por tanto, no queda al libre arbitrio de los Estados miembros, que pudieran optar por una política más o menos flexible, al reducirse los márgenes de decisión—. Ello obligará a la homogeneización de visados y certificados de residencia en todos los Estados únicos y al establecimiento de un visado comunitario único. Y ha de suponer la eliminación de los diferentes estatutos jurídicos en razón de la nacionalidad y situación personal de cada ciudadano residente en la Unión (familiares de ciudadanos comunitarios de otras nacionalidades, familiares de nacionalidades distintas dentro de una misma familia, etc.), y las trabas de establecimiento en Estado distinto desde un Estado comunitario pese al arraigo demostrado en éste para los ahora incluso «privilegiados» residentes de larga duración.

Pese a todo ello, no faltan las tesis favorables a dicho reconocimiento sobre la base de la normativa vigente, no *de lege ferenda*, que la anclan en la libertad económica del empresario, de forma que se ha llegado a afirmar[18] que la libertad de circulación de los trabajadores, sin distinción de nacionalidades, constituiría una derivación de la libertad económica del empresario, de la que se deduciría la movilidad del personal no comunitario a su servicio, sin la cual el derecho no podría entenderse pleno (al imponerse restricciones a sus facultades directivas integradas en tal derecho como consecuencia de la nacionalidad de su personal).

La aprobación de una Directiva sobre las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, que por el momento es todavía, pese a que fuera ya presentada en el año 2001

---

[18] Véase Corsi. *Ob. cit.*, p. 139.

como tal, una mera propuesta de Directiva del Consejo,[19] la propuesta 2001/0143 (CNS), presentada por la Comisión el 11 de julio de 2001[20] e inspirada en los compromisos nacidos del Consejo Europeo de Tampere, fue rechazada por el Consejo, por lo que el debate sobre la cuestión quedó aplazado hasta que la Comisión llevara a cabo el posterior intento, plasmado en el *Libro verde sobre la gestión de la inmigración económica* de 11 de enero de 2005,[21] que se manifiesta favorable a la armonización de normas y criterios transparentes en la UE para la regulación de la admisión de inmigrantes económicos.

A su vez, el Dictamen del Comité de las Regiones, de 7 de julio de 2005, sobre el Libro verde (COM (2004) 811 final), destaca la necesidad de valorar la posibilidad de adoptar normas mínimas comunes que faciliten la movilidad dentro de la UE para aquellos trabajadores que no sean residentes de larga duración en un Estado miembro, así como de garantizar los derechos civiles y sociales fundamentales a escala comunitaria a los trabajadores inmigrantes que sean ciudadanos de terceros países, mediante una norma integrada. Y sugiere a tal fin la

---

[19] En cuanto respecta a la entrada de nacionales de terceros países con fines de investigación científica, sí se aprobó una Directiva, la 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DO L 289/15, de 3 de noviembre de 2005), que facilita la movilidad con tales fines por periodos superiores a tres meses.

[20] COM (2001) 386 final. De entre las cuestiones más destacables reguladas en la citada propuesta, pueden citarse las siguientes. El objetivo simplificador común de los últimos años también se refleja en la propuesta de creación de un título combinado de residencia y trabajo. Se trataba de regular las entradas de trabajadores según la duración de su estancia, distinguiendo entre los temporeros sin vocación de permanencia del resto. Pero todo ello con respeto del principio de preferencia de contratación de los trabajadores comunitarios (artículo 16 del Reglamento n.º 1612/68) y por lo tanto la condición de empleo de los no comunitarios sólo en los supuestos hasta ahora admitidos, es decir, tras el oportuno análisis de la situación del mercado de trabajo nacional, y con las mismas excepciones vigentes (los compromisos internacionales de la propia UE o de sus Estados miembros).

[21] COM (2004) 811, no publicado en el Diario Oficial.

expedición de un permiso de residencia por búsqueda de trabajo *que permitiría al potencial trabajador solicitar los empleos vacantes*.

También, y en cumplimiento del Programa de La Haya, en diciembre de 2005 se adoptó el Plan de política sobre la migración legal,[22] que, como el texto del propio plan señala, a diferencia de la propuesta de directiva de 2001 sobre migración económica —que se proponía regular las condiciones de entrada y residencia de todos los nacionales de terceros países que ejercen actividades remuneradas y por cuenta propia—, *el presente paquete sólo se refiere a las condiciones y los procedimientos de admisión de un reducido número de categorías de inmigrantes económicos*. Y también se propone establecer los derechos de que disfrutará el nacional del tercer país en materia de empleo, una vez admitido en el territorio de un Estado miembro.

En definitiva, cuando sea aprobado este marco normativo, para el que ser prevé un plazo de elaboración de cuatro años (por tanto, hacia 2009), sí podrá afirmarse la existencia de un auténtico estatuto jurídico, establecido como tal, del trabajador extracomunitario en la Unión Europea, ya que, según se afirma en el mencionado plan, «el objetivo fundamental de este instrumento horizontal es garantizar un marco común de derechos a todos los nacionales de terceros países contratados legalmente y admitidos en un Estado miembro, pero que todavía no han obtenido la residencia de larga duración».

Las propuestas que se realizan dentro de este plan, dominado por una filosofía común: la integración de los nacionales de terceros países, incluye la exigencia de responsabilidades financieras al empleador para evitar la inmigración ilegal, y la Propuesta de Directiva sobre las condiciones de entrada y residencia de los trabajadores estacionales (año 2008), así como otra sobre los procedimientos de regulación de la entrada, la estancia temporal y la residencia de las personas trasladadas dentro de una empresa (año 2009).

---

[22] COM (2005) 669, 21 de diciembre de 2005.

Sin embargo, la polémica aprobación de la llamada Directiva «de retorno», de 5 de junio de 2008, sobre retorno de los trabajadores emigrantes en situación no regularizada, ha abierto de nuevo esta brecha de desigualdad entre ambas categorías de trabajadores, que genera un tercer estatus, frente a los comunitarios y nacionales de terceros Estados: el de nacional de tercer Estado no regularizado.

Por lo que respecta a la influencia de estas categorías sobre la actividad transnacional de las empresas, lo cierto es que su impacto es claro, si se considera que, en el marco de los desplazamientos transnacionales por el territorio de la Comunidad, realizados indistintamente entre diversos Estados, la entrada en el país de destino de un ciudadano no comunitario por periodos que sobrepasan los respectivos límites temporales de estancia turística se encuentra condicionada a la previa admisión específica por las autoridades de cada uno de los países afectados. Sin duda este condicionante no repercute únicamente sobre los propios trabajadores desplazados, sino también sobre las empresas que los desplazan, que, por tanto, encuentran constreñidas sus facultades organizativas, por normas de emigración o extranjería.

3. ACTIVIDAD EMPRESARIAL TRANSNACIONAL Y MOVIMIENTO DE TRABAJADORES

El Derecho Comunitario atiende a la libre circulación de trabajadores por el territorio de la Comunidad europea desde una múltiple perspectiva, al dar regulación específica a los desplazamientos de trabajadores ordenados por empresas transnacionales establecidas en dicho territorio entre diferentes centros de trabajo con sede en Estados distintos.

Se trata de una norma «de conflicto», que resuelve cuál debe ser la ley aplicable cuando la prestación de servicios se realiza habitualmente en un Estado de la Unión Europea —con independencia de que en este supuesto entren en juego normas de conflicto por existir un elemento de extranjería—, pero de forma ocasional o temporal se ejecuta en otro Estado miembro.

La necesidad de regular específicamente estos supuestos, a fin de no generar desigualdades entre trabajadores que coexistieran en un mismo centro de trabajo procedentes de Estados con legislaciones diversas, condujo a la aprobación de la Directiva n.º 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996[23] y a su homóloga Ley española, Ley 45/1999, de 29 de noviembre, *sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*.

La Directiva regula fundamentalmente el trabajo prestado por un trabajador comunitario (o procedente de un país que haya suscrito el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) en otro Estado y cuál deba ser el trato a recibir por tal trabajador en ciertas condiciones básicas de trabajo. Tales condiciones son las relativas a tiempo de trabajo, cuantía de salario, igualdad de trato y no discriminación, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, derechos de intimidad y dignidad de los trabajadores, trabajo a tiempo parcial y derechos sindicales (sindicación, huelga y reunión).

La única particularidad existente y cuya entidad merece su tratamiento autónomo, a juicio del legislador comunitario, es que el traslado o desplazamiento ordenado o dispuesto por el empresario tiene por lugar de destino un país distinto y que este país pertenece a una confederación de Estados como es la Unión Europea. Para tal efecto, se dispone la igualación en las condiciones de trabajo fijadas por las legislaciones nacionales cuando se produzca dicho desplazamiento temporal en el ámbito geográfico de la UE y Espacio Económico Europeo, con los trabajadores sujetos a la legislación del Estado en cuestión al que

---

[23] Véase acerca del tema, entre otros, el número monográfico de la Revista del *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*-Derecho social internacional y comunitario, n.º 27, 2000; Gutiérrez-Solar Calvo, B. *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2000; Casas Baamonde-Mª E. y Del Rey Guanter (dir.). *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. CES, MTASS, 2002.

sea desplazado el trabajador, al disponer que le sea aplicable la *legislación del lugar de destino*, para lo cual se impone al empresario una obligación de recabar la información precisa que le permita entrar en conocimiento de cuáles sean tales condiciones de trabajo vigentes en el país del desplazamiento.[24]

Se trata, en cualquier caso, de un desplazamiento temporal, pues de ser definitivo habría que acudir a las normas de conflicto del Convenio de Roma sobre legislación aplicable a las relaciones contractuales. Se fija para ello en el artículo 3.6 como criterio aproximativo el de un año («la duración del desplazamiento se calculará sobre un periodo de referencia de un año a partir de su comienzo»), y se establece en todo caso que el desplazamiento será por «un periodo limitado» (artículo 2).

La Directiva prescinde del criterio de la nacionalidad, conjugando el criterio de la *lex loci laboris* o ley del lugar de ejecución habitual del trabajo, con objeto de garantizar la armonía de las condiciones de trabajo del trabajador (desplazado) con las de los trabajadores del lugar donde se presta efectivamente el trabajo —aunque no se trata de una obligación de absoluta equivalencia de trato, sino una armonía en ciertas condiciones de trabajo fijadas en la Ley—, y, por consiguiente, estableciendo la obligación del empresario de tratar por igual a todos sus trabajadores, con independencia de su procedencia de distintos establecimientos radicados en Estados diferentes. Esta regla no es absoluta, pues en todo caso la condición exigida es que *se trate de condiciones más favorables que las del lugar de prestación habitual del trabajo*, ante las que aquéllas cederán en caso contrario. Ergo, en tales casos, pesa sobre la empresa el deber de aplicar un doble estatus a los respectivos trabajadores según su adscripción «nacional», aún cuando

---

[24] Para ello cuenta con una doble fuente de información: los órganos competentes en materia de información del Estado de destino, o bien la Administración laboral española, que cumplirá la función de intermediario con aquéllos, ya que se limitará a dar traslado a dicha solicitud (D.A. 1ª. 2).

la prestación tenga lugar en el ámbito de la misma empresa, al derivar la diferencia de régimen de la propia legislación nacional aplicable.

Los requisitos legales que marcan dicha obligación empresarial, según determina el artículo 1.1 de la Directiva, es la presencia de la empresa en un Estado miembro, y que la prestación de servicios se haya contratado para ser ejecutada en dicho Estado, sin perjuicio de que con posterioridad se produzca un eventual desplazamiento al extranjero.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el ámbito de aplicación material de la Directiva se ciñe sólo a determinadas condiciones de trabajo, por lo cual la regulación «temporal» del contrato de trabajo en estas circunstancias quedará sujeta a una pluralidad de regímenes jurídicos, resultante de la aplicación de la norma que determine la Directiva n.º 96/71 para las materias comprendidas en su ámbito de aplicación —tiempo de trabajo, cuantía de salario, igualdad de trato y no discriminación, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, derechos de intimidad y dignidad de los trabajadores, trabajo a tiempo parcial y derechos sindicales (sindicación, huelga y reunión)— y las que indiquen otras normas de Derecho internacional privado, principalmente el Convenio de Roma, para el resto de las condiciones de trabajo ¯con las salvedades de que el propio Convenio de Roma realiza a las materias por el mismo reguladas, así los expedientes de regulación de empleo o cuestiones sujetas a autorización administrativa¯.

En definitiva, a partir de la Directiva n.º 96/71, el criterio que se desprende de dicha norma es que habrá de aplicarse *la norma más favorable al trabajador*, sea ésta la del Estado de prestación habitual de los servicios o la del de destino, salvando las normas de policía y orden público, sujetas al principio de territorialidad (lo que por tanto significa que han de ser aplicables las normas del país de destino en cuestiones como la seguridad e higiene en el trabajo), aun cuando se trate de un trabajador nacional de un Estado no comunitario pero sí residente en uno de ellos.[25] Se trata, en todo caso, de una *norma no dispositiva para la empresa transnacional*.

[25] Con anterioridad, el TJCE se había pronunciado en la sentencia de 3 de febrero de 1982 (*asunto Seco*, C-62/81) a favor de la aplicación del criterio de territorialidad en desplazamientos temporales de nacionales de terceros Estados.

En cuanto interesa a los trabajadores no comunitarios, la aplicación de la Directiva no puede suponer la introducción de trabas adicionales al desplazamiento de los trabajadores de terceros países, en tanto se trata de una situación temporal y contextualizada en el marco de una prestación de servicios transnacional, dentro de los límites fijados por la citada Directiva, que implica la igualdad de trato entre nacionales de la UE y nacionales de terceros países que se encuentran prestado servicios en un Estado miembro de ésta. De ahí el contenido de la STJCE de 21 de septiembre de 2006, asunto C-168/04, que sigue la doctrina sentada en la de 8 de septiembre de 1994 en el *asunto Vanderelst* (C-43/93),[26] a tenor de la cual el artículo 49 del Tratado CE no constituye base para interponer condiciones adicionales a dicho desplazamiento, ligadas a los requerimientos propios del Derecho de extranjería, por lo cual condena a la República de Austria por el establecimiento de dicho régimen jurídico en su legislación nacional (ésta exigía un año de antigüedad en la empresa o la contratación por tiempo indefinido para autorizar el desplazamiento), así como por la denegación automática del permiso de entrada y residencia en dicha especial situación.[27]

4. Actividad empresarial transnacional y representación de los trabajadores

La actividad transnacional de las empresas radicadas en territorio comunitario también es atendida desde la perspectiva de la coordinación transnacional entre centros de trabajo radicados en distintos Estados pertenecientes al territorio de la UE.

---

[26] La citada sentencia consideró no exigible el permiso de trabajo a los nacionales de terceros Estados para el simple desplazamiento temporal del trabajador no comunitario dispuesto por la empresa a otro Estado miembro.

[27] El incumplimiento de la sentencia ha hecho al Estado austríaco de un requerimiento por parte de la Comisión Europea con fecha de 21 de marzo de 2007

El sistema se dispuso en sendas directivas, la Directiva del Consejo n.º 94/95/CE de 22 de septiembre de 1994, *sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria* (modificada por la Directiva n.º 97/74/CE y con las respectivas transposiciones en las legislaciones nacionales de los Estados miembros), y la Directiva n.º 2003/72/CE, del Consejo, *reguladora del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y de la implicación de los trabajadores en la misma*:[28]

a) Sistema de representación/información y consulta en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria: el mecanismo se prevé para empresas de «dimensión transnacional» y «comunitaria». En tales casos, se reconoce a los trabajadores afectados el derecho a constituir, a su opción, bien un comité de empresa común a tales centros con radicación plurinacional, denominado Comité de Empresa Europeo (órgano colegiado y representativo para llevar a cabo información y la consulta a los trabajadores), o bien otro sistema alternativo de información y consulta, aplicable en supuestos de especial trascendencia para el colectivo, así como para la empresa implicada: las decisiones de carácter colectivo y efectos transnacionales en relación con movimientos de plantilla (*v.g.* despidos).

b) Ambos sistemas de participación de los trabajadores somete su utilización a la concurrencia de dos requisitos: 1) que la empresa emplee a mil trabajadores o más en su conjunto; y 2) que ésta cuente

---

(recogido en <http://europa.eu/rapid/pressReleases Action.do?reference=IP/07/354&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en)>.

[28] En España, la Ley n.º 10/1997 de 24 de abril de 1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (modificada por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre), transpuso la Directiva del Consejo n.º 94/45/CE de 22 de septiembre. Y la Ley n.º 31/2006 de 18 de octubre de 2006, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, hizo lo propio respecto de la Directiva n.º 2003/72/CE.

con centros de trabajo en al menos dos países distintos, sumando entre los dos un mínimo de ciento cincuenta trabajadores, así como a la iniciativa de la empresa o de la representación de los trabajadores, a partir de la cual deberá constituirse una mesa de negociación, con sujeción a las normas del Anexo 1 de la Directiva, que deberá asimismo fijar su régimen jurídico de funcionamiento.

c) Con posterioridad, la Ley n.º 31/2006 de 18 de octubre de 2006, *sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europea*, en aplicación al Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y para la transposición de la Directiva 2003/72/CE, del Consejo, reguladora del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y de la implicación de los trabajadores en la misma, vino a regular la participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones que se adopten en las empresas (especialmente con ocasión del proyecto de fusión o de constitución de una sociedad holding, de una filial común o de transformación en una sociedad anónima europea). Esta participación también supone, desde el punto de vista empresarial, la intervención conjunta, más allá del Estado, de los representantes de los trabajadores, para limitar el efecto inmediato de las decisiones empresariales, y someterlas al menos a la consulta previa.

5. Deslocalización de empresas

Si en el apartado precedente se aludía a la hipótesis de la transnacionalidad de la empresa más allá de un solo Estado y la intervención de la legislación comunitaria a dos concretos efectos: a) para nivelar derechos; y b) para dar entrada a la participación de los trabajadores en decisiones de trascendencia colectiva y relevante en cuanto a estructuras de plantillas, y se descartaba la aplicación de dicha normativa, en todo caso con reenvío a las legislaciones nacionales para los supuestos transnacionales no comunitarios, la operatividad internacional de las empresas en el marco europeo plantea un ulterior problema. Concre-

tamente, el fenómeno de la deslocalización de empresas, dentro o fuera de la Unión Europea, suscita singulares problemas desde la perspectiva de la legislación que vincula a dichas operaciones económicas.

En cuanto respecta a la posible intervención de la legislación europea, lo cierto es que se puede plantear una doble disyuntiva: a) la deslocalización o reubicación de centros de trabajo dentro del territorio de la Unión Europea, fenómeno distinto del simple despliegue transnacional; b) la deslocalización fuera de la Unión Europea.

En el primer caso, la situación es hipotéticamente susceptible de plantearse con cierta frecuencia, si se considera la ampliación de la Unión Europea que se está produciendo en los últimos años y que, en periodos de transición hacia la nivelación de estatus y de legislación en los países de nuevo ingreso, facilita el recurso al establecimiento en estos nuevos yacimientos de recursos y mano de obra bajo condiciones económicamente más ventajosas para las empresas, o en todo caso ofrece nuevas expectativas por explorar y explotar. En este caso, el Derecho comunitario no determina la aplicación de una solución de convergencia para limitar por una parte la destrucción de empresas con paralela creación de otras nuevas en tales nuevos territorios, a salvo de los derechos (económicos) reconocidos a los trabajadores afectados por los despidos, como tampoco establece una obligación de respetar otras condiciones de establecimiento y contratación más que las fijadas en la legislación nacional del país de destino.

En el segundo caso, resulta aún más claro que la intervención del Derecho comunitario es nula, y queda limitada al tratamiento de los respectivos despidos, sin que pueda intervenir en la decisión de deslocalizar centros de trabajo o empresas completas para su establecimiento en territorios ajenos a la Unión Europea. Las garantías para los trabajadores, por consiguiente, también desaparecen, especialmente si éstos no son objeto de desplazamiento alguno, como tampoco les alcanzarían de efectuarse el desplazamiento fuera de la comunidad (pues en tal caso, aún de carácter definitivo, tampoco le sería aplicable el

Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, reservado para la existencia de un elemento de conexión con el territorio comunitario).

6. TRABAJOS FRONTERIZOS

Distinto del caso del trabajo para empresas con presencia en diversos Estados de la Comunidad es el hecho de que el elemento de extranjería venga dado por la propia residencia o domicilio del trabajador contratado, en Estado distinto al del domicilio de la empresa, o incluso radicado fuera del territorio de la Unión Europea. Sin embargo, el concepto comunitario de «trabajador fronterizo» se reserva para aquellos que cumplan con ambos criterios «comunitarios», es decir, tanto la residencia del trabajador como el lugar de la prestación de servicios (radicados en ambos casos en el territorio de la UE). De suerte que la separación entre ambos elementos provoca que el trabajador regrese siempre al término de la jornada diaria o semanal a su lugar de residencia (artículo 1 b) Reglamento n.º 1408/71/CEE).

Por lo que se refiere a las condiciones que deban respetar las empresas contratantes de los servicios, el artículo 7 del Reglamento 1612/68 marca un régimen de equiparación con los trabajadores nacionales y residentes en el Estado de la prestación de los servicios. Por lo que, en realidad, la libertad de circulación implica simplemente la aplicación del criterio de la territorialidad de las normas, en función del lugar de prestación de los servicios. Con distinta suerte respecto del régimen jurídico que haya de derivarse de la prestación indistinta de servicios en diferentes Estados, y, por tanto, no reservada a uno en exclusiva, en cuyo caso la situación escapa del concepto de trabajo transfronterizo para converger con otras situaciones ya analizadas, con las que incluso podría solaparse (prestación para distintas empresas radicadas en Estados distintos, uno de ellos el de su domicilio). Y, por supuesto, con sujeción a normas específicas de coordinación por lo que respecta al régimen de protección social, en las que no corresponde entrar aquí, pero que vienen establecidas fundamentalmente en el aún

vigente Reglamento 1408/71 (sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social).

7. Problemas de Derecho Internacional Privado: jurisdicción competente y ley aplicable

7.1. Ley aplicable

La intervención de un elemento de extranjería puede plantear conflictos de ley aplicable, que obliguen a dilucidar qué ley en juego habrá de aplicarse si todos los elementos que configuran la institución jurídica a la que se refiere el conflicto no se encuentran conectados al mismo Estado, ya sea por razón del domicilio de la empresa, o la nacionalidad de las partes implicadas, etcétera. Esta ausencia de arraigo total con un mismo Estado puede venir determinada por la nacionalidad del trabajador.

Pues bien, los conflictos de ley se resuelven con arreglo al criterio prevalente de la territorialidad o *lex loci laboris*, partiendo de la existencia de un elemento de «extranjería comunitaria», y del concepto de «trabajador comunitario» que resulta del Derecho y acervo comunitario (pese a que no exista una definición «auténtica» y unívoca de trabajador en el Derecho comunitario)[29] y que se identifica con aquel trabajador que, siendo nacional de un Estado miembro de la Unión

---

[29] Algunos autores lo deducen del artículo 43 del Tratado CE, *a sensu contrario*, ya que este precepto se refiere a la libertad de establecimiento en relación con actividades no asalariadas. Es el caso de Viñuelas Zahinos (*La libre circulación del abogado en la Unión Europea*, *ob. cit*., p. 73), quien afirma que el concepto extraído de dicho precepto permite concluir que «trabajador comunitario es el nacional de un Estado comunitario que ejerce una actividad por cuenta ajena». Por su parte, Durán López llama la atención sobre la confusión que introduce el término empleado en ciertos idiomas de la Comunidad, mientras otros son más extensivos, como es el caso de España, que permite incluir a los trabajadores por cuenta propia, y no limitarlo a los trabajadores por cuenta ajena o subordinados (Durán López, F. *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*. Madrid: La ley, 1986, p. 31).

Europea, se desplaza por el territorio de la misma. Y, en igual sentido, cuando el elemento de extranjería venga conformado por el establecimiento mercantil o persona física contratante de los servicios, en el marco del libre establecimiento y circulación de bienes y servicios, en cuyo caso también habrá de ser aplicable el concepto comunitario de «establecimiento mercantil» o «empresario», si bien en este caso no existe una definición común o general, sino que habrá que estar en cada caso a la norma de aplicación, sea la que determina la competencia judicial (Reglamento 44/2001), sea la que regula la ley aplicable (Convenio de Roma de 1980).

En última instancia, y cuando no resulten de aplicación las normas comunitarias, habrá que estar a la legislación interna.[30]

En el ámbito europeo, la norma de aplicación preferente para determinar la ley aplicable cuando exista un elemento de extranjería viene constituida por el *Convenio de Roma* de 19 de junio de 1980 *sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*[31] (Convenio 80/934/CEE),[32] en particular su artículo 6, relativo al contrato de trabajo.

---

[30] En el caso español a las normas de Derecho internacional privado, insertas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 25) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 39) en lo que atañe a la delimitación de la competencia judicial internacional, y al Estatuto de los Trabajadores (artículo 1.4) y al Código civil en cuanto respecta a la ley aplicable en razón de la nacionalidad de las partes, o el lugar de la prestación de los servicios o de la contratación de los mismos.

[31] DO L 266 de 9 de octubre de 1980; EE 01/03, p. 36. Ratificado por los Estados español y portugués por convenio de adhesión de 18 de mayo de 1992, firmado en Funchal, 92/529/CEE (Diario Oficial n.º L 333 de 18/11/1992 p. 0001 – 0026), y ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1993. En vigor en España desde el 1 de septiembre de 1992.

[32] Versión consolidada CF 498Y0126 (03). Diario Oficial n.º L 266 de 09/10/1980 p. 0001 - 0019. Edición especial en español: Capítulo 01, Tomo 3, p. 0036. Dicha versión incluye tres declaraciones, una hecha en 1980 respecto de la unificación que debe existir entre las medidas que deben adoptarse respecto a normas de conflicto en el seno de la Comunidad con las del Convenio, una segunda hecha igualmente en 1980 relativa a la interpretación por el Tribunal de Justicia del

Pues bien, el Convenio de Roma condiciona su aplicación, del mismo modo que el Reglamento 44/2001, sobre competencia judicial internacional, a que las materias sobre las que verse el conflicto de leyes no se encuentren excluidas de su ámbito de aplicación.[33]

El criterio preferente, dispuesto en el artículo 3, es el de la *libertad de elección de las partes*, sujeto a la condición de que la elección sea expresa o pueda deducirse indubitadamente de los términos del contrato «o de sus circunstancias». Se permite incluso la multiplicidad de leyes aplicables, puesto que se admite la designación de ley aplicable tanto a la totalidad del contrato como únicamente a una parte del mismo. Dicha libertad de elección alcanza incluso al momento en el que la misma pueda ser efectuada, toda vez que ésta cabe tanto en el momento de celebración del contrato como posteriormente, admitiéndose incluso la alteración de la ley elegida durante la vigencia del mismo, de suerte que la elección queda abierta a su modificación posterior, sin que ello afecte a los derechos de terceros (artículo 3.2). Sin embargo, y

---

Convenio y una tercera, en 1996, relativa al respecto del procedimiento previsto en el artículo 23 del Convenio de Roma en materia de transporte de mercancías por vía marítima, junto con los protocolos relativos a las sucesivas adhesiones al Convenio.

[33] Éste, a pesar de que alcance a las obligaciones contractuales, excluye en su artículo 2 e) las cuestiones relativas a la responsabilidad legal de los socios y de los órganos de las sociedades por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica, lo que en cuanto respecta al contrato de trabajo suscita el grave inconveniente de que escinde en dos las materias que pudieran plantear el conflicto de ley; sujeta en términos generales las reclamaciones derivadas del contrato de trabajo al Convenio de Roma y excluye de su ámbito de aplicación y por tanto defiere su solución a la correspondiente norma de Derecho internacional privado interna, aquellas que supongan exigir responsabilidades legales a los socios directamente, cuando ello resulte conveniente o constituya la pretensión del trabajador para el correcto aseguramiento de las respectivas responsabilidades solidarias a la sociedad y a sus socios en su caso. Conforme a esta exclusión, sólo si se exige responsabilidad al empresario persona jurídica ha de aplicarse el Convenio de Roma y no lo será si se exige responsabilidad a las personas físicas socios de aquélla. Pero, como quiera que las responsabilidades exigidas lo son habitualmente tanto a persona jurídica como a persona física, se planteará una inevitable duplicidad de criterios de determinación de la ley aplicable.

como resultado de la posición más débil del trabajador en el contrato de trabajo, se limita dicha facultad de elección en este caso, y admite el artículo 6 tal elección *siempre y cuando ello no tenga por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable* en virtud del artículo 6.2.

En segundo lugar, el artículo 4 designa subsidiariamente la ley que habrá de regir a falta de elección, acudiendo al criterio de la conexión más estrecha entre el litigio y el país cuya ley haya de ser aplicable (artículo 4.1), para lo cual se dispone idéntica regla a la de la designación por las partes en cuanto a la posible multiplicidad de normas aplicables al mismo contrato de trabajo, puesto que permite la aplicación de distintas normas cuando quepa la separación de una parte del contrato y ésta tuviera una conexión más estrecha con otro país que la que resulta para el resto del contrato, si bien ello tendrá carácter *excepcional*.

Se entiende como lazo más estrecho el lugar de residencia habitual de la parte que debe realizar la prestación característica del contrato (artículo 4.2), esto es, el trabajador (ha de descartarse la referencia a la sociedad, asociación o persona jurídica, puesto que, a pesar de identificarse ésta con la persona del empleador, no realiza la prestación característica del contrato de trabajo, que es la prestación de servicios).

Sin perjuicio de ello, en cuanto respecta al contrato de trabajo, dicha norma es imperativa (según la califica el propio artículo 6.1), pese a que se sitúa como criterio subsidiario a la elección de ley por las partes. En definitiva, el Convenio viene a disponer un régimen acumulativo de criterios todos ellos aplicables al contrato de trabajo (el preferente del artículo 3 y los subsidiarios de los artículos 4 y 6), del que resulta el siguiente orden aplicativo:

1. *Ley designada por las partes*.

2. *Ley del lugar de residencia habitual del trabajador* (en virtud de la más estrecha conexión con el contrato o con una parte de éste).

3. *Ley del país en el que se presten los servicios habitualmente por el trabajador*, a pesar de que se encuentre temporalmente desplazado a otro país (en este caso habrá de entrar en acción la aplicación del artículo 6 de la Directiva 96/71, en virtud de la cual pese a dicha regla general ha de aplicarse la ley del país de destino temporal si resulta más favorable a los intereses del trabajador en las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la citada directiva, y sin perjuicio de que las normas de policía y de orden público se rijan por el criterio de la territorialidad, *ex* artículo 7 del Convenio de Roma).

4. *Ley del país en el que se encuentre el establecimiento contratante, cuando los servicios se presten indistintamente en distintos* Estados (es decir, cuando no haya un único Estado de prestación habitual del trabajo), a salvo del criterio del artículo 4, reiterado en el 6.2 b), de la más estrecha vinculación con otro país, pues en este caso resultará aplicable la ley de éste.

5. Todo ello sin perjuicio de que las *cuestiones formales* se desgajen de los anteriores criterios para someterse a los de los arts. 8 *(consentimiento y validez de fondo)* y 9 *(forma)*, según los cuales dichos extremos se someterán a criterio específico: a) en cuanto al consentimiento y validez de fondo, a la ley que resulte aplicable de acuerdo con el resto de los criterios (los del artículo 6), si bien la prueba del consentimiento puede remitirse, por las partes, a la ley del país de residencia habitual de la parte que niegue haber prestado su consentimiento en defecto de la ley anterior (es decir, cuando esta ley no permita «determinar el efecto de su comportamiento»); y b) en cuanto a la forma, a la ley que lo rija según los criterios señalados del artículo 6.

7.2. Jurisdicción competente

La delimitación de la competencia de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea se rige por el Reglamento comunitario 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de*

resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[34] (publicado en el Diario Oficial, serie L 12 de 16 enero de 2001 y en vigor desde el 1 de marzo de 2002),[35] que viene a sustituir al viejo Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968,[36] del que nació en 1989 el Convenio de Lugano (de 16 de septiembre de 1988),[37] como convenio paralelo de

---

[34] Corrección de errores del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12 de 16.1.2001), Diario Oficial n.º L 176 de 05/07/2002, p. 0047, Diario Oficial n.º L 307 de 24/11/2001 p. 0028.

[35] Sobre el mismo, entre otros, véase ESTEBAN DE LA ROSA, G.-MOLINA NAVARRETE, C. «Reglas de competencia judicial internacional: recientes problemas aplicativos» (I) y (II), *La Ley*, n.º 5245 y 5246, de 12 de febrero de 2001.

[36] JOCE n.º L 204, 1975. Traducción castellana en DOCE, T.I, vol. 01, pp. 186 y ss. Redactado al amparo del artículo 220 del Tratado de Roma (actual 293 TCE) para asegurar la llamada quinta libertad comunitaria —la de libre circulación de sentencias por el territorio de la Comunidad Europea hoy *Unión Europea (*en virtud del *Tratado de la Unión Europea*, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1993)— y la uniformidad de los criterios de atribución de competencia judicial. El Convenio de Bruselas de 1968 significó el establecimiento de un sistema de reglas de competencia judicial uniforme, evitando, además, el recurso al examen de la competencia del tribunal de origen de la sentencia en cuanto a reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. El Protocolo de interpretación de dicho convenio por el TJCE fue firmado en Luxemburgo el 3 de junio de 1971. Por otra parte, el Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, así como por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, se aprobó en Bruselas el 29 de noviembre de 1996.

[37] En efecto, los criterios del Convenio de Bruselas fueron extendidos en virtud del *Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988* (DO L 319 de 25 de noviembre de 1988, p. 9), llamado *Convenio paralelo*, a los países de la *Asociación Europea de Libre Cambio* (EFTA). Dicho convenio «paralelo» resulta de aplicación en los Estados miembros de la EFTA, pero también lo será en las relaciones entre los países miembros de la CEE y los de la EFTA (es decir, en las relaciones entre particulares de ambas Comunidades), no así cuando se trate de resolver asuntos en los que únicamente resulten involucrados nacionales o domiciliados de la Comunidad Europea. El Convenio de Lugano de 1988 fue ratificado por

aplicación a los países miembros de la *Asociación Europea de Libre Cambio* (AELC o EFTA)[38] y a las relaciones surgidas entre éstos y los de la Unión Europea,[39] así como la versión nacida de la adhesión al primero de los Estados Español y Portugués, el Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989 y más tarde en la versión consolidada de 1998).[40]

Ello significa que, en los supuestos en los que se encuentre presente un elemento de extranjería en el contrato de trabajo, la competencia para conocer de las reclamaciones formuladas por cualquiera de las partes corresponderá a los juzgados y/o tribunales que resulten de la aplicación del citado Reglamento comunitario. La razón es que la normativa comunitaria es de aplicación preferente a la legislación interna de los Estados que integran la Unión Europea —lo que en sí presenta la ventaja de que de este modo se evitan conflictos de competencia, pues las del reglamento son normas bilaterales homogéneas para todo

---

España el 19 de enero del año 1994. La adhesión de Austria, Finlandia y Suecia dio lugar a una nueva versión del texto (BOE de 31 de marzo de 1999).

38 Actualmente, Islandia, Noruega y Suiza.

39 Sin embargo, por no ser los países miembros de la EFTA Estados parte en la Unión Europea, el Convenio de Lugano, no siendo tampoco un convenio comunitario —pese a ser paralelo— no puede ser interpretado de forma vinculante por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual carece de competencia para la interpretación del mismo. De ello resulta que no existe un órgano judicial competente para interpretar el Convenio y por tanto no puede asegurarse una interpretación uniforme de éste. De ahí que se incorporara al Convenio un *Protocolo Número 2 sobre la interpretación uniforme del convenio*, en el cual se declara que serán de aplicación los criterios y principios definidos por el TJCCEE en sus resoluciones interpretativas del mismo. Por otra parte, en supuestos de concurrencia de ambos Convenios, resuelve el artículo 52 ter del Convenio de Lugano que será de aplicación prevalente el Convenio de Bruselas (esto es, el Reglamento n.º 44/2001), siempre que el demandado estuviere domiciliado en un Estado de la Unión Europea. Por tanto, estando domiciliado en un Estado miembro de la EFTA, se aplicará el de Lugano, así como en el caso de que se trate de una competencia exclusiva o haya una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de un Estado de la EFTA.

40 DO C 27 de 26 de enero de 1998, p. 1.

el territorio de la Comunidad, que facilitan la correlación *forum-ius*, imposibilitando asimismo la invocación de razones de orden público en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras—.

Ello implica que, en primer lugar, cuando en un asunto a enjuiciar se hallen presentes elementos de extranjería, habrá de determinarse prioritariamente qué juez es el que predetermina la ley, para lo que la primera operación jurídica a realizar es la de verificar cuál es «el origen» de dicho elemento de extranjería, puesto que la normativa comunitaria no resulta de aplicación cuando el mismo no viene conformado por el concepto de «comunitario». Esto es, cuando la extranjería es ajena a los Estados miembros de la Unión Europea a partir del criterio del domicilio, pues en tal caso el instrumento jurídico aplicable habrá de ser otro, el que resulte competente conforme a las normas de Derecho internacional privado nacionales o en su caso a los instrumentos internacionales o acuerdos de tal índole que el país en cuestión tenga suscritos.

Respecto a los criterios fijados en el Reglamento, en primer lugar, su propia aplicación se sujeta a un requisito previo: *que el demandado esté domiciliado en uno de los Estados miembros* (cláusula octava del preámbulo y artículo 3), mientras que, en caso contrario, las reglas aplicables serán las nacionales, pese a que cabe la ejecución en todo caso de las decisiones judiciales aunque el deudor condenado esté domiciliado en un tercer Estado, sin que resulte relevante el criterio de la nacionalidad de las partes.

Si la regla general es la de atribución de competencia la del domicilio de las partes, con exclusión del criterio de la nacionalidad (artículo 2), resulta criterio preferente el del domicilio del demandado (artículo 3.1). De suerte que sólo cabe demandar en materia de contrato de trabajo ante los tribunales de otro Estado de la Unión Europea si concurre alguno de los criterios previstos en las secciones 2, 5 y 7 del capítulo II del Reglamento, que contiene reglas de competencia especial (se trata de normas especiales, según entendía Paul Jenard en su informe al Convenio de Bruselas «porque [...] nombran directamente al tribunal

competente», esto es, designan juez nacional y juez territorialmente competente) y en materia de contratos individuales de trabajo, así como las relativas a la prórroga de competencia, esto es, a la sumisión de las partes, expresa o tácita, a los tribunales de un determinado Estado.

A tal fin, el artículo 18.2 del Reglamento realiza una delimitación del concepto «domicilio del empresario», y entiende por tal el que corresponda al de la *sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento que el empresario tuviera en un Estado miembro de la Unión Europea* si el domicilio efectivo no estuviera situado en dicho territorio.

Y para efectuar tal determinación, el juez o tribunal habrá de realizar una previa calificación del domicilio, para lo cual, según dispone el artículo 59 del Reglamento, deberá aplicar su ley interna o la ley del Estado miembro en el que tenga domicilio el litigante.

Con arreglo al artículo 60, se precisa el concepto de domicilio de las personas jurídicas a efectos de la aplicación del Reglamento, a cuyo efecto se entiende por tal el del domicilio de su sede estatutaria (o, en el Reino Unido e Irlanda, en la *registered office*, o, en su defecto, en el *place of incorporation* o lugar de constitución. Y, subsidiariamente, el lugar bajo cuya legislación se hubiere efectuado la *formation* o creación de aquélla), de su administración central, o de su centro de actividad principal. O, en el caso de un *trust*, de acuerdo a los criterios que fije el Derecho internacional privado de los órganos judiciales a los que se someta el conocimiento del asunto (artículo 60.3).

Pues bien, cuando se trate de un contrato de trabajo, cabe demandar en otro Estado miembro distinto del domicilio del demandado en virtud de los siguientes criterios concurrentes (arts. 5.1 *b*, 19, 21):

1. Ante el tribunal del lugar donde hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, entendiéndose por tal el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios (artículo 5.1. *b*).

2. Si el demandante es el *trabajador*, los fueros alternativos serán:

   a. Los tribunales del Estado en el que estuviera *domiciliado el empresario* (entendiéndose por tales, recuérdese, los que correspondan al domicilio de la empresa, pero también al de cualquier sede, centro o establecimiento de ésta radicado en un Estado miembro, cuando se trate de una empresa domiciliada fuera del territorio de la Unión Europea);
   b. Los del *lugar donde el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo* (aunque no se corresponda con el del domicilio del empresario ni tampoco con el del trabajador) *o el correspondiente al último lugar en el que lo hubiere desempeñado*, introduciendo así la novedad de prever como criterio adicional el del último lugar de prestación de servicios por entenderse este juez más próximo al asunto litigioso (pues es ésta la filosofía que inspira la regulación de dichos criterios, no situar al trabajador en una posición de desventaja que se vulnere su derecho a la tutela judicial como consecuencia del alto coste que le pudiera suponer el desplazamiento a un Estado extranjero para litigar contra el empresario); criterio éste que también facilita la correlación con la ley aplicable, por ser el criterio preferente para la determinación de la ley aplicable en el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; y

   c. *El tribunal del lugar donde estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que lo hubiere empleado*, como criterio subsidiario del anterior, esto es, para el caso de que no exista un lugar habitual de prestación de servicios (sino una pluralidad de Estados en los cuales se desempeñaran indistintamente los servicios), y ello en razón de que este criterio puede ser el que más convenga al trabajador en tales circunstancias, siendo quizás coincidente con el de su propio domicilio personal.

Esta pluralidad de fueros, sin duda, favorece al trabajador y le facilita la reclamación judicial de sus derechos, pero olvida incorporar un criterio que le acerque asimismo al *forum* del lugar donde

temporalmente preste sus servicios con ocasión de un desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional regido por la Directiva 96/71, de 16 de diciembre, que permita al trabajador formular demanda ante los tribunales del lugar donde se encuentre desplazado temporalmente cuando se trate de reclamar derechos sujetos a caducidad inmediata (*v. gr.* reclamación de fecha de vacaciones).

Bien es cierto que dicha cuestión se halla regulada en la citada Directiva (artículo 6), y que precisamente la norma de referencia garantiza al trabajador dicha posibilidad, de suerte que se adiciona a los previstos en el reglamento este otro foro temporal, ya que dicho precepto se remite para ello a «los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial». Amén del criterio de la sumisión, plenamente aceptado por el reglamento en las condiciones que se señalarán —aunque este criterio plantea el inconveniente de introducir un exceso de trabas formales al trabajador, dejando resquicios a la oposición del empleador cuando aquél opte por intentar la sumisión tácita de éste, lo que pudiera demorar la administración de justicia al trabajador desplazado y forzar el desistimiento de éste a la acción judicial en función de la magnitud y/o inmediatez del derecho reclamado, por ejemplo el derecho a vacaciones o a un permiso—.

3. Si el demandante es el empresario, será tribunal competente el del *domicilio del trabajador*, criterio que sin duda facilita la proximidad del juez al trabajador, aun cuando le reste opciones de elección de fueros al empresario, en atención a la posición de debilidad del trabajador en el contrato de trabajo. Como puede apreciarse, esta regla significa tanto como disponer que cuando el demandante sea el empresario no cabrá excepción alguna a la regla general del artículo 3, esto es, que los tribunales competentes serán los del Estado donde se domicilie el demandado.

4. Es prevalente a los anteriores criterios el de la *sumisión expresa* (regulada en el artículo 23) siempre cuando se trate de un acuerdo

atributivo de competencia posterior al nacimiento del litigio o en cualquier caso cuando permita al trabajador la elección de un tribunal distinto a cualquiera de los anteriormente señalados. De suerte que, si el fuero elegido es alguno de los anteriores, sólo será prevalente de haberse pactado expresamente entre ambas partes con posterioridad al nacimiento del litigio, para favorecer de este modo los intereses del trabajador en tanto que parte más débil del contrato de trabajo. Por otra parte, alegada por una de las partes y conocida por el Juez, la sumisión expresa o prórroga de jurisdicción determina que la competencia sea exclusiva (artículo 23.1) e impide que conozca otro tribunal que no sea el designado por las partes, sin mayores restricciones que la natural condición de extranjería del litigio, conformada por el hecho de que ambas partes litigantes tengan su domicilio en diferentes Estados contratantes. Ello sin desconocer que dicho pacto deberá realizarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita o en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieren establecidos entre ellas («a fin de asegurar que el consentimiento de las partes sea efectivamente otorgado»[41]). La admisión de este criterio plantea una nueva dificultad interpretativa, referida a cómo debe interpretarse la propia validez de la cláusula de sumisión, a la que ya se refirió el TJCE en su sentencia de 17 de enero de 1980 en el asunto *Zelger/Salitrini*,[42] remitiéndose a la ley aplicable al contrato. Lo cual evita haber de entrar en el análisis de la validez formal del acuerdo de sumisión, por lo que el tribunal designado resultará competente con independencia de los requisitos formales del artículo 23.[43] Si bien debe advertirse que existen otras resoluciones posteriores contradictorias (*cf*. STJCE de 24 de junio de 1981, asunto 150/80, *Elefanten Schuh GmbH contra Pierre Jacqmain*, que se pronuncia a favor de la ley aplicable al contrato, o de 14 de julio de 1983, asunto *Gerling Konzern*,[44] contraria a

---

41 VALLEJO LOBETE, E. «Comentario a la sentencia sobre el asunto C-214/89 de 10 de marzo de 1992». *Gaceta Jurídica* B-74, mayo 92, p. 24.

42 Rec. 1980, pp. 89-102.

43 En el mismo sentido se había pronunciado el *Informe Jenard-Möller*, párr. 59.

44 Rec. 1983, pp. 2503-2524.

45 DO C-214, p. 89.

46 Ésta prevalece sobre la sumisión expresa (STJCE de 24 de junio de 1981, *asunto Elefanten Schuh c. Pierre Jacqmain*, Recueil 1981, pp. 1671-1700).

que la legislación interna permita al juez nacional excluir la validez de una cláusula contractual, o de 10 de marzo de 1992, *asunto Powell Duffryn/Wolfgang Petereit*,[45] entre otras).

5. Cabe, asimismo, la *sumisión tácita* (regulada en el artículo 24), que no se restringe al empresario, al referirse genéricamente al demandado, aun cuando el supuesto habitual vendrá constituido porque la posición de demandante la ocupe el trabajador. En estos casos, comparecido el demandado sin formular oposición alguna a su competencia (sumisión tácita),[46] el juez no habrá de realizar mayor valoración procesal acerca de su propia competencia si alguna de las partes se encuentra domiciliada en el territorio de la UE (ya que en este caso la competencia judicial se regirá por la ley nacional del Estado miembro ante el que se intente litigar, constituyendo excepción sólo la existencia de cláusula de sumisión expresa, artículo 4.1), pues no existen fueros inderogables o competencias exclusivas en materia de contratos de trabajo en el Reglamento 44/2001 (salvo en cuanto se refiera a la ejecución de la sentencia que haya de dictar dicho órgano judicial, según dispone el artículo 22.5).

Con idéntica numeración, el artículo 5.5 del Reglamento establece un *forum* competencial cuando el litigio sea relativo a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, en cuyo caso será competente, además del lugar del domicilio del demandado (regla general del artículo 3), el del lugar donde se hallaren sitos tales sucursales, agencias o establecimientos.

La cuestión en este caso es si puede entenderse aplicable este criterio a los litigios sobre contratos de trabajo, toda vez que en este supuesto el asunto litigioso no es precisamente la explotación del establecimiento, sino la relación de trabajo con el titular del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

ADRIÁN ARNÁIZ, A.J.

1997 «Entre el pasado y el futuro de la libre circulación de personas: la Sentencia Bosman del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». *Revista de estudios europeos*, n.º 16, pp. 51-64.

2002 «Nuevas perspectivas legales en la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea». *Información laboral*. Legislación y convenios colectivos, n.º 35, pp. 5-22.

AZURMENDI INCHAUSTI, M.

2003 «Los Derechos y la Integración Social de los Inmigrantes en Europa». En AA.VV.: *Hacia un Derecho unitario europeo en materia de extranjería*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

BAUER, T. K., M. LOFTSTROM y K.F. ZIMMERMANN

2000 «Immigration Policy, Assimilation of Immigrants and Natives Sentiments towards Immigrants: Evidence from 12 OECD Countries». *Swedish Economic Policy Review*, 7, pp. 11-53.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.

2003 «La *aplicación* del derecho del trabajo en el espacio internacional», *Actualidad Laboral*, n.º 3, pp. 669-697.

BLÁZQUEZ PEINADO, M.D.

2004 «El derecho de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril». *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 233, pp. 18-32.

Blázquez Rodríguez, I.
2001 *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*. Córdoba: Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba.

Botana López, J.M.
1997 «La libertad de circulación de los trabajadores comunitarios y de los países con tratados de asociación», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º X, pp. 111-143.

Casas Baamonde-Mª E. y S. Del Rey Guanter (dir.)
2002 *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. CES, MTASS.

Comisión Europea
2005 *Libro verde sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas*, presentado por la Comisión el 14 de enero de 2005.

Cordero Zárraga, E.
2006 «La Directiva de servicios (Directiva Bolkestein)». *Unión Europea Aranzadi*, vol. 33, n.º 12, pp. 41-42.

Corsi, C.
2004 «Los extranjeros extracomunitarios». En AA.VV. E. Álvarez Conde y E.Garrido Mayol (dirs.). *Comentarios a la Constitución Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Dastís Qucedo, A.
1989 «Los beneficiarios de la libre circulación de trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 55-56, pp. 117-124.

Durán López, F.
1986 *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE*. Madrid: La Ley.

1989 «Normativa laboral de la CEE en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencias de empresas». *Economía y sociología del trabajo*, n.º 4-5, (ejemplar dedicado a: La política social comunitaria), pp. 160-172.

DURÁN LÓPEZ, F.
1998 «Globalización y relaciones de trabajo». Civitas. *Revista española de derecho del trabajo*, ISSN 0212-6095, n.º 92, pp. 689-888.

ESTEBAN DE LA ROSA, G. y C. MOLINA NAVARRETE
2002 *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*. Comares.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.
1991 «Trabajadores comunitarios: Delimitación del sujeto activo del derecho a la libre circulación». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 83, pp. 91-100.

FERNÁNDEZ DE SOTO BLAS, M. L.
1997 «Utopía y realidad de la condición de ciudadano de la Unión Europea». Tesis doctoral, Universidad San Pablo, Madrid. Disponible en la Biblioteca virtual Miguel de Cervantes.

GIL MENA, M.L.
1992 «Consideraciones sobre los conceptos de «nacionalidad» y «territorialidad» respecto de la libertad de circulación de los trabajadores por cuenta ajena». *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XXIV, pp. 365-377.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.
2000 *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi.

Illamola Daus, M.
2001 «El estatuto jurídico de los trabajadores nacionales de terceros Estados: especial referencia al acuerdo de asociación con Turquía». Tesis Doctoral, Universitat de Girona..

Landa Zapirain, J.P.
1990 «Libertad de establecimiento y empresas multinacionales», *Actualidad Laboral*, n.os 11 y 12.

Lirola Delgado, M.I.
1994 «Libre circulación de personas y Unión Europea». Madrid: Civitas.

Lousada Arochena, J. F.
2002 «La libertad comunitaria de circulación de los trabajadores y la legislación aplicable al contrato de trabajo». En AA.VV. *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*. Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General el Poder Judicial, Madrid.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
2000 Número monográfico de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Derecho social internacional y comunitario*, n.º 27.

Molina Navarrete, C.
2000 «Un derecho ‹mítico›: los persistentes dilemas jurídicos de los grupos de sociedades». En *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, pp. 667-686.

Monereo Pérez, J.L. y C. Molina Navarrete
2002 *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*. Comares.

MOLINER TAMBORERO, G.
1992 «La libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia». *Revista de Treball*, n.º 18.

PALOMEQUE, M. C.
2002 «El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (el concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)». en AA.VV.: *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*. Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

QUIRÓS FONS, A.
2004 «Refundición de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: Propuesta de Directiva de 2003». *Aranzadi Social*, n.º 20/2003.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.
1989 «Libertad de establecimiento y de prestación de servicios en la CEE». AL, n.º 33.

RIVAS VALLEJO, M.P.-MARTÍN ALBÀ, S.
2001 «Los desplazamientos temporales de trabajadores españoles al extranjero: efectos Laborales y Tributarios». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Derecho social Internacional y Comunitario, n.º 27.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.
1986 «La libre circulación de personas en el ámbito de la CEE». *Relaciones Laborales*, n.º 8.

ROJO TORRECILLA, E.
2001 «Los derechos sociales y laborales ante la globalización económica». En AA.VV. Francina Esteve García (coord.). *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*, pp. 61-80.

Sala Franco, T.
1989 «La libre circulación de los trabajadores asalariados y la protección del emigrante». AL, n.º 31-32.

Valle Gálvez, J.A. del
1998 «La refundición de la libre circulación de personas. Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, año 2, n.º 3, pp. 41-78.

Vallejo Lobete, E.
1999 «Las excepciones a las libertades de establecimiento, circulación de personas y servicios motivadas por razones de orden público, seguridad y salud pública». *Gaceta Jurídica de la CEE y de la Competencia*, febrero.

Vázquez Pascual, D.
1995 «La libre circulación de personas en la Unión Europea». En AA.VV. Pilar Charro Baena y Salomé Adroher Biosca (coords.). *La inmigración: derecho español e internacional*. ISBN 84-7676-308-5, pp. 663-704.

Villaescusa Meroño, F.
2006 «La ciudadanía europea y el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros de la Unión Europea». *Revista General de Derecho*, n.º 1.

PARTE IV:
La Organización Mundial de Comercio

La Evolución histórica y estructura en la OMC

Rosa María Fernández Egea
Esther López Barrero
Ana Manero Salvador

La Evolución histórica y estructura de la OMC

Rosa María Fernández Egea
Esther López Barrero
Ana Manero Salvador

Sumario: 1. Del GATT de 1947 a la OMC.— 2. El marco jurídico e institucional de la OMC.— 2.1. La membresía y la estructura institucional.— 2.1.1. Los miembros y los observadores.— 2.1.2. El sistema institucional.— 2.1.3. La toma de decisiones.— 2.2. La estructura sustantiva de los acuerdos que conforman la OMC.— 2.2.1. Los acuerdos multilaterales: sus tres bloques materiales: mercancías, servicios y derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.— 2.2.2. Los acuerdos plurilaterales.— 2.3. Los principios básicos del sistema multilateral del comercio internacional.— 3. Sistema normativo de la OMC.— 4. Análisis de la actualidad.—

1. Del GATT de 1947 a la OMC

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es un organismo internacional que se ocupa de la regulación y del funcionamiento del sistema multilateral de comercio. En su seno, los Estados se reúnen para establecer las normas que han de regir los intercambios comerciales, así como para resolver las posibles diferencias que surjan entre ellos.[1]

A pesar de la gran relevancia de esta materia, la OMC apenas existe desde 1996. Ello no quiere decir que hasta entonces no existiera un sistema multilateral de comercio, sino que éste se encontraba articulado

---

[1] Véase, a este respecto, la presentación que la propia OMC hace en su página web: <http:www.wto.org> (consultada el 30/5/2008).

en torno al Acuerdo sobre Comercio y Aranceles Aduaneros —más conocido como GATT, por sus siglas inglesas: *General Agreement on Tariffs and Trade*— y mucho antes en el marco de Tratados, la mayor parte, de carácter bilateral. Veamos brevemente cuáles fueron los orígenes de esta organización.[2]

Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial se extendió la idea de que los tratados internacionales de libre comercio beneficiaban al desarrollo económico y, por extensión, al desarrollo humano, social y ambiental. La liberalización del comercio se consideraba, además, un instrumento eficaz para afianzar la paz mundial. Ello explica que desde las Naciones Unidas se acogiera favorablemente la propuesta de EE.UU. y Reino Unido de establecer un sistema multilateral de comercio que evitara la reproducción del proteccionismo comercial que caracterizó al periodo de entre guerras.[3] Se comenzaron a preparar las bases para el nacimiento de una nueva organización internacional: la Organización Internacional del Comercio (en adelante, OIC), aprobándose un primer borrador de carta constitutiva en agosto de 1947 en Ginebra (Suiza). Aunque el texto definitivo de este acuerdo se adoptó finalmente en la Conferencia de La Habana (finales 1947 hasta marzo de 1948), éste nunca llegó a entrar en vigor.[4]

---

[2] Sobre la génesis del sistema multilateral de comercio, véase Jackson, J. H. *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*. Segunda edición. Cambridge: The MIT Press, 1999, pp. 31-78; y en lengua española, los siguientes trabajos: Bermejo García, R. y L. San Martín Sánchez De Muniaín. «Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: Análisis y perspectivas de futuro». *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XII, 1996, pp. 147-200; Díaz Mier, M. *Del GATT a la Organización Mundial del Comercio*. Madrid: Síntesis, 1996, p. 30 y ss. y Fernández Rozas, J. C. *Sistema del comercio internacional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 37.

[3] Torrent Macau, R. «La Organización Mundial del Comercio dentro del orden económico internacional. Una visión introductoria desde una perspectiva institucional». En F. Esteve García (coord.). *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*. Girona: Universitat de Girona, 2001, p. 17 y ss.

[4] La Carta nunca fue aceptada por el Congreso de los EE.UU., lo que provocó que el resto de países desistieran de obligarse por ella (véase Jackson, J. H. «The

De forma paralela a la creación de la OIC tuvo lugar una ronda de negociaciones sobre comercio y aranceles, de la que surgieron los «Procedimientos» para hacer efectivas ciertas disposiciones de la Carta de la OIC.[5] Estos acuerdos fueron los que se materializaron en el texto del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (más conocido por las siglas GATT del inglés *General Agreement of Tariffs and Trade*) firmado el 30 de octubre de 1947. La aplicación provisional del GATT a partir del 1 de enero de 1948 entre las partes contratantes, gracias a un Protocolo de Aplicación Provisional,[6] cubrió el vacío dejado por la *non nata* OIC. No obstante el GATT nunca entró en vigor formalmente.

Durante los casi cincuenta años de aplicación provisional del GATT se impulsaron en su seno una serie de rondas de negociaciones con objeto de seguir avanzando en el proceso de apertura de los mercados de bienes.[7] Las primeras rondas se centraron básicamente en la reducción de los aranceles, constituyendo la Ronda Tokio la primera en la que se abordó la reducción de las barreras no arancelarias al comercio.

A medida que fueron introduciéndose nuevos ámbitos y objetivos en las negociaciones —y ampliándose el número de partes en el GATT— se hicieron más evidentes las insuficiencias del Acuerdo General. Consecuentemente, y dadas las dificultades para modificar el GATT, los Estados partes adoptaron una serie de códigos, dando lugar a una dispersión normativa que marcó la agenda de la ronda de negociación que se abrió en Punta del Este en 1986, esto es, la Ronda Uruguay. Sin duda,

---

World Trade Organization and the 'Sovereignty' Question». *Legal Issues in European Integration*, vol. 1, 1996, p. 180).

5 Oficialmente se llamaban: «Procedures for Giving Effect to Certain Provisions of the Charter of the International Trade Organization by Means of a General Agreement of Tariffs and Trade Among the Members of the Preparatory Committee».

6 Jackson, *ob cit.*, 39 y ss.

7 En total han sido ocho: la Ronda Ginebra (1947), la Ronda Annecy (1949), la Ronda Torquay (1951), la Ronda Ginebra (1956), la Ronda Dillon (1960-1962),

la Ronda Uruguay ha sido la más ambiciosa de todas las celebradas hasta la fecha y la que ha introducido mayores cambios en el sistema multilateral de comercio. Tras ocho años de negociaciones, el 15 de abril de 1994 se firmó el Acta de Marrakech por la que se aprobó la creación de una Organización Mundial de Comercio.

Además de un complejo marco normativo que ya no se limita al comercio de mercancías,[8] la OMC ofrece al comercio internacional un marco institucional que formaliza y perfecciona al que *de facto* surgió del GATT de 1947.[9]

Al Acuerdo sobre la creación de la OMC (en adelante, el Acuerdo sobre la OMC) se acompañaban en Anexos una serie de acuerdos multilaterales, cuatro acuerdos plurilaterales, así como numerosas decisiones y aclaraciones.[10] Junto a éstos figura el ahora denominado «GATT de 1994»,[11] que al igual que el Acuerdo sobre la OMC y el resto de los acuerdos anexos a él, entró en vigor el 1 de enero de 1995.

2. El marco jurídico e institucional de la OMC

2.1. La membresía y la estructura institucional

Los miembros y los observadores

Como se ha señalado, la OMC descansa sobre la idea de crear una regulación comercial internacional. De ahí que, a la hora de definir

---

la Ronda Kennedy (1964-1967), la Ronda Tokio (1973-1979) y la Ronda Uruguay (1989-1965). Actualmente nos encontramos en la Ronda Doha. Sobre esta última, véase el epígrafe 16.4.

8 Véase el epígrafe 12.2.2.1.

9 Véase el epígrafe 12.2.1.

10 Véase el epígrafe 12.2.2.

11 El GATT de 1994 no es otro que el GATT de 1947 con las subsecuentes modificaciones, entendimientos sobre determinadas disposiciones y las obligaciones arancelarias negociadas y aprobadas durante la Ronda Uruguay.

quiénes pueden formar parte de la organización, el elemento diferenciador sea la competencia económica exterior, y no la plena soberanía estatal como ocurre en la mayoría de las organizaciones internacionales. En este sentido, el Acuerdo sobre la OMC en su artículo XII.1 establece que «todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales podrá adherirse al presente Acuerdo en condiciones que habrá de convenir con la OMC». Por tanto, la membresía de la OMC está compuesta por Estados y por territorios aduaneros independientes.

Los Miembros de la organización se clasifican, según el propio Acuerdo sobre la OMC, en Miembros iniciales y Miembros adheridos. Desde el punto de vista de los derechos y obligaciones que les corresponden no existe ninguna diferencia entre estos dos grupos. La clasificación reposa exclusivamente en el mecanismo de acceso empleado. Así, se consideran Miembros iniciales, según el artículo XI.1, aquellos que, habiendo sido Partes Contratantes del GATT de 1947, habían aceptado tanto el Acuerdo sobre la OMC como los demás Acuerdos Multilaterales anexos y habían cerrado sus Listas de Concesiones en el ámbito de las mercancías (GATT) y de los servicios (GATS) en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.[12] Junto a estos se considera también Miembro inicial a las Comunidades Europeas.

El resto de los Miembros de la OMC son Miembros adheridos, es decir, que han seguido el procedimiento establecido en el artículo XII del Acuerdo sobre la OMC, así como en las decisiones sobre el procedimiento de adhesión, para incorporarse a la organización. El procedimiento que deben seguir los Estados o territorios aduaneros que quieran pasar a ser Miembros de la OMC se inicia con la solicitud del

---

[12] A fecha de 1 de enero de 1995 sólo 81 Estados y territorios aduaneros independientes habían cumplido con las formalidades establecidas en el artículo XI del Acuerdo sobre la OMC. Véase Montañá Mora, M. *La OMC y el reforzamiento del Sistema GATT*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 24.

aspirante a Miembros presentada al Director General de la OMC, según el modelo contenido en el documento WT/ACC/1.[13] El Director General da traslado de la solicitud a todos los Miembros, para que la examinen y, reunidos en el Consejo General, decidan si la admiten y crean un «grupo de trabajo» —llamado grupo de adhesión— para que gestione la adhesión, o si la rechazan. Como regla general, salvo que exista algún defecto formal insalvable (por ejemplo que el solicitante no sea Estado o territorio aduanero independiente), el Consejo General admite las solicitudes de adhesión y aprueba la creación del grupo de adhesión correspondiente para la gestión de las negociaciones. La admisión de la adhesión implica la concesión del estatuto de observador temporal al Estado o territorio aduanero independiente durante el periodo de tiempo que duren las negociaciones de adhesión.

En el desarrollo de las negociaciones de adhesión se emplean dos cauces: por un lado, los debates y consensos logrados dentro del grupo de adhesión, en el que participan cerca de treinta Miembros junto con el solicitante, apoyados por la Secretaría de la OMC en el desarrollo de sus labores. Y, por otro, las negociaciones bilaterales que el solicitante mantiene con determinados Miembros, a fin de concretar las concesiones que formarán parte de los compromisos que asuma en su incorporación a la organización.

Los acuerdos de la adhesión se recogen en el Protocolo de Adhesión, que es un tratado internacional por el que el solicitante se incorpora a la organización y en el que se contienen todas las obligaciones y derechos que se le van a aplicar.[14] Una vez concretados todos los extre-

---

[13] Este documento contiene el procedimiento básico a seguir en el desarrollo de las adhesiones y ha sido reformado en varias ocasiones, siendo la última versión la contenida en el documento WT/ACC/10/Rev. 3, de 28 de noviembre de 2005.

[14] Los Protocolos de Adhesión constan de tres partes. La primera está dedicada a las disposiciones generales, e incluye las cláusulas formales de adhesión del nuevo Miembro al Acuerdo sobre la OMC, así como a sus anexos multilaterales, la aceptación de alguno de los acuerdos plurilaterales en su caso, y aquellos otros acuerdos o compromisos a los que hayan llegado la organización y el nuevo Miembro en referencia a la aplicación o no de algún extremo concreto de las obligaciones del sistema. También se incorpora en esta parte el informe del grupo

mos del Protocolo de Adhesión, éste se somete a la Conferencia Ministerial o al Consejo General para su aprobación.

Por lo que respecta a los derechos y obligaciones que les corresponden a los Miembros, su incorporación les obliga a cumplir lo prescrito en los tratados, incluidos los Protocolos de Adhesión, así como los acuerdos y compromisos específicos que hayan asumido. En concreto, asumen las obligaciones económicas y las burocráticas. Con las económicas se comprometen a nutrir el presupuesto de la organización, de acuerdo con la cuota que les corresponda.[15] Mientras que las burocráticas les constriñen a realizar las notificaciones sobre su práctica política y legislativa cuando lo exijan los acuerdos, a facilitar documentación sobre su situación económica y comercial cuando se les requiera, y a cumplir con los informes de revisión del Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales (MEPC). En cuanto a los derechos, cabe destacar que al ser la OMC una organización de carácter abierto, la condición de Miembro habilita a su titular a participar en todos los órganos del sistema, salvo los casos excepcionales de órganos restringidos,[16] igualmente les concede la po-

---

de adhesión, que contiene la revisión de la política y legislación comercial del nuevo Miembro y las conclusiones y compromisos que contrae. En la segunda parte se anexan las Listas de Compromisos Específicos, o Listas de Concesiones. Y, finalmente, la tercera recoge los temas generales típicos de los tratados internacionales, ratificación, entrada en vigor, depósito y denuncia, básicamente.

15 La cuota que debe pagar cada Miembro se calcula bianualmente sobre la base de las cifras del comercio de mercancías, servicios y derechos de propiedad intelectual que le correspondan al Miembro en comparación con el comercio global. Para los Países en Desarrollo y para los Menos Adelantados se establecen unas cuantías fijas, pequeñas, que tienen más bien una finalidad significativa. Véase el documento WT/L/156, de 5 de agosto de 1996, *Reglamento financiero de la OMC*.

16 Los únicos órganos de composición restringida de la OMC son el Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos, los grupos de adhesión, el Órgano de Apelación y los grupos especiales o paneles. En los dos primeros casos se restringe el número de Miembros por razones de operatividad, para evitar que se bloquee el funcionamiento de estos órganos y para que se actividad se desarrolle de manera más ágil. Mientras que en los dos últimos casos, al tratarse de órganos técnico-jurídicos del Sistema de Solución de Diferencias, no sólo se limita su número de participantes, sino que se elimina la posibilidad de que

testad de recibir toda la información que haga circular la Secretaría, a iniciativa propia o a instancia de algún órgano o de algún Miembro.

Además de los Miembros, participan en la vida de la organización los que hayan adquirido la condición de observador. Hay dos tipos de observadores en la OMC: los temporales y los permanentes. Son observadores temporales los Estados o territorios aduaneros independientes que están negociando su adhesión, desde que se inicia dicho procedimiento, hasta que se aprueba su Protocolo de Adhesión. Generalmente, se otorga la cualidad de observador temporal por un plazo de cinco años, tiempo que se estima suficiente para culminar el procedimiento de adhesión. No obstante, tal condición se prorroga hasta el momento de la incorporación del sujeto como nuevo Miembro. La finalidad de la concesión de este estatuto es que el futuro nuevo Miembro vaya acercándose al derecho de la OMC y al funcionamiento de la organización, de manera que su posterior incorporación resulte más sencilla. La concesión de este estatuto habilita a su titular a participar en todos los órganos del sistema, con voz pero sin voto, y le obliga a cumplir con una serie de cargas económicas y burocráticas, menores que las de los Miembros, pero similares a ellas.

Por su parte, son observadores permanentes las Organizaciones Internacionales Gubernamentales.[17] Estos sujetos de derecho internacional no pueden ser Miembros de la OMC; sin embargo, si desean participar en la organización, se les permite solicitar el estatuto de observador, en algunos órganos del sistema, o en varios de ellos.[18]

---

representantes de los Miembros, en calidad de tales, participen en ellos, para salvaguardar su independencia y, en último caso, la del propio Sistema de Solución de Diferencias.

17 Junto a las Organizaciones Internacionales, la Santa Sede tiene la condición de observador permanente.

18 La Secretaría de la OMC publica la información actualizada de las organizaciones internacionales que pueden participar en los diferentes órganos a través de su página web, en concreto en la dirección <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/igo_obs_s.htm> (consultada 30/06/2008).

Al igual que los observadores temporales, los observadores permanentes pueden asistir e intervenir en las reuniones de los órganos en los que hayan sido admitidos con voz, pero sin voto.

El sistema institucional

Una de las grandes reformas de la Ronda Uruguay fue la creación de una organización internacional *de iure*, a la que se le atribuyó personalidad jurídica propia y que contaba con todos los elementos constitutivos de las organizaciones internacionales, entre ellos, un sistema institucional estructurado. El diseño básico del sistema institucional se fijó en el Acuerdo sobre la OMC y respondía a la estructura que por la práctica se había ido conformando durante los años de vigencia del GATT de 1947.[19]

La estructura institucional de la OMC se puede calificar de completa y compleja. Es completa porque, además de contar con órganos encargados de crear y gestionar las normas y obligaciones situadas bajo la organización (Conferencia Ministerial, Consejo General, distintos consejos y comités, grupos de trabajo), cuenta también con un entramado organizativo destinado a la supervisión del cumplimiento de las normas —nos referimos al organigrama del SSD y el Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales—. Por otra parte, es compleja por el elevado número de órganos que la componen, que dan respuesta a las materias y actividades situadas bajo la gestión de la organización, por la amplia composición de la mayoría de los mismos y por la relativa facilidad para su creación.[20] Desde el punto de vista de la participación de los Miembros en el sistema institucional, a la OMC se la puede

---

[19] Sobre la evolución del sistema institucional del GATT de 1947 resulta interesante consultar Organización Mundial del Comercio. *Índice Analítico. Guía de las normas y usos del GATT*. Vol. 2. Ginebra: OMC, 1995, pp. 1205-1257.

[20] Muchos de los órganos los crean los propios acuerdos. No obstante, los reglamentos internos de funcionamiento de los diferentes órganos les otorgan a estos la posibilidad de crear nuevos órganos, en caso de que lo consideren necesario.

definir como una organización abierta, dado que todos sus Miembros pueden participar en todos los órganos que conforman su sistema institucional, salvo tasadas excepciones.[21]

Para lograr una exposición más clara del sistema institucional, nos vamos a acercar a su estudio clasificando sus órganos en tres grupos: órganos políticos; órganos de supervisión y control; y el órgano administrativo del sistema, la Secretaría de la OMC.

La mayoría de los órganos que conforman el organigrama de OMC son órganos políticos que tienen atribuida la misión de debatir sobre las materias cuya competencia tienen asignada, o sobre el funcionamiento del comercio internacional en general, y que, en algunos casos, pueden adoptar decisiones vinculantes para los Miembros sobre sus áreas de autoridad. Estos órganos están compuestos por representantes de los Miembros que actúan como tales, es decir, participan en los órganos bajo las directrices que les marcan sus Estados o territorios aduaneros independientes de origen. El entramado institucional político de la OMC podemos decir que se estructura de forma piramidal. La cúspide del sistema la ocuparía la Conferencia Ministerial y el Consejo General; a continuación se situarían los Consejos Sectoriales, como órganos intermedios a los que se les sitúa como supervisores de un bloque comercial (mercancías, servicios o derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio); y, finalmente, en la base se encontraría un nutrido grupo de consejos, comités y grupos de trabajo encargados del control de un acuerdo (Comité de Agricultura, Comité de Valoración en Aduanas, etcétera) o de algún área en concreto de la organización (Comité de Comercio y Desarrollo, Comité de Acuerdos Regionales, grupos de adhesión, etcétera).

---

[21] Véase nota 16 de este mismo capítulo.

CONFERENCIA MINISTERIAL
(archivo corel)

Cuadro 1: Estructura Institucional de la OMC. Fuente: Secretaría de la OMC, www.wto.org

La Conferencia Ministerial es el órgano supremo de la organización. En ella pueden participar todos los Miembros. Como órgano supremo es la encargada de marcar la línea política por la que discurrirá la organización. En este sentido, en concreto, tiene atribuida la competencia para debatir y tomar decisiones sobre cualquier aspecto de las materias abarcadas por sus acuerdos, así como aquellas otras no incluidas, pero que los Miembros consideren oportuno tratar.[22] La Conferencia Ministerial no es un órgano de funcionamiento continuo, sino que se reúne cada dos años, normalmente fuera de la sede de la organización.[23]

En los periodos entre Conferencias Ministeriales es el Consejo General el que asume las funciones de la misma. El Consejo General, segundo órgano en importancia en el organigrama de la OMC, se encarga, por un lado, de ejecutar y supervisar que se cumplen los acuerdos adoptados en la Conferencia Ministerial y, por otro, desarrolla las funciones que directamente le atribuyen los tratados, como supervisar el funcionamiento de todos los órganos del sistema, bien directamente o bien a partir de los informes que le presentar los Consejo Sectoriales. Según el artículo IV del Acuerdo sobre la OMC, el Consejo General se puede reunir bajo tres formas diferentes: como Consejo General, como Órganos de Solución de Diferencias y como Órgano de Examen de Políticas Comerciales, dependiendo de las funciones que vaya a desarrollar.[24] En los tres casos, se trata de órganos de composición abierta, en los que pueden participar representantes de todos los

---

[22] Artículo IV del Acuerdo sobre la OMC.

[23] Hasta la fecha se han celebrado seis Conferencias Ministeriales: Singapur 1996, Ginebra 1998, Seattle 1999, Doha 2001, Cancún 2003 y Hong Kong 2005.

[24] La posibilidad de que el Consejo General se reúna bajo formas diferentes ha sido calificado por M. Montañá Mora como los *alter ego* del Consejo General. Véase Montañá Mora, *ob. cit.*, p. 66.
En realidad de lo que se trata es de separar las funciones puramente políticas, que desarrolla el Consejo General, de las de supervisión más jurídica, que recaen sobre el Órgano de Solución de Diferencias, o de las exclusivas de supervisión política, atribuidas al Órgano de Examen de Políticas Comerciales.

Estados Miembros, así como los observadores que hayan sido admitidos. Cada uno de ellos se reúne y regula sus reuniones por su propio Reglamento de Funcionamiento.[25]

Los Consejo Sectoriales de Mercancías, Servicios y Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio son órganos intermedios del sistema. Cada uno de ellos se encarga de la supervisión de algún sector comercial, coordinando los órganos inferiores que gestionan algunos de los acuerdos que caen bajo su competencia. La labor de estos consejos, lejos de resultar redundante, es importante para auxiliar al Consejo General, puesto que sirven de filtro de los posibles problemas que puedan aparecer en los órganos inferiores, y dotan de uniformidad a la gestión de los acuerdos por bloques.

Completan el organigrama de los órganos políticos los comités y consejos encargados de gestionar algún acuerdo en concreto o alguno de los aspectos transversales importantes para el desarrollo del comercio internacional. Así se pueden citar el Comité de Comercio y Desarrollo, el de Restricciones por Balanza de Pagos, el de Agricultura, el de Valoración en Aduanas, el de Normas de Origen, etcétera. La lista de este grupo es nutrida y como norma general todos los Miembros pueden participar en las reuniones de cada uno de estos órganos. En cuanto a las competencias que tienen atribuidas, varían mucho de unos a otros. En general, todos pueden debatir sobre las materias relacionadas con las políticas y actuaciones de los Miembros que caen dentro de su ámbito de competencias; también la mayoría se encargan de supervisar el estado de las notificaciones que los Miembros tienen obligación de hacerles, y todos están obligados a presentar anualmente un informe sobre su funcionamiento al órgano superior del que dependen (bien el Consejo Sectorial correspondiente, bien el Consejo General directamente). Donde más diferencias aparecen es en la capacidad

---

[25] Las normas por las que se regula la actuación del Consejo General se contienen en el documento WT/L/161, de 25 de julio de 1996, mientras que las del OSD se encuentran en WT/DSB/RC/1, de 11 de diciembre de 1996, y las del Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales en el Anexo 3 del Acuerdo sobre la OMC.

de tomar decisiones que tienen atribuida. Tal capacidad depende del mandato creador del órgano en cuestión y no hay ninguna regla uniforme para otorgar tal competencia. De ahí que la labor de filtro de los Consejos Sectoriales sea importante para ayudar al Consejo General en la supervisión y gestión de estos órganos y de las materias que tramitan.

Por lo que respecta a los órganos de supervisión y control de la OMC son los órganos del Sistema de Solución de Diferencias (SSD) y del Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales (MEPC). Al SSD se le dedica otro capítulo de esta obra,[26] por lo que nos remitimos a lo que allí se expone sobre el funcionamiento de sus órganos. Aquí simplemente vamos a resaltar que el organigrama básico del SSD combina la intervención de un órgano de representación política, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), junto con la participación mayoritaria de órganos de carácter técnico-jurídico (así, los grupos especiales o paneles, o el Órgano de Apelación, o los órganos arbitrales). El OSD, que como se ha señalado, es uno de los *alter ego* del Consejo General, es el último responsable de las decisiones del SSD y, como se ha visto, está compuesto por los representantes de los diferentes Miembros. Completan el organigrama de esta parte de la organización los órganos técnico-jurídicos que están formados por expertos independientes. Dentro de este grupo se incluyen los grupos especiales o paneles, el Órgano de Apelación y los miembros de los órganos arbitrales, cuando se requiere su intervención. Los expertos independientes de estos órganos, auxiliados por la Secretaría, son los que se encargan del desarrollo de las controversias y, por tanto, los que hacen que funcione el SSD en su día a día. No obstante, es el OSD el que tiene atribuida la competencia de dotarle de valor vinculante a las decisiones que preparan los demás órganos del SSD.

En cuanto al MEPC, su funcionamiento lo gestiona el Órgano de Examen de Políticas Comerciales (OEPC), órgano que, como ya se ha

---

[26] Véase infra el capítulo 34 sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.

mencionado, constituye otra de las caras que puede adoptar el Consejo General. Al igual que el OSD, se trata de un órgano político, compuesto por representantes de todos los Miembros, que se reúne para supervisar la política comercial de los Miembros cuando los acuerdos lo establecen.[27] La supervisión que hace este órgano es meramente política y en el desarrollo de sus funciones resulta clave el apoyo que recibe por parte de la Secretaría.

La Secretaría de la OMC es el órgano administrativo y burocrático de la organización, y el que dota de continuidad al sistema comercial multilateral. Está compuesta por funcionarios y agentes internacionales, que desarrollan sus funciones con independencia y sumisión exclusiva a los intereses de la organización.[28] No obstante, en la selección del personal de la Secretaría se trata de guardar un equilibrio de representación entre todos los Miembros. El Director General es el representante supremo de la Secretaría. Lo elige la Conferencia Ministerial y es él a su vez quien nombra al resto del personal de la organización. Para poder gestionar todas las funciones que le atribuyen los acuerdos y los Miembros, la Secretaría se estructura en Divisiones —actualmente veinte, a las que hay que unir el Gabinete del Director General, el Instituto de Formación y Cooperación Técnica y la Unidad de Auditoria de la Cooperación Técnica—, al frente de las cuales hay un Director, que dependen directamente de alguno de los cuatro Directores Adjuntos al Director General, o directamente del Director General. Por lo que respecta a las funciones de la Secretaría, su misión básicamente consiste en ofrecer apoyo técnico y profesional a los Miembros, confeccionar las investigaciones e informes que éstos le encargan y servir de canal para asegurar el flujo de información entre los mismos.[29]

---

[27] Las normas sobre el funcionamiento del MEPC se contienen en el anexo 3 al Acuerdo sobre la OMC.

[28] Artículo VI.4 del Acuerdo sobre la OMC.

[29] Más detalles sobre la labor que desarrolla la Secretaría, así como sobre su funcionamiento en general, puede encontrarse en los informes anuales que publica la organización, y que elabora la propia Secretaría. El último de ellos corresponde al año 2007 y se puede encontrar en: <http://www.wto.org> (consultada el 30/5/2008).

La toma de decisiones[30]

Una de las particularidades que presenta la OMC con respecto al resto de las organizaciones internacionales económicas la constituye su sistema de toma de decisiones, al que se dedican principalmente los artículos IX y X del Acuerdo sobre la OMC. Según el artículo IX.1, la organización continuará con la práctica de adopción de decisiones empleada en el GATT de 1947, esto es, utilizar el consenso como mecanismo de toma de decisiones; teniendo en cuenta que se considera consenso *la no oposición formal a la adopción de la decisión por parte de los Miembros presentes en la reunión*.[31] En caso de no lograrse éste, en la Conferencia Ministerial y en el Consejo General se podrá recurrir a una votación formal, basada en el voto igualitario —un Miembro, un voto—, dentro de la cual se entenderá que se adoptan las decisiones por mayoría simple. En el resto de los órganos del sistema, si no se logra el consenso, o bien se continúa debatiendo sobre el asunto hasta que el consenso esté maduro, o bien se elabora un informe y se remite el tema al órgano encargado de su supervisión, para que sea éste el que debata y tome la decisión por consenso. De esta forma el consenso queda instituido como mecanismo básico de adopción de decisiones en todos los órganos del sistema, fijándose un medio supletorio en los órganos principales de la OMC, que es la mayoría simple, para evitar que el funcionamiento de la organización pueda bloquearse. Puesto que es el consenso el mecanismo principal de toma de decisiones, y que las decisiones adoptadas en el marco de la organización vinculan a todos los Miembros, es importante para la defensa de sus intereses que los mismos participen en todos o en el mayor número posible de órganos del sistema institucional.

---

30 Un análisis completo sobre este tema se puede consultar en López Barrero, E. «La estructura institucional y el proceso de toma de decisiones en la Organización Mundial del Comercio». Tesis defendida en la Universidad Complutense de Madrid, 5 julio 2005.

31 Véase nota 1 al artículo IX.1 del Acuerdo sobre la OMC.

Los siguientes apartados del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, junto con el artículo X y otros más (los artículos XII.2 y VII.3, etc.) establecen mecanismos de tomas de decisiones alternativos al consenso, que se organizan a través de mayorías reforzadas, unanimidad o el mecanismo del consenso negativo. El Acuerdo sobre la OMC recoge cinco tipos de decisiones que se extraen del sistema general de consenso: las adhesiones (artículo XII); las exenciones (artículos IX.3 y 4); las interpretaciones auténticas (artículo IX.2); las enmiendas (artículo X); y las decisiones sobre el presupuesto y las normas financieras (artículo VII). En el marco del SSD también se emplea el consenso para la adopción de ciertas decisiones, tal y como se recoge en los artículos 6.1, 16.4, 17.14 y 22.6 del ESD. A éstas habría que sumarles otros dos tipos de mecanismos de tomas de decisiones especiales, que si bien no afectan al consenso, sí que alteran el procedimiento habitual decisorio de la organización: 1) la negociación de las Listas de Concesiones y Compromisos Específicos y su modificación (artículo II y XXVIII del GATT de 1994, Entendimiento relativo a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994, artículos XX y XXI del GATS); y 2) el sistema de negociación de Rondas.

Podemos preguntarnos cuál es la razón de la creación de tantos sistemas alternativos de tomas de decisiones, que recaen además sobre decisiones de tanta importancia para el funcionamiento de la organización como lo son el sistema de enmiendas, las adhesiones, las normas financieras, etcétera. Pues bien, aunque lo lógico sería pensar que los Estados negociadores de la Ronda Uruguay tenía interés en continuar con la dinámica de toma de decisiones del GATT de 1947 que les había servido para regular el comercio internacional durante casi cincuenta años, lo cierto es que durante esta Ronda los intereses entre los participantes sobre este punto no fueron nada pacíficos, lo que implicó largas horas de negociación y dio como resultado un complejo sistema de tomas de decisiones, que finalmente satisfizo a todos.[32] El equilibrio

---

[32] Lacarte Muró, J.A. *Ronda Uruguay del GATT. La globalización del comercio mundial*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1994, p. 218. Por su parte, Jackson, J.H. señala que es una forma de limitar la cesión de soberanía por

se logró instituyendo el consenso como sistema básico de adopción de decisiones, junto con un sistema complementario para evitar su bloqueo —la mayoría simple—, y estableciendo mecanismos especiales para las decisiones que los Miembros consideraron más sensibles, que son las anteriormente citadas.

Si bien es cierto que según la letra de los acuerdos el sistema de toma de decisiones de la OMC incluye todo los tipos citados de medios de adopción de decisiones, en la práctica se emplea casi exclusivamente el consenso; a excepción de determinadas decisiones dentro del SSD, que se adoptan por consenso negativo, junto con los mecanismos especiales de negociación de las Rondas y de las Listas de Concesiones, que también se han puesto en marcha; no obstante, éstos afectan al procedimiento de creación de la decisión y no al medio final de adopción de la misma que sigue siendo el consenso. El resto de los procedimientos especiales decisorios, incluida la mayoría simple, nunca han llegado a aplicarse y no porque no hubiere sido necesario recurrir a ellos en ocasiones, sino porque los propios Miembros han renunciado a su utilización.[33] De ahí que se pueda afirmar que realmente, a pesar de los esfuerzos de los Estados negociadores de la Ronda Uruguay por crear un sistema de toma de decisiones que diese respuesta a todos los intereses en juego, las tomas de decisiones en la OMC continúan con

---

parte de los Miembros, que mantienen mayor control sobre aquellas áreas que consideran más importantes. Véase Jackson, J. H. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. Londres: Royal Institute of International Affairs, 1998, p. 102.

[33] Baste recordar, por ejemplo, la situación vivida en la Conferencia Ministerial de Cancún en septiembre de 2003, donde los Miembros dieron por concluida la Conferencia sin llegar a adoptar un texto común al no lograrse el consenso y sin recurrir al empleo del sistema de mayoría simple que se establece como mecanismo alternativo en el artículo IX.1 del Acuerdo sobre la OMC. Cabe también citar el medio por el que se aprueban las adhesiones, que no es la mayoría de dos tercios votada en una Conferencia Ministerial, sino el consenso, bien en una Conferencia Ministerial, bien en un Consejo General, siguiendo lo establecido, no en el artículo XII.2 del Acuerdo de la OMC, sino en una decisión del Consejo General. Véase documento WT/L/93 de 24 de noviembre de 1995.

la práctica de aplicación del consenso del GATT de 1947, a excepción de un pequeño reducto de decisiones que afectan al SSD.[34]

La estructura sustantiva de los acuerdos que conforman la OMC

2.2.1. Los acuerdos multilaterales: sus tres bloques materiales: mercancías, servicios y propiedad intelectual relacionados con el comercio

Estamos ante una estructura normativa compleja, en virtud del alcance de los acuerdos y de los sectores tratados. Una primera aproximación nos lleva a distinguir entre aquellos acuerdos por los que quedan obligados *todos* los Miembros de la organización, y aquéllos cuya aceptación no es obligatoria: los acuerdos multilaterales y los plurilaterales, respectivamente. Los primeros forman parte del *todo único* y su aceptación es obligatoria para todos los Miembros de la organización. Abarcan diferentes sectores sustantivos —mercancías, servicios y derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio— así como los mecanismos de solución de diferencias y de examen de políticas comerciales. En este epígrafe vamos a centrarnos en el estudio de los bloques materiales de regulación multilateral.

Como es sabido, la estructura normativa de la OMC se organiza en torno al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC a través de varios anexos. El Anexo 1 A aglutina los *Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías*; el Anexo 1 B recoge el *Acuerdo*

---

[34] Dentro del SSD las decisiones que se consideran claves para el desarrollo del procedimiento, porque permiten a las partes implicadas bloquear el funcionamiento del mismo, se han sometido al sistema de consenso negativo, es decir, se entiende que se adopta la decisión salvo cuando todos los Miembros presentes en la reunión estén de acuerdo en no adoptarla. Las decisiones que se someten a consenso negativo son el establecimiento de los grupos especiales en segunda convocatoria (artículo 6.1 ESD), la adopción de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación (artículos 16.4 y 17.14 ESD) y la aprobación de suspensión de concesiones u otras obligaciones (artículo 22.7 ESD). Véase infra el capítulo 34 sobre el Sistema de Solución de Diferencias en la OMC.

general sobre el comercio de servicios; el Anexo 1C, el *Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*; el Anexo 2, el *Entendimiento sobre solución de diferencias*; el Anexo 3, el *Mecanismo de examen de políticas comerciales;* y el Anexo 4, los *acuerdos plurilaterales*. Hay que añadir que cada Miembro elabora una *lista de compromisos* que se adjuntan a los textos normativos. En estas listas figuran, en el caso de las mercancías, los compromisos arancelarios, y, con relación a los servicios, el grado de acceso para proveedores extranjeros a los diferentes sectores.

El ámbito tradicionalmente regulado por el sistema multilateral de comercio es el de las mercancías. De hecho, no ha sido hasta la entrada en vigor de los acuerdos de la OMC cuando el ámbito material se ha ampliado a otros sectores. Con todo, las mercancías continúan siendo el sector en cuya regularización más ha profundizado este sistema. De esta forma, el Anexo 1 A es el más extenso. Contempla una regulación excepcional para un grupo concreto de mercancías —los productos agrícolas, en el *acuerdo sobre la agricultura*—[35] así como acuerdos sobre medidas no arancelarias —el *acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias*; el *acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio*; el *acuerdo sobre valoración en aduana;* el *acuerdo sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación*; el *acuerdo sobre inspección previa a la expedición* y el *acuerdo sobre normas de origen*— y acuerdos sobre medidas de defensa comercial —el *acuerdo antidumping*; el *acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias*; y el *acuerdo sobre salvaguardias*—.

Por otro lado, los Anexos 1B y 1C suponen un importante avance material para el sistema multilateral de comercio, en tanto que se amplía profundamente el ámbito de regulación material al integrar dos

---

[35] En el momento de entrada en vigor de los acuerdos OMC, dos eran los subsectores que tenían una regulación específica en el ámbito de las mercancías: (i) la agricultura y (ii) los textiles y el vestido. El acuerdo sobre textiles y vestido expiró el 1 de enero de 2005, lo que supuso la reintegración de este subsector en la regulación general del comercio de mercancías.

nuevos sectores: los servicios —de la mano del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, AGCS o GATS, en sus siglas en inglés— y los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio —Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC o TRIPS, en sus siglas en inglés—.

Estamos ante un paso decisivo que, aunque tuvo que superar importantes obstáculos en la Ronda Uruguay del GATT de 1947, ha abierto la puerta a la liberalización de nuevos sectores en la OMC.

2.2.2. Los acuerdos plurilaterales

Los acuerdos plurilaterales son aquellos que no obligan a todos los Miembros de la OMC. Son textos normativos que fueron negociados en la Ronda Tokio y que tras la Ronda Uruguay no se integraron en el entramado jurídico de los acuerdos multilaterales. Originariamente eran cuatro acuerdos —comercio de aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y carne de bovino—, pero el 30 de septiembre de 1997, las partes de los Acuerdos de productos lácteos y carne de bovino, de acuerdo con la puesta en funcionamiento de los Comités sobre la Agricultura y sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, decidieron ponerles fin, en tanto que la regulación de los Acuerdos sobre la Agricultura y sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias constituían un marco más adecuado de regulación, con mayor número de Estados partes y seguridad jurídica. A día de hoy, sólo están en vigor el Acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles y el Acuerdo sobre contratación pública.

El Acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles entró en vigor el 1 de enero de 1980 y cuenta con treinta Estados partes. Su objetivo consiste en facilitar el comercio de las aeronaves civiles y sus componentes. Para ello, el propio acuerdo prevé:

> 1. La desaparición de los «derechos de aduana y demás cargas de cualquier clase que se perciban sobre la importación o en relación con la importación […] cuando dichos productos se destinen a ser utilizados en una aeronave civil e incorporados a ella durante su fabricación, reparación, mantenimiento,

reconstrucción, modificación o conversión» (artículo 2.1.1), así como para aquellos productos destinados a la reparación de las aeronaves (artículo 2.2.2). 2. La no aplicación de «restricciones cuantitativas (contingentes de importación) ni impondrán requisitos en materia de licencias de importación para restringir las importaciones de aeronaves civiles de manera incompatible con las disposiciones pertinentes del Acuerdo General» (artículo 5).

Por otro lado, establece conexiones con otros acuerdos de la OMC que conducen a que determinados acuerdos sean de aplicación en el comercio internacional de aeronaves civiles. Tal es el caso del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en tanto que el artículo 3 dispone que «los requisitos de certificación para las aeronaves civiles y las especificaciones en materia de procedimientos para su explotación y mantenimiento se regirán» por sus disposiciones. Pero también se aplica al comercio internacional de aeronaves civiles el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas compensatorias, de acuerdo con su artículo 6.

A pesar de los intentos realizados para que esta materia se integre en el marco multilateral, estamos ante un sector que sigue regulado en un ámbito plurilateral, lo que sería necesario que se superara con la finalidad de mejorar las garantías normativas sobre este sector de vital importancia en la economía internacional.

Por lo que respecta al Acuerdo sobre contratación pública, entró en vigor el 1 de enero de 1996 y sustituye al código negociado en la Ronda Tokio de 1979. Actualmente, los Estados parte en este instrumento son Canadá, la Comunidad Europea y sus Estados miembros, Corea del Sur, Estados Unidos, Hong Kong China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega, Países Bajos respecto Aruba, Singapur y Suiza. Por su parte son observadores Albania, Jordania, Argentina, Moldova, Armenia, Mongolia, Australia, Omán, Camerún, Panamá, Chile, República Kirguisa, China, Sri Lanka, Colombia, Taipei Chino, Croacia, Turquía y Georgia.[36]

---

[36] Están en proceso de negociación para la adhesión Albania, Jordania, Moldova, Mongolia, Omán, Panamá, República Kirguisa, Taipei Chino y Georgia.

El ámbito de aplicación de este instrumento es bastante amplio, en tanto en que «es aplicable a todas las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a los contratos que celebren las entidades sujetas al cumplimiento del presente Acuerdo que se detallan en el Apéndice I[37] […] [así como a las] adquisiciones mediante cualquier instrumento contractual, incluidos métodos tales como la compra, la compra a plazos o el arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra, e incluida cualquier combinación de productos y servicios». (Artículos I.1 y 2).[38]

Su estructura diferencia dos partes: la primera, recoge el articulado, contempla obligaciones cuyo principal objeto es la realización de estos contratos en condiciones de transparencia y no discriminación, llegando a aplicar el principio de trato nacional para los productos, servicios y proveedores extranjeros (artículo III).[39] Esta no discriminación[40] en el trato se detalla a lo largo del acuerdo en otras disposiciones como las relativas a las normas de origen (artículo IV), especificaciones técnicas (artículo VI), procedimiento de licitación (artículo

---

[37] Este acuerdo consta de cuatro apéndices. El primero recoge el alcance de las obligaciones que corresponden a cada Estado parte. Este apéndice contiene cinco anexos. Los tres primeros indican cuáles son las entidades a las que se les aplica este acuerdo, que pueden ser cualquier administración, aunque no sea la estatal. Los dos últimos determinan los servicios y los servicios en construcción.

[38] El umbral de aplicación de este acuerdo es elevado. Así, en las contrataciones de bienes y servicios realizadas por el gobierno del Estado es de 130.000 derechos especiales de giro (DEG), mientras que en los gobiernos subcentrales se coloca alrededor de los 200.000 DEG, y para las empresas de servicios públicos, salvo en el caso de construcción —5.000.000 DEG—, es de 400.000 DEG.

[39] El párrafo 3 establece la salvedad de la aplicación del principio de trato nacional para «los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a la importación o en relación con ella, al método de percepción de tales derechos y cargas, a los demás reglamentos y formalidades de importación, ni a las medidas que afectan al comercio de servicios, aparte de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a los contratos públicos incluidos en el ámbito del presente Acuerdo».

[40] Se acepta la existencia de procedimientos de licitación restringida de conformidad con el artículo XV.

VII), calificación de los proveedores (artículo VIII) para la presentación, recepción, apertura de las ofertas y adjudicación de los contratos (artículo XIII), etc.

La segunda se compone de las Listas de las partes recogidas en los cinco apéndices. El primero de ellos contiene cinco anexos que recogen indicaciones sobre: los gobiernos centrales (Anexo 1), los gobiernos subcentrales (Anexo 2), otras entidades (Anexo 3), servicios que se someten al acuerdo (Anexo 4) y los servicios de construcción (Anexo 5). Por su parte, el apéndice II establece qué medios puede emplear cada parte para la publicación de los anuncios ofertados y las adjudicaciones. En el apéndice III se publica la información año a año de las listas de proveedores de las licitaciones selectivas y, finalmente, en el apéndice IV se disponen cuáles son los medios a través de los cuales se publica la normativa administrativa y los procedimientos de adjudicación de los contratos.[41]

Con el objeto de mejorar y profundizar en el ámbito normativo de este acuerdo, los artículos XXIV.7 b) y c) establecen la necesidad, a los tres años de vigencia del instrumento, de iniciar negociaciones, las cuales se han extendido hasta diciembre de 2006, momento en el que se alcanzado un acuerdo provisional sobre la nueva redacción del acuerdo.[42]

2.3. Los principios básicos del sistema multilateral del comercio internacional

El aparato jurídico del sistema multilateral de comercio se asienta sobre una serie de principios que lo articulan. El fundamento de estos principios es el de no discriminación, esto es, la igualdad de trato entre

---

[41] Esta información se encuentra disponible en el sitio web: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/appendices_s.htm#appendixI> (consultado el 15/10/2007).

[42] Véase el documento GPA/W/297 de 11 de diciembre de 2006.

todos los Estados Miembros de la organización.[43] Las dos manifestaciones más importantes de este principio son: la cláusula de la nación más favorecida (NMF) y la cláusula de trato nacional (TN).

La cláusula NMF es la base jurídica de todo el sistema multilateral. En virtud de esta disposición recogida en el artículo I del GATT de 1994, en el artículo II del AGCS y en el artículo 4 del ADPIC, todo Estado Miembro de la organización que conceda una ventaja, favor, inmunidad o privilegio comercial a otro miembro debe extenderlo de manera automática e incondicional a todos los demás Miembros de la organización. Estamos, pues, ante una cláusula «*multilateral*, ya que se aplica *ipso facto* a todos los miembros, *incondicional*, es decir que la parte contratante beneficiada no tiene que hacer ningún tipo de concesión en contrapartida al trato de la nación más favorecida [, y] *automática*, ya que el país beneficiario no tiene que hacer una petición para beneficiarse de la cláusula».[44]

El campo de aplicación de la cláusula NMF se delimita y se codifica en las Listas de Concesiones. Así, según el artículo II.1.a) del Acuerdo General «cada parte contratante concederá al comercio de las demás partes contratantes un trato no menos favorable que el previsto en la parte apropiada de la lista correspondiente anexa al presente Acuerdo».

Con todo, existen tres tipos de excepciones a la aplicación de esta cláusula. La primera es que las ventajas otorgadas en los procesos de integración regional no son susceptibles de extenderse a otros Miembros de la OMC que no sean partes del proceso de integración. Asimismo, se contemplan excepciones con motivo del otorgamiento de

---

[43] Esta igualdad de trato tiene excepciones derivadas de la situación económica de algunos Estados miembros, cuestión que se abordará más adelante, en el epígrafe 14.4.3, relativo al desarrollo y comercio.

[44] Liñán Nogueras, D. «El Derecho Internacional Económico (II): el comercio internacional». En M. Díez de Velasco. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 667.

preferencias comerciales a los países en desarrollo. Finalmente, esta disposición es susceptible de ser derogada de forma puntual y con relación a una situación específica en virtud del artículo XXV.5 del Acuerdo General,[45] que constituye un mecanismo de derogación habitual, en virtud del cual «en circunstancias excepcionales» los Miembros de la organización pueden eximir a otro Miembro del cumplimiento de obligaciones, siempre que cuenten con una mayoría de dos tercios que represente más de la mitad de los Estados Miembros.

Acompañando a la cláusula NMF, figura la cláusula TN prevista en el artículo III del GATT de 1994, en el artículo XVIII del GATS, aunque con un carácter más limitado, y en el artículo 3 del ADPIC.[46]

Para terminar con los principios del sistema multilateral de comercio, es preciso aludir al principio de *todo único*. Este principio, fruto de la Ronda Uruguay, implica que todos los Miembros de la organización, en el momento de acceder a ella, se obligan por todo el aparato jurídico de los acuerdos multilaterales, sin la posibilidad de emitir reserva alguna sobre alguna disposición de los mismos. Estamos ante una importante conquista que otorga una importante seguridad y certeza al sistema multilateral de comercio, en tanto que todos los Miembros de la OMC tienen la certitud sobre las obligaciones que tienen los demás y que, en caso de diferencia comercial, ésta se someterá al SSD.

Hay que señalar, que fuera del análisis de este apartado quedan algunos otros principios, como el de protección del medioambiente o el de desarrollo sostenible. Dichos principios, que tienen un contenido más político que jurídico, aparecen recogidos en el Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC e inspiran el funcionamiento del sistema en general, afectando de forma transversal al mismo. Sus características especiales

---

[45] Flory, T. *L´Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*. Bruselas: Bruylant, 1999, p. 34 y ss.

[46] Nos remitimos al epígrafe 13.1 para un análisis más exhaustivo de la cláusula de TN.

nos permiten distinguirlos de los estudiados en este epígrafe, por lo que se les ha dedicado un espacio específico en otro capítulo.[47]

3. Sistema normativo de la OMC

El conjunto de normas que regulan los intercambios comerciales entre los Miembros, así como el funcionamiento propiamente dicho de la organización es lo que denominamos sistema normativo de la OMC.[48] Dicho sistema está compuesto por un conjunto diverso de normas, de distinta intensidad, fruto bien de la actividad directa de los Miembros, bien del sistema institucional de la OMC. En uno u otro caso nos encontramos con reglas que conforman lo que denominamos *derecho de la OMC*.

Para sistematizar el estudio de este derecho hemos elegido el criterio técnico-formal de aparición de las obligaciones como método, es decir, vamos a clasificar el derecho de la OMC según la manera de aparición del mismo, esto es, distinguiendo entre las normas que se crean por participación directa de los Miembros, de aquellas otras que crea el sistema institucional de la organización. En este sentido clasificamos el derecho de la OMC en dos grandes bloques: derecho primario u originario y derecho secundario o derivado. Dentro del primer grupo incluimos las decisiones que contienen las normas que son la base del sistema, en las que la participación de los Miembros es más directa y en cuya aparición se aplican las normas de derecho internacional

---

47 Véase infra epígrafes 14.4.2 y 14.4.3.

48 Basamos este concepto en la teoría general del derecho de las organizaciones internacionales. Dentro de ésta, González Campos define el ordenamiento jurídico interno de las organizaciones internacionales como «el conjunto de normas vinculadas entre sí que disciplinan la vida de la Organización Internacional, y, que, en función del ente por el cual han sido establecidas, forman una unidad o sistema jurídico». Véase González Campos, J.D. *Derecho de las Organizaciones Internacionales*. En X. Pons Rafols. «Codificación y desarrollo progresivo del derecho relativo a las Organizaciones Internacionales». Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995, p. 25.

general. Forman parte de este grupo los acuerdos de la OMC, así como sus reformas y ampliaciones, los Protocolos de Adhesión y las enmiendas. Los acuerdos constitutivos son todos los tratados que se firmaron al finalizar la Ronda Uruguay y que delimitan la forma y el contenido de la OMC.[49] Desde la entrada en vigor de los mismos y bajo la cobertura del sistema institucional de la organización, los Miembros han firmado nuevas obligaciones, que modifican algunos de estos acuerdos —los Protocolos firmados en el contexto del Acuerdo de Servicios o GATS—,[50] o crean un nuevo ámbito de regulación —caso del Acuerdo sobre Tecnología de la Información—.[51] En todos estos casos nos hallamos ante tratados internacionales, negociados y perfeccionados según la teoría general de los tratados internacionales, contenida en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Esta misma situación se repite con los Protocolos de Adhesión, así como con las enmiendas. En ambos casos se trata de normas que se negociación según determinados procedimientos fijados en los acuerdos constitutivos, pero que para su perfección y entrada en vigor requieren el consentimiento de los Miembros en el ámbito internacional y en su derecho interno, es decir, tienen que completar el procedimiento establecido para los tratados internacionales.

En el segundo grupo, el derecho secundario o derivado, situamos los actos directamente adoptados por los órganos de la OMC sobre la base de la existencia de una competencia previa, que les habilita para tomar esa decisión y crear una obligación para los Miembros. Este tipo de normas se mueven siempre dentro del ámbito que les marca el derecho originario de la OMC, es decir, su contenido tiene que respetar los límites impuestos por las normas de derecho primario. Dentro de

---

[49] Se consideran tratados constitutivos el Acuerdo sobre la OMC, más el conjunto de acuerdos anexo al mismo, a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior y cuyo contenido se desarrolla en los capítulos siguientes, así como las Listas de Compromisos Específicos, que según los propios acuerdos forman parte integrante de ellos.

[50] Véase *infra*, epígrafe 14.2.2.

[51] Véase *infra*, epígrafe 13.2.12.

este grupo se encuentran las Declaraciones Ministeriales adoptadas por las Conferencias Ministeriales,[52] las interpretaciones auténticas (artículo IX.2 del Acuerdo sobre la OMC), las exenciones (artículo IX.3 del Acuerdo sobre la OMC), las decisiones de algunos consejos y comités,[53] así como las resoluciones adoptadas por el OSD dentro del contexto del SSD. Es conveniente que hagamos una puntualización sobre el último grupo de normas citadas, las que nacen del SSD. A diferencia de las demás que obligan a todos los Miembros, este grupo de normas, que conforman lo que podemos denominar «jurisprudencia» de la OMC ya que aparecen en el contexto del sistema de resolución de conflictos interno, vinculan sólo a los Miembros implicados en el caso en el que se adoptan.[54]

4. Análisis de la actualidad

Tal y como quedó diseñada en la Ronda Uruguay, la OMC comenzó su andadura el 1 de enero de 1995. Como se ha ido señalando, la Ronda

---

[52] Conviene aclarar que no incluimos en este grupo las Declaraciones Ministeriales adoptadas al finalizar la Ronda Uruguay, puesto que el contenido de tales decisiones es meramente interpretativo, tal y como reconocieron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos-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, párr. 6.17 y WT/DS138/AB/R, párr. 49, respectivamente).

[53] En el epígrafe correspondiente al sistema institucional se señaló que las competencias que se atribuyen a los diferentes órganos de la OMC son muy diversas. Los propios tratados constitutivos en algunos casos otorgan a los órganos inferiores del organigrama la posibilidad de adoptar decisiones vinculantes para todos los Miembros, mientras que en otros casos guardan silencio, limitándoles tal posibilidad, salvo que por delegación de algún órgano superior les sea atribuida. Dentro del primer grupo, podemos citar a modo de ejemplo, el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (*ex* artículo 10.3 de dicho acuerdo), el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (*ex* artículo 12.8 de su acuerdo), o el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias (*ex* artículo 27.4 de su acuerdo).

[54] Véase infra el capítulo 34 sobre el Sistema de Solución de Diferencias en la OMC.

Uruguay no constituyó una mera reforma del sistema del GATT de 1947, sino que supuso un cambio profundo en la regulación del comercio internacional, formalizando la institución que se encargaba de su gestión, creándose la OMC, y ampliando el ámbito de aplicación de las normas comerciales multilaterales al aumentar, por un lado, las materias sobre las que recaía su derecho sustantivo y, por otro, al forzar a los Estados interesados en participar en este sistema a aceptar todas sus normas, con algunas pequeñas excepciones, como consecuencia de la aplicación del principio de *todo único*.

Las consecuencias de todos estos cambios fueron, no sólo una Ronda de Negociaciones larga y compleja, sino también la aparición de un sistema comercial que, en muchos extremos, quedó simplemente perfilado sin delimitarse bien los contenidos por los que debía regirse su devenir. De hecho en algunos de los acuerdos nuevos, como en el relativo a los servicios, se cerró la Ronda con la aprobación del mandato de seguir negociando dentro de la OMC para fijar los compromisos y profundizar en la regulación comercial.[55] En otros ámbitos, como por ejemplo la agricultura, se consiguió un acuerdo básico, que contenía compromisos suficientes para iniciar su aplicación; no obstante, en previsión de que pronto quedaría superado lo pactado, el propio acuerdo fijó su revisión a los cinco años de su entrada en vigor. Finalmente, otras materias quedaron fuera de los compromisos firmados en Marrakech por no existir ningún acuerdo mínimo entre los Estados negociadores que permitiese su inclusión en el sistema, así por ejemplo el comercio de bienes culturales, los temas de competencia o los de inversiones *lato sensu*, entre otros.

Una vez en vigor el Acuerdo sobre la OMC y puesta en marcha la organización, ya desde la celebración de su primera Conferencia Ministerial de Singapur en 1996 resultó patente que la velocidad a la que evolucionaba el comercio internacional desde el punto de vista económico, exigiría un funcionamiento muy dinámico de la institución

---

[55] Véase *infra*, epígrafe 14.2.

encargada de su gestión. Así, a los dos años de su entrada en vigor, cuando aún se encontraban muchos de sus Miembros adaptando su derecho interno a la normativa de la organización, en la citada Conferencia Ministerial se comenzó a ampliar su ámbito material a través de la adopción del Acuerdo sobre Tecnologías de la Información (Acuerdo ATI)[56] y con la apertura del debate sobre cuatro nuevas áreas, conocidas como los Temas Singapur. Estas nuevas áreas, que ya plantearon problemas durante la Ronda Uruguay, supondrían *a posteriori* uno de los principales escollos de las negociaciones multilaterales de Doha. Por este motivo nos detendremos en su análisis.

Se conocen como Temas Singapur cuatro áreas sobre las que los Miembros de la OMC acordaron iniciar una investigación en la Conferencia de Singapur de 1996, con la finalidad de estudiar su posible inclusión entre los ámbitos materiales de la organización. Las áreas en concreto son: las inversiones, la competencia, los temas de facilitación del comercio y los de transparencia en la contratación pública. Para cada una de las áreas se constituyó un grupo de trabajo, que era el encargado de analizar las ventajas e inconvenientes de la inserción de tales materias en el sistema de la OMC.[57] No se les encarga a los grupos ninguna tarea negociadora, sino simplemente de investigación y análisis de las relaciones que existen entre el comercio multilateral y cada uno de los temas citados. En el caso de los ámbitos de inversiones y competencia, la creación de los grupos de trabajo se fundamenta, además de en la decisión de los Miembros reunidos en Conferencia Ministerial, en el mandato del artículo 9 del Acuerdo de las MIC. Por su parte, los temas de transparencia en la contratación pública no se encomendaron al Comité de Contratación Pública, puesto que éste gestionaba un acuerdo comercial plurilateral y la intención de los Miembros era situar este ámbito bajo el régimen general de los acuerdos comerciales multilaterales.[58]

---

[56] Véase *infra*, epígrafe 13.2.12.

[57] Véase Declaración Ministerial de Singapur, documento WT/MIN(96)/DEC, de 18 de diciembre de 1996, apartados 20-21.

[58] Véase *supra*, epígrafe 12.2.2.

Los Temas Singapur han supuesto siempre un obstáculo en las negociaciones entre los Miembros. Por un lado, los países desarrollados quieren y creen que es necesario incluir estas nuevas áreas y someterlas a los principios de la OMC.[59] Por otro, los países en desarrollo y menos avanzados se oponen a seguir ampliando el ámbito material de la organización, sobre todo en los ámbitos de las inversiones y los temas de competencia. Durante la Conferencia Ministerial de Doha, cuyo objetivo principal era la apertura de una nueva Ronda de negociaciones multilaterales, no se logró un consenso sobre su inclusión en la Agenda de la Ronda Negociadora. No obstante, los países defensores de estos ámbitos no descartaron del todo la posibilidad de que se introdujera en la Ronda. Por eso, para evitar un nuevo bloqueo después de la experiencia de la Conferencia Ministerial de Seattle,[60] en Doha se aprobó la apertura de la Ronda, fijándose la agenda negociadora sobre aquellos temas en los que existía consenso, principalmente la revisión de los acuerdos en vigor, del funcionamiento del sistema institucional y la potenciación de los programas de desarrollo, remitiéndose a la siguiente Conferencia Ministerial —prevista para Cancún en el 2003— la discusión y toma de decisión sobre la incorporación o no a la misma de los temas Singapur.

Además de posponer la decisión sobre estos temas, se otorgó el mandato de seguir negociándolos en el lapso inter-conferencias a fin

---

[59] Principalmente, Estados Unidos de América, Japón, Canadá y la Unión Europea son los que han mantenido una postura más férrea en cuanto a la inclusión de estos temas en la OMC.

[60] La tercera Conferencia Ministerial de la OMC se programó para celebrarse en Seattle en 1999. Las tensiones internas entre los países desarrollados y en desarrollo en cuanto al funcionamiento del sistema, unidas a las presiones externas de diferentes grupos civiles en la calle, que se oponían al sistema comercial liberal regulado por la OMC, provocaron el más estrepitoso fracaso de la Conferencia Ministerial. Así, apenas se sostuvieron unas cuantas reuniones y los Miembros fueron incapaces de sostener discusiones serias sobre los puntos propuestos en la agenda de la reunión. Razones por las cuales se tuvo que cerrar la Conferencia antes de lo previsto y sin ningún tipo de acuerdo adoptado. Sobre el desarrollo de la Conferencia, véase Warêgne, J-M. *L´Organization Mondiale du Commerce*. Bruselas: Centre de Recherche et d'Information socio-politiques, 2000, pp. 295-329.

de definir la postura de la organización frente a ellos. El fracaso de la Conferencia Ministerial de Cancún, que se cerró sin lograrse un consenso sobre un texto de Declaración Ministerial, dejo de nuevo en suspenso la inclusión o rechazo de los Temas Singapur en las negociaciones actuales.[61] Ante la oposición acérrima de muchos Miembros a la inclusión de los nuevos temas, tras varias discusiones en el seno de la OMC, el 1 de agosto de 2004 se decidió finalmente que sólo se incluiría en la Ronda de Doha el tema de facilitación del comercio, dejándose fuera de las negociaciones los otros tres ámbitos.[62]

Los Temas Singapur han supuesto uno de los muchos problemas que se están planteando en la actual Ronda de Negociaciones Multilaterales, conocida inicialmente como Ronda de Doha o Ronda del Milenio y rebautizada posteriormente como Ronda del Desarrollo. Ya se señaló que la forma que tenían las partes contratantes del GATT de 1947 de hacer avanzar y profundizar sus compromisos comerciales

---

[61] Es importante destacar que la falta de consenso sobre los Temas Singapur fue uno, aunque no el único, de los desencadenantes del fracaso de la Conferencia. Los países desarrollados no quisieron renunciar a la posible inclusión de las áreas Singapur y no cejaron en su intento, ni en sus presiones, para lograr su objetivo. Frente a ellos, los países en desarrollo y menos adelantados se cerraron a una ampliación material de las negociaciones de la Ronda. Finalmente, el Presidente de la Conferencia tuvo que cerrar la reunión declarando que no se había logrado ningún consenso.

[62] Los temas de facilitación del comercio pretenden simplificar y armonizar aquellos aspectos de las políticas internas de los Miembros que afectan a los flujos comerciales. En concreto, las negociaciones actuales sobre este ámbito acordaron mejorar los compromisos de los artículos V (libertad de tránsito), VIII (derechos y formalidades de las importaciones y exportaciones), y X (publicación y aplicación de los reglamentos comerciales) del GATT. Dentro del mandato negociador del grupo, se incluyen también los aspectos de asistencia técnica y capacitación de los Miembros que lo necesiten para la asunción de los posibles compromisos en esta esfera, así como la mejora de la cooperación entre las diferentes autoridades competentes en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio. Información más detallada sobre este ámbito se puede consultar en la propia web de la OMC (<http://www.wto.org>) o en Hoekman, B.M. y M.M. Kostecki. *The Political Economy of the World Trading System*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 434 a 441.

consistía en convocar rondas de negociaciones comerciales multilaterales entre ellos.[63] Este mismo sistema es el que se aplica en la OMC. Así, la rápida evolución del comercio, los limitados compromisos que se habían alcanzado en algunos sectores al finalizar la Ronda Uruguay, y las ambiciones de algunos Miembros por liberalizar sectores comerciales que quedaron fuera de los acuerdos firmados en Marrakech en 1995, indujeron que se comenzase a hablar de la apertura de una nueva Ronda de negociaciones comerciales a finales del siglo XX. Tras diversos contactos en el seno de la OMC, la propuesta de apertura de la misma se iba a negociar en la fallida Conferencia Ministerial de Seattle. Ante el cierre anticipado y sin acuerdos de esta reunión, el debate hubo de posponerse a la siguiente Conferencia Ministerial, celebrada en Doha en el 2001. Desde el punto de vista de apertura de la Ronda, los dos años que separaron ambas Conferencias Ministeriales fueron vitales para que los Miembros pudiesen negociar y consensuar el texto de lanzamiento de la nueva Ronda.[64]

La Ronda de Doha o Ronda del Desarrollo inició su andadura en 2001 con la intención de reformar algunos de los compromisos logrados en la Ronda Uruguay. Su agenda, además de fijar sector por sector las líneas de cambio de los compromisos, contenía un conjunto de declaraciones y mandatos que parecían priorizar las necesidades que afectaban al cumplimiento de las normas por parte de los países en desarrollo y menos avanzados. Se trataba de hacer más eficaces y operativas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado, para desbloquear la situación a la que se había llegado. Por otra parte, desde el punto de vista institucional también se incluye la revisión del sistema, sobre todo de la parte de solución de diferencias, para agilizar su labor.

Por la amplitud de las materias incluidas en la agenda negociadora, así como por las posturas encontradas, y en ocasiones intransigentes, que están manteniendo los Miembros, el desarrollo de la Ronda está

---

63 Véase *supra*, epígrafe 12.1.

64 Sobre las posiciones de los diferentes negociadores durante este periodo resulta interesante consultar Warêgne, *ob. cit.*, pp. 273 a 293.

resultando lento y muy complicado. Los avances hasta la fecha han sido mínimos, por no decir prácticamente inexistentes. Entre los hitos que pueden señalarse en la evolución de la misma, hay que citar el impulso que supuso la adopción del denominado «paquete de julio de 2004», que sirvió para desbloquear el desarrollo de la misma tras la situación creada por el fracaso de la Conferencia Ministerial de Cancún. Estos compromisos y el éxito de la Conferencia Ministerial de Hong Kong dieron un pequeño respiro a las negociaciones, que volvieron a atascarse a principios del 2006, cultivándose un nuevo fracaso en la mini-ministerial que los Miembros mantuvieron en Ginebra a principios de ese año.[65] La situación de parálisis se ha visto favorecida por el hecho de haber expirado el mandato que el Congreso estadounidense concede al presidente para negociar acuerdos comerciales (*Trade Promotion Authority*). No obstante, esta situación no debe ser motivo de alarma. Si miramos atrás el desarrollo de las últimas rondas de negociaciones durante el GATT de 1947 también fue complicado y largo, y mucho más en el caso de la Ronda Uruguay, que realmente logró cerrar sus compromisos y definir los acuerdos en los cuatro últimos años de negociaciones. Por lo tanto, cabe esperar que los Miembros continúen negociando y madurando los compromisos que quieren adoptar.

Por sectores, el desarrollo de la Ronda avanza de manera desigual. De todos los temas incluidos en la negociación según el mandato de Doha, los aspectos sobre los que los Miembros están fijando más su atención hasta la fecha son los compromisos en el ámbito de la agricultura, los que afectan a los llamados NAMA (Acceso a los Mercados para los Productos No Agrícolas, *Non Agricultural products Market Access*) y los de los servicios. En los tres ámbitos se pretenden lograr

---

[65] Un análisis de las situación de los compromisos a esa fecha, así como de las posiciones de los Miembros se puede consultar en Steinberg, F. «La Ronda de Doha en la encrucijada». ARI 85/2006, *Real Instituto Elcano*, disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/Elcano_es/Zonas_es/Economia+Internacional/ARI+85-2006> (consultado el 10/06/2008).

acuerdos de reducción arancelaria; en agricultura, en especial, de disminución de la ayuda interna, de las subvenciones a la exportación y de los obstáculos de acceso a los mercados de estos productos. Las negociaciones se desarrollan mediante el establecimiento de diferentes «modalidades» para articular las reducciones. Las modalidades para cada uno de los tres sectores las presentan los presidentes de los correspondientes comités de negociación, tras oír las propuestas y objeciones de los Miembros. Posteriormente, sobre esa base, los Miembros siguen negociando.

A fecha de hoy aún no hay acuerdo suficiente sobre los textos de «modalidades» presentados en mayo de 2008, que recogen los últimos avances de las negociaciones. Desde la propia organización se están realizando muchos esfuerzos por lograr consensos y que la Ronda siga avanzando, en especial en los ámbitos de la agricultura y los NAMA. Cabe esperar que, cuando a nivel político interno se vayan aclarando los dos intervinientes principales, EE.UU. y la UE, a nivel multilateral, logren consensos parciales, que poco a poco construyan los compromisos que permitan finalizar la Ronda. Sin embargo, siendo optimistas aún quedan unos cuantos años de Ronda del Desarrollo y de negociaciones, si se quiere que los acuerdos satisfagan a todos los Miembros.

El comercio de mercancías en la OMC: análisis de los acuerdos

Ana Manero Salvador
Esther López Barrero
Rosa María Fernández Egea

El comercio de mercancías en la OMC: análisis de los acuerdos

Rosa María Fernández Egea
Ana Manero Salvador
Esther López Barrero

Sumario: 1. Introducción: estructura de los acuerdos de mercancías.— 2. El GATT de 1994.— 3. Los Acuerdos sobre medidas de defensa comercial.— 3.1. El Acuerdo Antidumping (Artículo VI del GATT de 1994).— 3.2. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.— 3.3. El Acuerdo sobre Salvaguardias.— 4. Los Acuerdos sectoriales.— 4.1. El Acuerdo de Agricultura.— 4.2. El Acuerdo sobre Tecnología de la Información.— 5. Los Acuerdos sobre medidas en aduanas.— 5.1. El Acuerdo de Valoración en Aduanas (Artículo VII del GATT de 1994).— 5.2. El Acuerdo de Normas de Origen.— 5.3. El Acuerdo sobre los procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación.— 6. Los Acuerdos sobre obstáculos no aduaneros.— 6.1. El Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.— 6.2. El Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio.— 6.3. El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio.—

1. Introducción: estructura de los acuerdos de mercancías

La creación de la OMC supuso desde el punto de vista material la expansión de la regulación comercial multilateral. Como ya se ha señalado en el capítulo precedente, los diferentes acuerdos comerciales se estructuraron en tres bloques, según los sectores a los que afectaban: mercancías, servicios y derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. En este capítulo vamos a analizar los acuerdos que se enmarcan dentro del bloque de mercancías, que constituye el bloque más amplio y desarrollado dentro de la normativa de la OMC, y ello

por ser heredero directo de toda la regulación comercial que se había ido adoptando durante la época del GATT de 1947.[1]

Para facilitar el análisis y la exposición de la materia, los distintos acuerdos se han agrupado en cinco apartados diferentes, que son los que suele emplear la doctrina para sistematizarlos.[2] El primero está constituido por el estudio del GATT de 1994, que es la pieza angular sobre la que pivota la regulación de las mercancías en la OMC, puesto que es este acuerdo el que contiene la normativa comercial básica que afecta a dicho bloque. Mientras que los demás acuerdos se destinan a completar o especificar las reglas contenidas en él.

El segundo apartado lo componen los acuerdos que regulan las medidas de defensa comercial, así el Acuerdo Antidumping, el de Subvenciones y Medidas Compensatorias y el de Salvaguardias. Estos acuerdos se caracterizan por permitir a los Estados Miembros, bajo determinadas condiciones, corregir el perjuicio que sufre un sector industrial nacional, bien como consecuencia de la puesta en práctica por otro Miembro de actividades de competencia desleal que falsean los flujos comerciales (dumping o subvenciones), bien por el efecto que sobre la industria nacional pueden tener determinadas circunstancias desfavorables del mercado internacional (salvaguardias).

En el tercer apartado se incluyen los acuerdos sectoriales, esto es, aquellos acuerdos que se centran en la regulación detallada de un bloque material de mercancías. En origen los acuerdos denominados sectoriales eran dos, el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido. El Acuerdo sobre los Textiles y el Vestidos, uno de los más conflictivos durante la Ronda Uruguay, expiró en el

---

1 Véase *supra* epígrafe 12.1.

2 Conviene aclarar que la clasificación que se hace de los acuerdos de mercancías tiene exclusivamente efectos metodológicos, sin que implique ninguna consecuencia jurídica. Dentro del bloque de mercancías, todos los acuerdos tienen el mismo valor y vinculan a los Miembros, en la medida en que forman parte del conjunto de compromisos que asumen los Miembros.

2005; al no estar vigente, no se ha incluido entre los acuerdos analizados. Como se puede comprobar en el apartado correspondiente, a día de hoy se siguen incluyendo en este grupo dos acuerdos, el de Agricultura y el Acuerdo sobre Tecnología de la Información (conocido como Acuerdo ATI). Este acuerdo se aprobó no en la Ronda Uruguay, sino en la primera Conferencia Ministerial que mantuvo la OMC en Singapur en 1997.[3] Se trata de un acuerdo que los Miembros situaron dentro del bloque de mercancías, aunque su funcionamiento no se corresponde con el de los demás acuerdos de este bloque. Todos los acuerdos del bloque de mercancías son Acuerdos Comerciales Multilaterales y, por tanto, se someten al principio de todo único, por lo que vinculan a todos los Miembros. El Acuerdo ATI sólo obliga a los Miembros que lo han aceptado. Sin embargo, al someterlo los Miembros a la disciplina básica del GATT, se considera que su estudio corresponde dentro del bloque dedicado a este acuerdo y sus acuerdos conexos.

El cuarto apartado contiene aquellos acuerdos que codifican medidas en aduanas, es decir, los destinados a controlar la normativa sobre determinados procedimientos o actividades que pueden facilitar las operaciones aduaneras. Dentro de este grupo se incluyen el Acuerdos sobre Valoración en Aduanas, el Acuerdo sobre los Procedimiento para el Trámite de Licencias de Importación y el de Normas de Origen.

Y, finalmente, el apartado quinto se centra en aquellos acuerdos que contienen reglamentaciones restrictivas contra obstáculos no aduaneros. Forman este grupo el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio. En estos casos nos encontramos con acuerdos que establecen las condiciones que tienen que cumplir las normas de los Estados Miembros para que tales regulaciones no se consideren como obstáculos innecesarios a la libre circulación de productos.

---

[3] Véase *infra* apartado 4.2.

Cada uno de los acuerdos que se analizan en este capítulo contiene una reglamentación muy rica en detalles y muy técnica, que en la mayoría de los casos ha sido aclarada de forma extensa por la «jurisprudencia» del SSD. No pretendemos hacer un análisis en detalle de los mismos, sino simplemente exponer de la forma más clara y sencilla posible el funcionamiento básico de cada uno de ellos.

2. El GATT de 1994

El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio es, por descontado, el acuerdo más importante del sistema multilateral de comercio en el seno de la OMC. No en vano este acuerdo constituyó la base del actual sistema y sirvió de marco regulador de los intercambios comerciales durante casi cincuenta años.[4] La creación de la OMC y la ampliación de las regulaciones internacionales a otros ámbitos específicos sobre el intercambio de mercancías o a otros ámbitos comerciales no han eclipsado su protagonismo, pues sigue constituyendo el núcleo duro del sistema.[5]

El GATT tiene por objeto la consecución de un sistema internacional de comercio liberalizado, lo que explica que se establezcan como obligaciones fundamentales aquellas que exigen a los Estados partes que reduzcan sus aranceles aduaneros y prohíban las restricciones cuantitativas a la importación y exportación, con objeto de conseguir una más fácil circulación de los bienes entre los países. Y todo ello sobre la base de un tratamiento no discriminatorio, en un doble sentido: tanto respecto de las mercancías originarias de los Estados miembros de la OMC, como las producciones y comercio de los países frente a la producción y comercio nacional o intraestatal.

---

4 Véase *supra*, epígrafe 12.1.

5 Es más, cuando se habla del sistema de la OMC se refiere en la mayor parte de los casos al GATT.

Los objetivos de no restricción del comercio internacional y de trato no discriminatorio suponen obligaciones para los Estados miembros de la OMC pero también implican derechos, en el sentido de que no sólo deben abstenerse de cerrar sus fronteras y de dar un tratamiento no discriminatorio a los productos de otros miembros, sino también se aseguran que sus productos podrán ser comercializados en los demás Estados miembros sin que se le impongan restricciones o condiciones desventajosas.

Las obligaciones más importantes insertas en este acuerdo son las manifestaciones del principio de no discriminación de los artículos I y III del GATT, que enuncian las reglas de nación más favorecida y tratamiento nacional, respectivamente.

El artículo I establece la cláusula de nación más favorecida que implica que un Estado miembro ha de extender de forma automática a todos los demás miembros todas las ventajas que haya ofrecido a uno o varios Estados.[6] Esta regla garantiza que los productos similares de los Estados miembros sean tratados de forma igual y no condicionada. La prohibición de discriminación se extiende tanto a los derechos de aduanas y demás cargas, como a las reglas de la importación y exportación, así como a las regulaciones internas sobre la distribución, venta y uso de los productos.[7]

---

[6] Artículo I.1 GATT: «Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado».

[7] De hecho, en los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación se ha mantenido una interpretación muy amplia de lo que se considera como «ventaja» que debe ser concedida al resto de los miembros de la OMC. Véase, a modo

Además, su ámbito de aplicación cubre tanto las discriminaciones formales como las *de facto*.[8]

El artículo I constituye la base del multilateralismo en el GATT ya que evita que se creen regímenes comerciales bilaterales. Aun así la regla que en él se contiene no tiene alcance absoluto, constituyendo sus excepciones más importantes las se refieren a los regímenes regionales —tipo CE o NAFTA— y al sistema de preferencias generalizadas a favor de los países en desarrollo.[9]

Por su parte, el artículo III contiene la regla de trato nacional, en virtud de la cual se exige que las regulaciones no sean discriminatorias o proteccionistas, tal y como se enuncia en su apartado 1.[10] Esto se traduce en la obligación de no aplicar a los bienes importados de otros Estados miembros requisitos más exigentes que los previstos para los bienes similares o competidores de producción interna.[11]

---

de ejemplo, los asuntos *Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R y WT/DS64/R en adelante, *Indonesia-Automóviles*) y *CE-Régimen de la importación, venta y distribución de banano* (WT/DS27/AB/R).

8 Véase el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Canadá-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, (WT/DS139/AB/R y WT/DS142/AB/R), párr. 78.

9 Véase *infra*, epígrafes 14.4.1 y 14.4.3, respectivamente.

10 Este apartado encarna el principio general de prohibición de medidas proteccionistas de la producción nacional y establece que: «[l]os Miembros reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional».

11 Véase *supra*, epígrafe 12.2.3 sobre los principios básicos del sistema multilateral del comercio internacional. Sobre el tratamiento que reciben los productos similares en la OMC, consultar CHOI, W-M., *'Like Products' in International Trade Law. Towards a Consistent GATT/WTO Jurisprudence*. Nueva York: Oxford University Press, 2003.

De la prohibición de discriminación establecida en esta disposición pueden extraerse una serie de reglas. En primer lugar, las contenidas en su apartado 2, en virtud de las cuales los impuestos y otras cargas nacionales han de ser los mismos para aquellos productos similares[12] y no han de ser proteccionistas para aquellos productos sustitutivos y competitivos.[13] En segundo lugar, su apartado 4 proscribe que las reglamentaciones internas sitúen en desventaja a los productos importados respecto de los nacionales similares.[14]

Las reglas contenidas en el artículo III no protegen las expectativas sobre la consecución de un cierto volumen de comercio, sino que aseguran la ausencia de discriminación en la relación competitiva entre productos nacionales e importados.[15] Ello no implica que necesariamente deba actuarse cuando existan daños actuales debido a la discriminación, sino que también cabe afirmar que las medidas controvertidas infringen el artículo III de forma potencial.[16] Además, al igual que

---

12 Por productos similares se entiende aquellos que, atendiendo a sus propiedades físicas, sus usos finales, los gustos de los consumidores, así como su posición arancelaria son idénticas o casi iguales. Véase, sobre este particular, el informe del Grupo de Trabajo en el asunto *Ajustes en frontera*, adoptado el 2.12.1970 (IBDD 18S/106) y el informe del informe del Grupo Especial en el asunto *Japón-Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importadas*, adoptado el 10.11.1987 (IBDD 34S/83).

13 Los productos sustitutivos y competitivos cuando sean intercambiables a los ojos de los consumidores y ofrezcan medios alternativos para satisfacer una necesidad determinada. A este respecto, véanse los asuntos *Japón-Impuestos sobre bebidas alcohólicas* (WT/DS10), en adelante, *Japón-Bebidas alcohólicas II*; *Corea-Bebidas alcohólicas* y *Chile-Impuestos a las bebidas alcohólicas* (WT/DS87 y WT/DS110).

14 Véanse, a modo de ejemplo, los asuntos *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (WT/DS2), en adelante, asunto *EE.UU.-Gasolina* y *Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos del amianto* (WT/DS135), en adelante, asunto *EE.UU.-Amianto-*.

15 Idea asentada en la «jurisprudencia» de la OMC. Véase, a modo de ejemplo, el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón-Bebidas alcohólicas II* (p. 17).

16 Véase el informe del grupo especial en el asunto *EE.UU.-Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930* (IBDD 36S/402), párr. 5.13.

sucede con el artículo I, la prohibición de las reglas del artículo III también abarca las discriminaciones formales y las *de facto*.[17]

Otro de los pilares fundamentales del sistema lo constituye el artículo XI del Acuerdo General, que impide que los Estados miembros apliquen restricciones y prohibiciones a la importación y exportación de las mercancías.[18] La obligación insertada en este precepto afecta, por tanto, y a diferencia de la prevista en el artículo III GATT, a los productos que todavía no han entrado en el mercado de otro país. Esta regla se ocupa del problema que supone el obstáculo del acceso a los mercados internacionales.

Se trata de una prohibición de alcance absoluto e incondicional puesto que opera frente a todo tipo de contingentes, cuotas o licencias de importación o exportación que puedan restringir el comercio entre los Estados miembros de la OMC, así como otras barreras impuestas por medio de otro tipo de medidas.[19] El artículo XI prohíbe cualquier restricción del comercio independientemente de su motivación, y sin necesidad de tener en cuenta sus efectos económicos o sociales.[20] Ahora bien, a pesar del alcance tan general del artículo XI, su párrafo segundo prevé algunas excepciones que permiten desplazar la aplicación de esta regla.[21]

---

17 Véase el informe del Grupo Especial en el asunto *Japón-Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo* (WT/DS44), párr. 10.85.

18 Artículo I.1 GATT: «Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá —aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas— prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas».

19 Jackson, J.H., W. Davey, W. y A. Sykes, A. *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text*. St. Paul: West Publishing, 1995, p. 423.

20 Véanse los informes de los grupos especiales en los asuntos *CEE-Restricciones cuantitativas aplicadas a la importación de ciertos productos de Hong Kong* (IBDD 30S/129), párr. 27 y *Japón-Medidas aplicadas por el Japón a las importaciones de cuero* (IBDD 31S/94), párr. 44.

21 La virtualidad práctica de estas excepciones, no obstante, ha sido prácticamente nula.

Al GATT no sólo le interesa eliminar los obstáculos al comercio discriminación y protección sino que también tiene por objetivo conseguir una reducción paulatina de los aranceles. Así, entre las reglas destacadas de este acuerdo está el artículo II, en virtud del cual, un Estado no puede aplicar un arancel aduanero más alto a los productos importados de otros Estados que el que gocen sus propios productos nacionales.

Como principio general, las tarifas aduaneras han de bajarse para permitir una mayor fluidez de las importaciones y exportaciones de los Estados. No existen, sin embargo, obligaciones específicas que establezcan en qué medida debe realizarse la reducción arancelaria; ello se establecerá sobre la base de negociaciones bilaterales entre los Estados, multilateralizándose posteriormente sus resultados por efecto de la cláusula de nación más favorecida.

Los Estados también podrán optar por consolidar los derechos aduaneros de ciertos productos antes de proceder a su reducción, es decir, se comprometen a no aumentar los tipos de dichos derechos en el futuro.[22]

A pesar de que los aranceles constituyen un medio para proteger los productos nacionales, su establecimiento es preferible de cara al acceso a los mercados por cuanto es más fácil negociar su reducción o consolidación. De ahí que desde el sistema multilateral de comercio se fomenta el proceso de «arancelización», es decir, sustituir las restricciones al comercio por aranceles.[23] De hecho, desde el nacimiento del

---

[22] De forma excepcional, los Estados podrán elevar el nivel arancelario consolidado, pero si lo hacen tendrán que negociar con los países que se vean afectados por el incumplimiento de los compromisos adquiridos y pagarles una compensación por la pérdida de comercio.

[23] A modo de ejemplo, la totalidad de los productos agropecuarios se encuentran hoy día con aranceles consolidados, mientras que anteriormente más del 30% de dichos productos se encontraban sujetos a contingentes o a restricciones a la importación. Véase esta información en la página *web* de la OMC, <http://www.wto.org (consultada el 30/5/2008)>.

GATT se ha producido una gran disminución de los derechos de aduana, incluso reduciéndose a cero, tratándose de ciertos productos.

Por lo tanto, lo que el Acuerdo del GATT implica, en líneas generales es: 1) crear de comercio no discriminatorio mediante las reglas de la nación más favorecida y de tratamiento nacional; 2) prohibir las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación; y 3) permitir los aranceles aduaneros, si bien, se sujetan a un porcentaje establecido en los anexos del Acuerdo, que varía según el tipo de producto. Además, cabe destacar que el Acuerdo General incluye ciertas exigencias de transparencia y seguridad jurídica, exigiendo su artículo X la publicación de las leyes y las regulaciones de los Miembros de la OMC con efectos comerciales.

Además de las reglas y obligaciones mencionadas anteriormente, el acuerdo también prevé algunas cláusulas que permiten a los miembros de la OMC apartarse de dichas obligaciones. El artículo XX permite que las obligaciones comerciales sean desplazadas cuando se trata de la protección de bienes jurídicos de interés general que merece una mayor protección. Así, se permite excepcionar la vulneración de las reglas citadas anteriormente, pero no por cualquier motivo, sino sólo por los supuestos contenidos en el artículo XX, siendo una lista exhaustiva o de *numerus clausus*, que no admite ser ampliada.[24]

---

[24] Lista de excepciones del artículo XX GATT:
a) necesarias para proteger la moral pública;
b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
c) relativas a la importación o a la exportación de oro o plata;
d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo [...];
e) relativas a los artículos fabricados en las prisiones;
f) impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;
g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;

Todos los Estados miembros tienen el derecho, según la «jurisprudencia» del Órgano de Apelación, a invocar las excepciones contenidas en el artículo XX frente a todas las obligaciones impuestas por el Acuerdo General.[25] Ahora bien, no basta con que la medida nacional se adopte sobre la base de uno de los supuestos previstos en dicho precepto, sino que ha de cumplir una serie de requisitos. Estos requisitos se establecen en cada apartado según la excepción que se invoque y en la parte introductoria, que es común a todas ellas, y que exige que la medida no se aplique de forma que suponga una discriminación arbitraria o injustificable, o una restricción arbitraria al comercio.[26] La carga de probar que la medida controvertida cumple con las condiciones del preámbulo recae sobre el país que alega la excepción.

Por último, el artículo XIX contiene una «cláusula de escape» que puede ser utilizada en aquellos casos en los que se de una situación de emergencia —como la ocasionada por un desastre natural o industrial—, permitiéndose restricciones al comercio con carácter temporal.

---

h) adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos al Consejo de Comercio de Mercancías y no desaprobados por él o de un acuerdo sometido al Consejo de Comercio y Mercancías y no desaprobado por él;

i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los periodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización [...];

j) esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local [...].

25 Informe del Órgano de Apelación, *EE.UU.-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (WT/DS58), en adelante, asunto *EE.UU.-Camarones*, párrs. 158 y 159.

26 Véanse, a este respecto, los asuntos *EE.UU.-Camarones* y *CE-Amianto*.

3. Los Acuerdos sobre medidas de defensa comercial

3.1. El Acuerdo Antidumping (Artículo VI del GATT de 1994)

El primer Código Antidumping del sistema GATT/OMC fue aprobado durante la Ronda Kennedy (1964-1976) en el marco del GATT de 1947. Dicho acuerdo se actualizó en la Ronda Tokio y, finalmente, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay. Desde sus orígenes las medidas del Acuerdo Antidumping han estado estrechamente ligadas a las que regulaban las subvenciones y las medidas compensatorias, por lo que en muchas ocasiones se han negociado ambos acuerdos en paralelo.[27]

El Acuerdo Antidumping completa la regulación que sobre dicha materia se contiene en el artículo VI del GATT. El objetivo principal de este acuerdo es regular la adopción por parte de los Estados Miembros de medidas antidumping, cuando las importaciones de algún producto estén siendo objeto de dumping y estén causando un daño importante a una rama de la producción nacional. Por regla general, la medida antidumping consiste en aplicar un derecho de importación adicional al precio del producto para que se acerque al «valor normal» que el producto debería tener de no ser objeto de dumping. Para evitar la discriminación en la aplicación de medidas antidumping, el acuerdo regula, a través de normas detalladas, el procedimiento a seguir en la investigación de dumping, así como en caso de ser ésta positiva, las medidas antidumping que se pueden adoptar y las condiciones para su mantenimiento.

El artículo 1 del acuerdo establece que los Miembros sólo podrán adoptar medidas antidumping cuando, tras haber realizado una investigación según el procedimiento establecido en el acuerdo, se demuestre que una mercancía está siendo objeto de dumping y que como consecuencia de éste se está provocando un daño importante en una rama de la producción nacional, de ahí que deba probarse el nexo causal.

---

[27] Véase Lacarte Muró, J.A. *Ronda Uruguay del GATT. Ob. cit.*, pp. 295-299.

Se entiende que una mercancía es producto de dumping cuando su precio de exportación es menor que el precio comparable de una mercancía similar destinada al consumo en el país de exportación, valorado tal precio en el trascurso de operaciones comerciales normales (artículo 2.1), es decir, se hace una comparación entre el valor normal del producto y el precio de exportación. La clave para saber si existe dumping reposa, por tanto, sobre la determinación del valor normal de las mercancías. Conforme al acuerdo, el valor normal se puede establecer según tres métodos, uno principal y dos alternativos. El método principal se basa en el precio que tiene el producto o un producto similar en el mercado del país exportador en el curso de operaciones comerciales normales (artículo 2.1).[28] Cuando no sea posible la fijación de tal precio, se recurrirá: o bien al precio comparable de un producto similar exportado por el mismo productor a un tercer país apropiado, o bien al cálculo del precio mediante la suma de los costos de producción, más un porcentaje de beneficios, los gastos generales y otros gastos imputables a la exportación (artículo 2.2).

La mercancía objeto de dumping tiene que causar un daño importante o retraso importante en la creación de una rama de la producción nacional (artículos 3 y 4). Por tanto, tienen que reunirse tres elementos: 1) que se afecte a una rama de la producción nacional; 2) que se esté provocando un daño importante sobre esa rama de la producción; y 3) que exista un nexo causal entre las importaciones investigadas y el daño importante sufrido por la rama de la producción nacional.

---

[28] La jurisprudencia del SSD se ha encargado de delimitar cada uno de los extremos de la definición que aparece en el artículo 2.1 del acuerdo. En este sentido, se aconseja consultar el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos-Ley Antidumping de 1916* (WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, en adelante, *EE.UU.-Ley de 1916*), párrs. 105 y ss., sobre la definición de dumping; el informe del Grupo Especial en el asunto *Indonesia-Automóviles*, párr. 14.173, en cuanto a la determinación de producto similar; informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos-Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente originarios del Japón* (WT/DS184/AB/R, en adelante, *EE.UU.-Acero laminado en caliente*), párrs. 140 a 145, sobre la delimitación de venta en operaciones comerciales normales.

El daño que sufre una rama de la producción nacional se analiza con referencia a la situación en que se encuentra la producción nacional de productos similares (artículos 3.6 y 4.4), puesto que las ramas de la producción nacional se clasifican con referencia a las producciones de productos similares (artículo 4.1), quedando el concepto de «producto similar» definido a los afectos del acuerdo en el artículo 2.6.[29] El acuerdo fija además los casos de excepciones a la producción de productos similares: cuando existan empresas vinculadas, en casos de separación geográfica de mercados, o cuando exista una unión aduanera (artículo 4.1 i) y ii)).

El daño tiene que ser importante y real, no sirve la amenaza de daño.[30] Para su determinación es necesario realizar un análisis objetivo de naturaleza económica, basado en pruebas positivas sobre diferentes factores (artículo 3): el volumen de las importaciones y el efecto de éstas sobre los precios de productos similares, la repercusión de las importaciones sobre la producción nacional, así como todas las pruebas de las que dispongan las autoridades nacionales para demostrar la relación entre el dumping y el daño que sufre la producción.

El acuerdo exige, además, para poder imponer las medidas antidumping, que exista un nexo causal entre el prejuicio que sufre las ramas de la producción nacional y las importaciones objeto de dumping. Por tanto, dichas medidas sólo se pueden imponer tras el desarrollo de

---

[29] Existe una amplia y asentada jurisprudencia sobre lo que se entiende por rama de la producción nacional de productos similares. Dentro de ella se pueden consultar, el informe del Grupo Especial en el asunto *Indonesia-Automóviles*, par. 14.173; el informe del Órgano de Apelación en el asunto *EE.UU.-Acero laminado en caliente*, párr. 189; el informe del Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas-Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India* (WT/DS141/R), párr. 6.181; el informe del Grupo Especial en el asunto *México-Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de Estados Unidos* (WT/DS132/R, en adelante, *México-Jarabe de maíz*), párrs. 7.147-7.148.

[30] Informe del Órgano de Apelación en el asunto *México-Jarabe de maíz*, párrs. 88 a 93.

una investigación, que ha de discurrir según los requisitos procesales especificados en los artículos 5 a 8 del acuerdo. Las diferentes fases del procedimiento de investigación aparecen perfectamente detalladas. Hay que resaltar la importancia que tienen la idoneidad de las solicitudes —la iniciativa recae sobre la «rama de la producción nacional o en nombre de ella»—, el establecimiento de plazos para la terminación de las mismas y el acceso a la información que se debe conceder a todos los interesados. La investigación concluye con la decisión de las autoridades administrativas nacionales de la existencia o no de circunstancias que justifiquen la aplicación de medidas *antidumping*.

Si se comprueba y demuestra la existencia del daño, el Miembro perjudicado puede aprobar derechos antidumping. La adopción de los mismos no es una obligación, sino un derecho que se otorga a los Miembros (artículo 9.1). Por otra parte, los Miembros quedan vinculados a aplicar exclusivamente los tipos de medidas antidumping que se establecen en el acuerdo y según los criterios del mismo (artículo 18).[31] Las medidas adoptadas por el Miembro tienen que orientarse a contrarrestar y eliminar el dumping. En ese sentido, el acuerdo admite la posibilidad de negociar compromisos adicionales primero (artículo 8), y en caso de ser infructuosos, imponer derechos aduaneros complementarios (artículos 9 a 11), quedando la adopción de otro tipo de medidas prohibida.[32] Lo que sí se permite a los Miembros es la imposición de derechos antidumping provisionales (artículo 7), siempre y cuando exista una base suficiente para predeterminar la existencia del daño importante.

---

[31] Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estado Unidos-Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones del 2000* (WT/217/AB/R, WT/234/AB/R), párr. 240.

[32] En este sentido, sirven como ejemplos de medidas prohibidas las examinadas en los informes del Órgano de Apelación en los asuntos *EE.UU.-Ley de 1916*, párr. 137 y *EE.UU.-Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrs. 264-265.

El acuerdo establece reglas concretas para limitar la imposición de derechos complementarios, bien provisionales o bien definitivos, con el objetivo de evitar que el Miembro perjudicado se vea beneficiado de la imposición del derecho antidumping. Así, los derechos provisionales no podrán establecerse por más de cuatro meses ni podrán sobrepasar el margen de dumping previsible. En cuanto a los definitivos, se permiten dos métodos para su determinación, el retrospectivo y el prospectivo (apartados 1 y 2 del artículo 9.3, respectivamente).[33] En ambos casos, el margen del derecho antidumping no debe ser superior al margen de dumping fijado para cada mercancía.

Las medidas antidumping sólo deben mantenerse mientras dure el dumping y pueden ser objeto de reexamen, tras un lapso razonable o cuando se haya modificado alguna de las circunstancias que justificaron su aprobación (artículo 11).

El acuerdo también incluye una cláusula especial de aplicación a los países en desarrollo y menos avanzados en el artículo 15. No obstante, el reconocimiento que se hace a través de este artículo es meramente formal, por lo que no puede decirse que exista una aplicación del principio de trato especial y diferencial en el ámbito del acuerdo antidumping.[34]

3.2. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias

El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias tiene por finalidad limitar las subvenciones que pueden otorgar los miembros,

---

[33] El método retrospectivo es el que suele emplear Estados Unidos para fijar sus normas antidumping, mientras que el prospectivo es el que emplean las Comunidades Europeas.

[34] Véase LUFF, D. *Le Droit de L´Organisation Mondiale du Commerce*. Bruselas: Bruylant, 2004, pp. 545-546; MANERO SALVADOR, A. *OMC y desarrollo. Evolución y perspectivas del trato desigual en el Derecho del Comercio Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 301-306.

y, por otro lado, regular la reacción compensatoria que podrá imponer otro Estado frente a la subvención.[35]

El artículo 1.1 de este instrumento considera que existe una subvención cuando:

> A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:
> a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo «gobierno»), es decir:
> i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);
> ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);
> iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios —que no sean de infraestructura general— o compre bienes;
> iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos;
> o
> a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994;
> y
> b) con ello se otorgue un beneficio.

En resumen, son necesarias dos condiciones: la existencia de una aportación pública y que ésta suponga un beneficio.

Además, para que una subvención pueda dar lugar a un derecho compensatorio, es necesario que sea una *subvención específica*, de acuerdo con el artículo 2, esto es, que se limite a determinadas empresas o grupos de empresas, o ramas de producción o grupos de ramas de

---

[35] Un análisis sobre este acuerdo puede consultarse en Luengo Hernández de Madrid, G. *El Derecho de las subvenciones en la OMC*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

producción de la siguiente forma: i) cuando se limite la subvención a determinadas empresas; ii) cuando la subvención o su utilización predominante se destine a un número limitado de empresas; iii) cuando la subvención se otorgue en desproporcionadamente a determinadas empresas; iv) cuando la administración haya actuado de forma discrecional; o v) cuando la subvención se destine a empresas de una determinada área geográfica.[36]

Una vez calificada una subvención como tal, y si cumple los requisitos de la especificidad, es preciso diferenciar tres tipos diferentes de subvenciones para determinar si cabe la aplicación de un derecho compensatorio tiene o no lugar. Así, podemos diferenciar entre subvenciones: (i) prohibidas (artículos 3 y 4); (ii) recurribles (artículos 5, 6 y 7); y no recurribles (artículos 8 y 9).

Las primeras, que constituyen la llamada «caja roja», son aquellas supeditadas *de iure* o *de facto* a resultados de exportación y las que den preferencia a los productos nacionales sobre los importados, expresamente prohibidas en virtud del artículo 3.2. La acción contra estas subvenciones se recoge en el artículo 4. Esta acción consistirá, básicamente, en la solicitud de celebración de consultas por parte del Miembro que crea que otro mantiene una subvención prohibida, para aclarar los elementos del caso y acordar una solución. En caso de que dicha solución no se alcanzara en 30 días, cualquiera de los dos Miembros, podrá recurrir al Sistema de Solución de Diferencias con vistas al establecimiento inmediato de un Panel, que, si en 30 días, decide que estamos ante una subvención prohibida, recomendará su retirada pronta. Dicho informe podrá ser apelado, en cuyo caso, el Órgano de Apelación, también en 30 días decidirá. Finalmente, en caso de incumplimiento de cualquiera de los dos informes, el Órgano de Solución de Diferencias, podrá autorizar contramedidas contra el Miembro incumplidor.

---

[36] Véase Luengo Hernández de Madrid, G. «El concepto de subvención en la OMC: comparación con el sistema europeo de ayudas a raíz del caso de las empresas de venta en el extranjero». *Revista Electrónica* de *Estudios Internacionales*, 2000, p. 6.

Las subvenciones recurribles, que dan lugar a la «caja naranja», son las subvenciones específicas no prohibidas. Para recurrirlas se deberá demostrar que afectan negativamente —causando un daño a una rama de la producción nacional, una anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros en virtud del GATT de 1994 o de las listas de concesiones o un perjuicio grave—[37] a los intereses de otros Miembros. En caso de que un miembro considerase que otro concede o mantiene este tipo de subvenciones, podrá solicitar la celebración de consultas, de manera similar al procedimiento prohibido con relación a las subvenciones prohibidas. Ahora bien, el artículo 7, regulador de esta acción, amplia considerablemente los plazos.

Finalmente, las subvenciones no recurribles, esto es, las que forman la *caja verde*, se recogen en el artículo 8 y son aquellas no específicas, o las que siéndolo, no cumplen los requisitos de los apartados a), b) o c) del artículo 2.1. Además, forman parte de este grupo las que se destinan a la investigación,[38] a la «asistencia de las regiones desfavorecidas situadas en el territorio de un Miembro prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional y no específica (en el sentido del artículo 2) dentro de las regiones acreedoras a ella»[39] y a la protección de medio ambiente «para promover la adaptación de las instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas».[40]

A pesar de que estas medidas no son recurribles, el artículo 9 prevé que en caso de que se produzcan para un Miembro efectos desfavorables graves en alguna rama de la producción nacional «capaces de

---

37 La definición de perjuicio grave se recoge en el art. 6.

38 Que cumplan con las condiciones de los párrafos i) a v) del apartado a) del art. 8.2.

39 Siempre que cumpla con lo previsto en los párrafos i) a iii) del apartado b) del art. 8.2.

40 A condición de lo establecido en los párrafos i) a v) del apartado c) del art. 8.3.

causar un perjuicio difícilmente reparable», ese Estado podrá solicitar la celebración de consultas con el Estado que otorga la subvención, cuyo objeto será dilucidar las circunstancias del asunto y alcanzar una solución aceptable para ambos. En caso de que en los 60 días siguientes a la solicitud de celebración de consultas, no se haya alcanzado dicha solución, el miembro solicitante podrá someter la cuestión al Comité que examinará la situación y se pronunciará en 120 días. El Comité podrá recomendar la modificación de la medida para que esos efectos desfavorables no se produzcan. Si en 6 meses no se ha dado cumplimiento, el Comité podrá autorizar la adopción de contramedidas.

Además de las subvenciones, debemos aludir a la regulación de los derechos compensatorios recogida en la Parte V del acuerdo. Conforme a la nota al pie 36 definimos *derecho compensatorio* como «un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994».

Para considerar la pertinencia de la imposición de un derecho compensatorio, es preciso que el miembro que se considere perjudicado lleve a cabo una investigación en la que deberá demostrar la existencia de una *subvención prohibida* o *recurrible*, que exista un *perjuicio grave* a una rama de la producción nacional y un *nexo de causalidad* entre las subvenciones y el daño.[41]

3.3. El Acuerdo sobre Salvaguardias

El *Acuerdo sobre Salvaguardias* es una vía de escape para los Miembros de la OMC en caso de que como consecuencia de un aumento

---

[41] Véase el informe del Órgano de Apelación del asunto *Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania* (WT/DS231/AB/R) párr. 77 y 78.

imprevisto de las importaciones de un producto, se cause o se amenace con causar un daño grave a una rama de la producción nacional de un Estado, desarrollando, de esta forma, el artículo XIX del GATT (artículo 2.1). Así pues, se prohíben y evitan las medidas de *zona gris*, empleadas con anterioridad a la entrada en vigor de los acuerdos de la OMC. Estas medidas consistían en el acuerdo entre dos Estados a través del cual uno reducía las exportaciones hacia otro Estado. Estas medidas fueron progresivamente suprimidas hasta 1998. Es por ello, que lo que pretende este acuerdo es la búsqueda de la transparencia en el establecimiento de estas medidas.[42]

Para poder establecer una medida de salvaguardia, es preciso que el Miembro que así lo desea, demuestre la existencia o la amenaza de un *daño grave*, en términos absolutos o relativos (artículo 4), que la medida de salvaguardia sea proporcional y necesaria para paliar los efectos de ese daño (artículo 5) y que tenga una duración determinada que, en ningún caso superará ni se podrá prorrogar más allá de los ocho años (artículo 7).

Para atenuar los efectos de la medida de salvaguardia, se prevé la posibilidad de celebrar consultas para compensar su efecto, con miras a conseguir una solución mutuamente satisfactoria en 30 días, los exportadores podrán suspender, en los 90 días siguientes, «la aplicación, al comercio del Miembro que aplique la medida de salvaguardia, de concesiones u otras obligaciones sustancialmente equivalentes resultantes del GATT de 1994, cuya suspensión no desapruebe el Consejo del Comercio de Mercancías»; salvo en el caso de que la medida se encuentre en sus tres primeros años de aplicación y el daño haya sido calculado en términos absolutos (artículo 8).

Finalmente, y con relación a los países en desarrollo, sólo se podrán aplicar medidas de salvaguardia un producto originario de un Estado

---

[42] Un análisis completo sobre este acuerdo puede consultarse en Martín Rodríguez, P. J. *Las salvaguardias en la Organización Mundial del Comercio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

calificado como tal si las importaciones superan el 3% del producto o, si son inferiores a esta cantidad, dichas importaciones representan más del 9% de las importaciones totales del producto (artículo 9).

4. Los Acuerdos sectoriales

4.1. El Acuerdo de Agricultura

Durante la vigencia del GATT de 1947, el sector agrícola se encontraba excluido del ámbito de regulación. La razón no fue otra que el *Agricultural Adjustment Act* estadounidense, que prohibía las importaciones de productos agrícolas en su territorio. A esta situación, se vino a sumar la concesión de una derogación (artículo XXV.5 del GATT) a Estados Unidos en 1955[43] por la que se les dispensaba del cumplimiento de los artículos XI (prohibición de las restricciones cuantitativas) y III (tratamiento nacional) del Acuerdo General. Esta derogación estuvo en vigor hasta 1994.

No fue hasta en la Declaración de Punta del Este cuando se mencionó expresamente la reintegración de los productos agrícolas en las negociaciones de la Ronda Uruguay y, con ello, en el sistema multilateral. Estas negociaciones fueron extremadamente complejas y delicadas, en tanto que las posturas de los diferentes grupos fueron contrapuestas.[44]

En el marco de la Ronda Uruguay tres fueron los protagonistas de estas negociaciones: los Estados Unidos, la Comunidad Europea y el Grupo de Cairos,[45] que mantenían posturas enfrentadas sobre la polí-

---

[43] Véase el documento W.9/238 de 3 de marzo de 1955 disponible en el portal de documentos del GATT de 1947 <http://www.wto.org/gatt_docs/1951_55.htm> (consultado el 15/10/2007).

[44] Véase Bermejo García, R. «El Conflicto agrícola entre los Estados Unidos y la Unión Europea a la luz de la Ronda Uruguay». *Revista de instituciones europeas*, 1995.

[45] El Grupo de Cairns agrupa a una serie de Estados grandes productores agrícolas: Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Hungría, Indonesia, Malasia, Nueva Zelanda, Filipinas, Tailandia y Uruguay.

tica de ayudas y el acceso a los mercados. A pesar de la estructura diferente de las ayudas estadounidenses y europeas,[46] ambos defendían su mantenimiento, mientras que los miembros del Grupo de Cairns apoyaban la liberalización del sector. El Acuerdo sobre la Agricultura fruto de la Ronda Uruguay supone una solución de consenso, en tanto que a pesar de que se mantienen las ayudas, éstas se reducen a la vez que constituye un primer paso hacia la liberalización del sector.[47]

Por lo que respecta a la regulación que establece este acuerdo, es preciso distinguir entre las ayudas —internas y a la exportación— y el acceso a los mercados —arancelización de obstáculos no arancelarios y reducción de los aranceles—.

En primer lugar, es necesario señalar que tanto las ayudas internas y las subvenciones a la exportación se someten a reducciones, a pesar de que estamos ante un régimen diferente y menos estricto que el que se establece con carácter general en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. El Acuerdo sobre la Agricultura da un primer paso hacia la reducción de los subsidios, tanto por lo que respecta a las *ayudas internas* como a las *subvenciones a la exportación*.

Por lo que respecta a las ayudas internas, el acuerdo diferencia entre las *ayudas que afectan directamente a la producción* y las que *no* lo hacen. Las primeras, según el artículo 6.1, deben convertirse en una

---

[46] Como señala López Jurado, los mecanismos de ayuda de EE.UU. y de la UE son diferentes: Mientras «Estados Unidos se basa en un sistema ayuda directa a los agricultores, la PAC comunitaria combina medidas internas de sostenimiento de precios con un doble mecanismo destinado a proteger el mercado comunitario de importaciones procedentes de terceros Estados (exacciones agrícolas) y a favorecer las exportaciones comunitarias (subvenciones a la exportación)» (véase López-Jurado Romero de La Cruz, C. «El tratamiento de los países en vías de desarrollo en la Organización Mundial del Comercio y las iniciativas unilaterales de la Comunidad Europea». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 3, 2001, p. 23, <http://www.reei.org>).

[47] Véase Alcoceba Gallego, A. y A. Manero Salvador. *El comercio agrícola internacional y europeo. El régimen del algodón*. Madrid: MAPA, 2006, p. 15 y ss.

Medida global de ayuda total (MGA), que debe someterse a un proceso progresivo de reducción de un 20% en 6 años. Estamos ante el conocido como «compartimento ámbar». Además de estas ayudas, encontramos las que tienen *efectos muy pequeños en el comercio* y pueden ser aplicadas sin problemas. Se trata de las medidas que integran el «compartimento verde» entre las cuales están los programas de investigación, de seguridad alimentaria, de reestructuración del sector agrícola nacional, etcétera. Por último, también se permiten las medidas del «compartimento azul» que consisten en pagos directos a los agricultores que tengan como objetivo *reducir la producción*.

Con relación a las subvenciones a la exportación, el compromiso de reducción consiste en una disminución del *valor* de la subvención del 36% en seis años para los países desarrollados. Los países en desarrollo se comprometen a reducir el valor de las subvenciones a la exportación un 24% en diez años (artículo 9.2.b) iv) junto con el artículo 15). El *volumen* de exportaciones subvencionadas debe reducirse un 21% durante el mismo periodo.

Llegados a este punto, conviene hacer una referencia a una disposición de enorme interés: la *cláusula de paz* recogida en el artículo 13 del acuerdo. Durante sus nueve años de vigencia, esta disposición establece expresamente como excepción al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, las ayudas que pueden otorgarse al amparo del Acuerdo sobre la agricultura. Así, aquellas medidas que se encuentran en el «compartimento verde», no serán objeto de derechos compensatorios ni de otras medidas previstas en dicho instrumento. En caso de las demás medidas de ayuda interna, sólo podrán ser objeto de derechos compensatorios si se prueba la *debida moderación* de la investigación sobre las mismas. En todo caso, si dicha medida de ayuda no supera la de la campaña de 1992, estará exenta de las medidas basadas en la anulación o menoscabo.

En lo que atañe al *acceso a los mercados*, el artículo 4.2 del Acuerdo sobre la agricultura establece la arancelización de los obstáculos no arancelarios. La mayor parte de las trabas al comercio agrícola antes de

la entrada en vigor del Acuerdo sobre la agricultura eran no arancelarias, esto es, obstáculos, según T. FLORY, de naturaleza administrativa que no funcionan en virtud de los mecanismos de precios.[48] Además, el artículo 4.1 dispone una reducción de los aranceles y una supresión de los picos arancelarios.

En definitiva, estos son los aspectos más relevantes de la regulación de este acuerdo. No obstante, no se debe olvidar que no estamos más que ante un primer paso hacia la liberalización del sector, cuestión que se está abordando actualmente en la Ronda de negociaciones comerciales multilaterales, iniciada en Doha (Qatar) en 2001. En esta Ronda, una de las cuestiones más controvertidas es la liberalización del comercio agrícola que enfrenta fundamentalmente a los países desarrollados y a los países en desarrollo, defensores estos últimos de una liberalización del sector frente a la postura protectora de los primeros. El debate gira en torno a tres ejes: i) acceso a los mercados; ii) subvenciones a la exportación; y iii) disciplina sobre las medidas de ayuda interna distorsionadoras fundamentalmente del compartimento ámbar.

El *acceso a los mercados* pretende facilitarse, aunque poco se ha avanzado sobre esta cuestión desde la adopción del *Marco de julio de 2004*, donde se acordó la reducción arancelaria estratificada que tenga en cuenta las diferentes estructuras arancelarias.[49] Con relación a las

---

[48] Abarcan «les restrictions quantitatives à l´importation, les prélèvements variables à l´importation, les prix minimaux à l´importation, les régimes d´importation discrétionnaires, les mesures non tarifaires appliqués par l´intermédiaire d´entreprises commerciales d´Etat, les autolimitations des exportations et les mesures à la frontière similaires autres que les droits de douane proprement dits». Quedan fuera del proceso de arancelización «les mesures appliquées au titre d´autres dispositions générales du GATT 1994 qui ne concernent pas spécifiquement l´agriculture (telles que les mesures appliquées au titre des dispositions de l´article XII du GATT 1994 relatives à la balance des paiements) ainsi que les mesures appliquées au titre des clauses de sauvegarde et les mesures prises dans l´Accord sur les sauvegardes». FLORY, T. *L'organisation mondiale du commerce. Ob. cit*., pp. 62 y 63.

[49] Véase Marco de julio, documento WT/L/579 de 2 de agosto de 2004, párrs. 29 y 30.

subvenciones a la exportación, se prevé su desaparición progresiva para 2013, así como el establecimiento de disciplinas sobre todas las medidas relativas a la exportación que tengan efecto equivalente.[50] Finalmente, uno de los aspectos más espinosos, es el de la reducción de las medidas de *ayuda interna distorsionadoras del comercio*. El mayor avance hasta el momento tuvo lugar en la Declaración ministerial de Hong Kong donde se acordaron tres bandas para las reducciones de la «MGA Total Final Consolidada y para el recorte global de la ayuda interna causante de distorsión del comercio, con mayores recortes lineales en las bandas superiores, […] los países en desarrollo Miembros que no tengan compromisos en materia de MGA estarán exentos de las reducciones del nivel *de minimis* y del recorte global de la ayuda interna causante de distorsión del comercio», y se prevé el examen de los criterios del *compartimento verde*, teniendo, entre otros objetivos, la finalidad «de asegurar que estén efectivamente comprendidos los programas de los países en desarrollo Miembros que no causen más que efectos mínimos de distorsión del comercio».[51]

Mención aparte merece la *cuestión del algodón*, que ha sido el único cultivo tratado de forma específica al margen del marco general de las negociaciones sobre la agricultura. En este sentido, la denuncia realizada por Burkina Faso, Chad, Malí y Benín en la Conferencia ministerial de Cancún evidenciando la dramática situación en la que se encontraban sus economías, fuertemente dependientes del algodón, con motivo de las políticas distorsionadoras de otros Estados, sumado a la diferencia que enfrentaba a Brasil y Estados Unidos con motivo de las subvenciones al algodón americano *(upland)*,[52] dio lugar a un replanteamiento de las negociaciones sobre la agricultura otorgando un especial protagonismo al algodón. Así, en la Conferencia de Hong Kong se acordaron las siguientes medidas: «Los [países desarrollados] deberán

---

50 Véase Declaración ministerial de Hong Kong, documento WT/MIN(05)/DEC de 22 de diciembre de 2005, par. 16.

51 Véase *ibíd*., párr. 5.

52 Asunto *Estados Unidos–Subvenciones al algodón americano (upland)* (WT/DS267).

eliminar «todas las subvenciones a la exportación para el algodón en 2006» […], los [países desarrollados] «darán acceso libre de derechos y de contingentes a las exportaciones de algodón procedentes de los [países menos avanzados][…] a partir del comienzo del periodo de aplicación» […], se tendrá como objetivo que las ayudas internas «a la producción del algodón causantes de distorsión del comercio sean reducidas más ambiciosamente que en virtud de cualquier fórmula general que se acuerde, y que este resultado se aplique en un periodo más breve que el generalmente aplicable a la agricultura».[53]

4.2. El Acuerdo sobre Tecnología de la Información

El acuerdo sobre tecnología de la información (conocido por sus siglas ATI) presenta dos particularidades en relación con el resto de los tratados que forman parte del bloque de mercancías. En primer lugar, no se integró el paquete de acuerdos que se adoptaron durante la Ronda Uruguay, sino que se aprobó mediante la Declaración Ministerial de la primera Conferencia Ministerial de la OMC, mantenida en Singapur en diciembre de 1996. Y en segundo lugar, no participan en él todos los Miembros de la OMC, sino que se situó bajo el régimen de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, de manera que los Estados integrantes de la organización pueden elegir si se adhieren o no a este acuerdo.[54]

Queda, por tanto, al margen de la aplicación del principio de *todo único*. Sin embargo, sí que se somete al resto de los principios básicos de la OMC, así como al funcionamiento del sistema institucional.[55] De ahí que las diferencias entre los participantes en el acuerdo se resuelvan

---

53 Véase Alcoceba Gallego y Manero Salvador, ob. cit., pp. 27 y 28.

54 Inicialmente firmaron este acuerdo 29 Miembros de la OMC. A fecha de mayo de 2008, son 70 los Miembros de la OMC que forman parte del acuerdo, y representan el 97% del total del comercio mundial de productos de tecnología de la información. Véase el documento G/IT/1.Rev 40, de 2 de noviembre de 2007.

55 Véase la Declaración Ministerial sobre el Comercio de Productos de Tecnología de la Información, par. 2.a) i); documento WT/MIN (96)/16, de 13 de diciembre de 1996.

a través del SSD. En cuanto a su funcionamiento desde el punto de vista institucional, el encargado de gestionar este acuerdo es el Comité de Participantes sobre la Expansión del Comercio de los Productos de Tecnología de la Información (conocido como Comité del ATI), que informa y es supervisado por el Consejo del Comercio de Mercancías.[56] Entre las labores que tiene atribuidas el Comité destacan la de asegurar una cierta coherencia entre las clasificaciones aduaneras de los productos incluidos en el acuerdo que hagan los Miembros; examina igualmente los obstáculos no aduaneros, con el objetivo de poder adoptar en el futuro normas sobre los mismos.

Desde el punto de vista material, el ATI prevé la reducción arancelaria y no arancelaria que recae sobre los productos de tecnología de la información incluidos en el acuerdo, dentro de los plazos pactados entre los participantes. Hasta la fecha los compromisos sobre reducciones se han establecido sólo en el ámbito de las medidas arancelarias, quedando, por el momento, sin desarrollar los compromisos de las reducciones no arancelarias.[57]

Los tres principios básicos sobre los que se asienta este acuerdo son:

1. Todos los productos incluidos en la Declaración deben incluirse en las reducciones de los Miembros, sin posibilidades de excepción;[58]

2. Sobre todos los productos incluidos se debe llegar a un arancel cero;

---

[56] El Comité se constituyó a través del documento G/L/160, de 2 de abril de 1997, par. 3. El último informe que presentó el Comité del ATI al Consejo del Comercio de Mercancías, en el que resumía su labor durante el 2007, así como la situación de los compromisos del acuerdo, se contiene en el documento G/L/838, de 9 de noviembre de 2007.

[57] Si bien es cierto que aún no se han asumido compromisos en el ámbito de la reducción de obstáculos no arancelarios, el Comité del ATI en el año 2000 estableció las bases sobre las que discurrirían los futuros debates y negociaciones sobre este ámbito. Véase documento G/IT/19.

[58] No obstante, se permite que para determinados productos sensibles se establezcan plazos más amplios de eliminación de las reducciones.

3. Igualmente sobre estos productos deberán eliminarse los demás derechos y cargas aduaneras.

El acuerdo crea un mecanismo de consultas regulares entre los Miembros, para supervisar la puesta en marcha de los compromisos asumidos, las dificultades en su cumplimiento y las posibilidades de avanzar en la profundización de los mismos. Los productos incluidos en el acuerdo se agrupan en seis categorías: ordenadores, equipos de telecomunicaciones, semi-conductores, equipos para la fabricación de semi-conductores, programas informáticos, e instrumentos científicos. Desde el 1997 los Miembros vienen manteniendo consultas tratando de añadir nuevos productos a esta clasificación. No obstante, hasta la fecha no se ha logrado un consenso suficiente para su ampliación.

5. Los Acuerdos sobre medidas en aduanas

5.1. El Acuerdo de Valoración en Aduanas (Artículo VII del GATT de 1994)

El Acuerdo de Valoración en Aduanas de la OMC es heredero del Código sobre Valoración en Aduanas incluido en el sistema del GATT de 1947 durante la Ronda Tokio.[59] Este acuerdo está destinado a establecer un régimen uniforme y completo para la determinación del valor de las mercancías en las aduanas, de manera que la normativa que apliquen los Estados no pueda suponer una elevación arbitraria y ficticia del valor de las mercancías importadas, de la que evidentemente resulte una traba al comercio.[60]

---

[59] Realmente, es un copia casi literal de dicho código, salvo en dos aspectos: la regulación de las controversias, que la remite al sistema general del ESD, y la aplicación que hace del principio de trato especial y diferenciado, que permite establecer una normativa diferente para los países en desarrollo que no existía durante la época del GATT de 1947. Véase Lacarte Muró, J. A. *Ronda Uruguay del GATT*, ob. cit., pp. 293-294.

[60] El valor en aduanas de una mercancía constituye la base sobre la que cual se aplican los derechos aduaneros *ad valorem*, es decir, aquellos que suponen un

El régimen de valoración aduanera que se diseña en el seno de la OMC recoge, además de la regulación del GATT de 1947, la normativa internacional sobre la materia existente hasta la fecha y deja en suspenso su aplicación entre los Miembros de la organización. La regulación básica de la valoración aduanera se enuncia en el artículo VII del GATT y se completa por el acuerdo que estamos analizando; a los que hay que añadir dos Decisiones Ministeriales aprobadas en la Ronda Uruguay: la Decisión relativa a los casos en que las administraciones de aduanas tengan motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado, y la Decisión sobre los textos relativos a los valores mínimos y a las importaciones efectuadas por agentes exclusivos, distribuidores exclusivos y concesionarios exclusivos.[61]

Para determina el valor en aduanas de una mercancía, el acuerdo parte de la base de que dicho valor equivale al valor de transacción del producto, es decir, el valor efectivamente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación en el país de importación (artículo 1), elevando o disminuyendo dicho precio de acuerdo con los ajustes que se permiten hacer (artículo 8) —método principal de valoración en aduanas—. Si no hay que hacer ningún ajuste, el precio para realizar la valoración en aduanas será el determinado por la factura de venta.

Si se considera que el valor de transacción de la mercancía no es fiable,[62] entonces se recurrirá a los denominados métodos secundarios

---

tanto por ciento del valor del producto importado. De ahí que el valor en aduanas sirva para determinar la cantidad a pagar en aduanas.

61 Ambas declaraciones tenían que ser confirmadas por el Comité de Valoración en Aduanas, una vez que éste iniciase sus actividades, tarea que cumplió con el documento G/VAL/1, de 27 de abril de 1995.

62 Se considera que el precio efectivamente pago no es fiable cuando no se han dado condiciones de plena competencia en la transacción comercial (art. 1). Así, no hay plena competencia si existen restricciones de cesión o de utilización por el comprador, salvo las excepciones que contempla el acuerdo, o cuando exista vinculación entre el vendedor y el comprador que afecte al precio de venta (véase la definición recogida en el art. 15.4 del acuerdo).

de valoración en aduanas, que se aplicarán por orden y de forma sucesiva hasta que se consiga la correcta determinación de dicho valor. Estos cinco métodos consisten, respectivamente, en calcular el valor en aduanas:

1. De mercancías idénticas (artículo 2), que son aquellas que son iguales en todo, es decir, que coinciden tanto a las circunstancias de la mercancía en sí, como el país origen de producción y el productor.

2. De mercancías similares (artículo 3), considerándose como tales las que sean semejantes a las que se tienen que valorar, en cuanto a su composición, características y funciones y que además hayan sido producidas en el mismo país y por el mismo productor que las que se tienen que valorar.

3. Según el precio unitario de venta de la mayor cantidad total vendida en el país de importación de mercancías idénticas o similares (artículo 5). Es el denominado valor deductivo, porque al precio de la venta hay que deducirle una serie de conceptos que no se incluyen en la valoración aduanera (artículos 5.1. a).

4. De acuerdo con el valor reconstruido (artículo 6),[63] que consiste en el valor resultante de la suma de los costes de producción (que incluye el valor de los materiales y los costes de fabricación), más los gastos generales, una cantidad en concepto de beneficios y aquellos gastos que sean imputables a la exportación.

5. Si ninguno de los métodos anteriores permite establecer correctamente el valor en aduanas de las mercancías, se puede recurrir para su determinación a la aplicación de «criterios razonables», de acuerdo con las reglas de la OMC para fijar dicho valor, dentro de los cuales se pueden incluir el precio de venta que en el país de importación

---

[63] Si el importador lo solicita, se puede alterar el orden de aplicación del método tercero y cuarto, *ex* artículo 4 del acuerdo.

tiene la mercancía, o el precio de la mercancía en el mercado nacional del país exportador, etcétera (artículo 7).

La normativa interna sobre valoración aduanera se somete a la obligación de transparencia que pesa sobre todo el sistema comercial de la OMC (artículo 12), incluida la necesaria notificación de dicha reglamentación al Comité de Valoración en Aduanas (artículo 22), órgano encargado de la supervisión y control del acuerdo (artículo 23). Estas obligaciones no son incompatibles con la competencia que les corresponde a las autoridades nacionales para desarrollar su trabajo en aduanas, y que les habilita para establecer los controles de las declaraciones aduaneras que consideren necesario (artículo 17), así como la confidencialidad sobre determinadas normas (artículo 10).

Por otra parte, el acuerdo dispone que se apliquen a la valoración en aduanas los principios de trato especial y diferenciado (artículo 20). De manera esquemática, se puede decir que las normas de este tipo que se incluyen en el acuerdo de valoración en adunas se pueden agrupar, por un lado, en las que orientadas a establecer periodos más largos para la aplicación de todo o parte del acuerdo a algunos Miembros y, por otro, aquellas enfocadas a proporcionar asistencia técnica a los Miembros en desarrollo que lo soliciten.[64]

Desde el punto de vista institucional, ya se ha señalado que el órgano encargado de la supervisión y control del acuerdo es el Comité de Valoración en Aduanas, compuesto por representantes de todos los Miembros, y que se somete a su vez al Consejo del Comercio de Mercancías. Por la complejidad técnica del acuerdo, el Comité de Valoración en Aduanas está asesorado por un comité técnico, el Comité Técnico de Valoración en Aduanas, que actuará bajo las tutela de la Organización Mundial de Aduanas, y de acuerdo con los criterios de funcionamiento fijados en el Anexo II del acuerdo. La labor de este comité

---

[64] Una información sobre estas cláusulas se puede consultar en Manero Salvador, A. *OMC y desarrollo*, *ob. cit*., pp. 288-296.

técnico no es política, como la del comité de valoración en aduanas, y se limita al examen de la legislación y práctica aduanera de los Miembros de la OMC cuando así se lo solicita o algún Miembro o el comité de valoración en aduanas.

5.2. El Acuerdo de Normas de Origen

Las reglas sobre normas de origen sirven para determinar la procedencia nacional de un producto. El origen de un producto permite, por un lado, comprobar si tal producto está siendo objeto de discriminación comercial o no y, por otro, faculta la aplicación de las medidas de política comercial oportunas.

Las normas de origen son definidas en el artículo 1.1 del Acuerdo sobre normas de origen como «las leyes, reglamentos y decisiones administrativas de aplicación general aplicados por un Miembro para determinar el país de origen de los productos siempre que tales normas de origen no estén relacionadas con regímenes de comercio contractuales o autónomos conducentes al otorgamiento de preferencias arancelarias que sobrepasen la aplicación del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994»; esto es, sólo se regulan las *normas de origen no preferenciales*, aunque la Declaración común del Anexo II del acuerdo extiende los principios reguladores a las normas de origen preferenciales.

El origen de un producto se determina por el lugar en el que ha sufrido la última transformación sustancial. Para concretar lo que se entiende por «transformación sustancial» los Miembros de la OMC emplean diferentes criterios, sin que a día de hoy se haya adoptado una normativa unificada al respecto. Ante la dispersión legislativa actual, el objetivo fundamental del acuerdo es lograr el establecimiento de unas normas de origen transparentes, fiables, que no supongan restricciones ni distorsiones comerciales y que sean objetivas, lo que se conseguiría en el largo plazo a través de un proceso de armonización de normas de origen no preferenciales previsto en la Parte IV del acuerdo, y para cuya consecución trabajarán conjuntamente la OMC y la

Organización Mundial de Aduanas (OMA). Mientras se desarrolla su armonización, se pretende que los Miembros mantengan unas normas de origen transparentes, y que las apliquen de manera coherente, uniforme, imparcial y bajo criterios positivos (artículos 2 y 3). En definitiva, que los Miembros adopten y empleen normas de origen que no constituyan obstáculos innecesarios al comercio.

El programa de trabajo para la armonización de las normas de origen, según el acuerdo de normas de origen, debía culminarse a los tres años de su iniciación, en julio de 1998 (artículo 9.2). No obstante, si bien se han logrado importantes avances, no se pudo concluir en dicho plazo por la complejidad técnica de la materia, y a día de hoy se continúan confeccionando las normas de armonización. El responsable de la confección del programa de trabajo es el Comité de Normas de Origen y del Comité Técnico del Consejo de Cooperación Aduanera con sede en Bruselas. El Comité de Normas de Origen es un órgano político de la OMC y como tal lleva a cabo funciones similares a los demás comités del sistema, esto es, la supervisión y revisión del funcionamiento del acuerdo. El Comité Técnico se sitúa bajo la esfera de la OMA y su labor se circunscribe a la supervisión técnica de los temas relacionados con las normas de origen, es decir, a la determinación de todas las cuestiones técnicas que afecten a las normas de origen de los Miembros.[65]

5.3. El Acuerdo sobre los procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación

El artículo 1 del Acuerdo sobre el trámite de licencias de importación establece qué entendemos por «trámite de licencias de importación»: «el procedimiento administrativo utilizado para la aplicación de los regímenes de licencias de importación que requieren la presentación

---

[65] Véase López Libreros, J. M. *Las normas de origen para las mercancías en el comercio internacional (OMC, TLCAN y UE).* Tesis Doctoral, Universidad Carlos IIII de Madrid, marzo 2008, p. 293 y ss.

de una solicitud u otra documentación (distinta de la necesaria a efectos aduaneros) al órgano administrativo pertinente, como condición previa para efectuar la importación en el territorio aduanero del Miembro importador».

La finalidad de este instrumento es intentar evitar las distorsiones en el comercio que pueden derivarse de la necesidad de que exista una obligación de disponer de una licencia para que una mercancía pueda ser importada. En definitiva, su objetivo es garantizar la mayor transparencia y simplicidad posible en este trámite imponiendo una serie de obligaciones como la publicación, la notificación o la aplicación no discriminatoria, entre otras.

Este acuerdo diferencia entre las licencias automáticas y las que no lo son. Las primeras, recogidas en el artículo 2, son aquellas que se aprueban siempre que se cumplan una serie de requisitos recogidos en su párrafo (a) de esta disposición, como que los solicitantes reúnan las condiciones legales que impone el Estado para el producto, que las solicitudes se presenten el un día hábil anterior al despacho en aduana del producto y que la solicitud se presente de forma completa y adecuada. Si se cumplen estos requisitos, y siempre que sea «administrativamente factible» se aprobará la solicitud de licencia en un plazo máximo de diez días hábiles.

Por lo que respecta a las no automáticas, el artículo 3 establece que no tendrán efectos distorsionadores o restrictivos en el mercado y que el procedimiento administrativo debe simplificarse. Asimismo, se prevé que se facilite la información necesaria al Miembro que desea importar.

6. Los Acuerdos sobre obstáculos no aduaneros

6.1. El Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)

El temor a las epidemias, las plagas y otras enfermedades ha provocado la adopción de un buen número de reglamentaciones estatales que

establecen ciertos estándares de calidad para evitar aditivos, contaminantes, toxinas y organismos que pudieran ser portadores de enfermedades en comidas, bebidas y piensos. Estas regulaciones, al igual que sucede con las especificaciones técnicas, pueden constituir obstáculos al comercio introducidos por los Estados con fines proteccionistas. Precisamente para evitar estos supuestos se negoció el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF).

En principio, el ámbito de aplicación del Acuerdo MSF se determina *ratione materiae*. En efecto, todos aquellos obstáculos al comercio por motivos sanitarios y fitosanitarios han de regirse por las normas del acuerdo MSF,[66] y lo serán todas las reglamentaciones que puedan subsumirse en la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias contenida en su Anexo A y que afecten de forma directa o indirecta al comercio.[67]

Las reglas sustantivas de este acuerdo se encuentran en sus artículos 2, 3 y 5, que en parte contienen las mismas exigencias que el GATT, añadiendo nuevos requisitos y obligaciones. Al igual que ocurre con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se trata de obligaciones cuya infracción ha de ser probada por la parte que reclama.

Las medidas basadas en motivos sanitarios y fitosanitarios han de adoptarse conforme a una evaluación del riesgo y deben contar con base científica (artículos 2.2 y 5.1 MSF). El propio Acuerdo establece en su artículo 5.2 una serie de criterios, principalmente de carácter científico, que pueden tenerse en cuenta para determinar si existe un riesgo sanitario. No se trata de una lista *numerus clausus*, sino que

---

66 Informe del Grupo Especial en el asunto *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón* (WT/DS18/R), par. 8.39, en adelante, asunto *Australia-Salmón*.

67 Véanse los artículos. 1.4 y 1.5 MSF. Así también lo constató el Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas-Medias que afectan a la carne y los productos cárnicos* (WT/DS26/R y WT/DS48/R), par. 8.36, en adelante, asunto *CE-Hormonas*.

pueden alegarse otro tipo de elementos para establecer que existe un riesgo más allá de los verificables en un laboratorio científico.[68] Por otro lado, el artículo 5.7 MSF permite a los Estados miembros adoptar medidas provisionales, bajo determinados requisitos, en aquellos casos en los que no exista una evidencia científica.[69]

Las medidas sanitarias y fitosanitarias también deben respetar las exigencias de «no discriminación» y de necesidad. Así, el artículo 2.3 MSF exige que las medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio ni una discriminación arbitraria o injustificada entre los Estados que se encuentren en situaciones idénticas o similares, así como entre éstos y el país que adopta la medida.[70] Además, el artículo 5.5 MSF prohíbe la aplicación de diferentes niveles de protección ante situaciones similares que supongan una discriminación injustificada y arbitraria o una restricción encubierta del comercio internacional.[71] Por lo que se refiere al requisito de la necesidad, se considerará que la medida sanitaria o fitosanitaria es «necesaria» cuando no exista otra medida: (i) razonablemente disponible, teniendo en cuenta la fiabilidad técnica y económica del Estado en cuestión; (ii) que alcance el nivel de protección adecuado; y (iii) que sea menos restrictiva de forma significante (artículo 5.6).

---

[68] Así lo ha establecido el Órgano de Apelación en su informe en el asunto *CE-Hormonas*, párr. 187.

[69] Las condiciones para aplicar esta aproximación *sui generis* del principio de precaución son extremadamente estrictas, tal y como se ha comprobado en los asuntos *Japón-Medidas que afectan a la importación de manzanas* (WT/DS245) y *Japón-Medidas que afectan a los productos agropecuarios* (WT/DS76).

[70] Se trata de observar las reglas de trato nacional y de nación más favorecidas del GATT, tal y como ha confirmado el Órgano de Apelación en el asunto *Australia-Salmón*, párr. 251.

[71] El artículo 2.3 constituye la obligación general que informa al artículo 5.5 MSF (véase el informe del Órgano de Apelación, asunto *CE-Hormonas*, párrs. 212 y 250). Aunque ambas obligaciones son independientes, la infracción del artículo 5.5 constituye un indicio de vulneración de la regla del artículo 2.3 (véanse los informes del Órgano de Apelación en los asuntos *CE-Hormonas*, párr. 240 y *Australia-Salmón*, párr. 252), pero no al revés (véase el informe del Grupo Especial, asunto *Australia-Salmón*, párr. 8.109).

Por otra parte, el Acuerdo MSF establece obligaciones de reconocimiento mutuo y armonización. Así, el artículo 4 MSF establece que los Estados han de aceptar las medidas sanitarias y fitosanitarias de otros miembros como equivalentes siempre y cuando éstas alcancen el nivel de protección elegido por el Estado. Por otra parte, se prevé el intercambio de información así como la consecución de acuerdos bilaterales y multilaterales que establezcan estas equivalencias (artículo 4.2).

Por último, el artículo 3.1 MSF dispone que las medidas sanitarias y fitosanitarias hayan de basarse en las normas internacionales sobre la materia, si éstas existen, con objeto de fomentar la armonización de los estándares aplicados entre los países signatarios.[72] Además, en el apartado 2 del artículo 3 se establece una presunción de compatibilidad de las medidas nacionales que sean «conformes con» estos estándares. No obstante, el propio artículo 3 en su párrafo tercero permite que los Estados se aparten de las normas y recomendaciones internacionales existentes para establecer una protección más estricta que la prevista en ellos, siempre y cuando cuenten con una justificación científica para ello y cumplan con el resto de obligaciones del Acuerdo MSF.

El Acuerdo MSF incluye, asimismo, una presunción de compatibilidad con el GATT, en particular con su artículo XX (b), de toda medida sanitaria y fitosanitaria que cumpla con sus prescripciones (artículo 2.4).

La exigencia de justificación científica constituye la obligación principal del Acuerdo, tal y como se ha venido constatando en las diferencias comerciales que han tenido ocasión de aplicarlo, que hasta la fecha han sido los asuntos *CE-Hormonas*, *Australia-Salmón*, *Japón-Productos agrícolas II* y *Japón-Manzanas* y *CE-Productos biotecnológicos*.[73]

---

[72] Su objetivo armonizador ha sido reconocido el Órgano de Apelación en el asunto *CE-Hormonas*, par. 177.

[73] *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293), en adelante, *CE-Productos biotecnológicos*.

En ninguno de estos asuntos los Estados reclamados pudieron probar que las medidas controvertidas cumplían con las exigencias de la base científica y evaluación del riesgo requerida por el Acuerdo MSF. Ello ha llevado a pensar que sean estas obligaciones y no otras —como las que prohíben la discriminación y proteccionismo— las que tienen el mayor peso en este Acuerdo y que van más allá de las exigencias previstas en el GATT.[74]

6.2. El Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) tiene por objeto la regulación de los estándares técnicos aplicables a los productos y a la elaboración de éstos con el fin de evitar regulaciones proteccionistas por parte de los Estados miembros de la OMC. Las divergencias técnicas relativas a la comercialización de los productos pueden crear obstáculos al comercio en la medida que las mercancías importadas deban someterse a diferentes requisitos en unos y otros países. Dichos requisitos pueden consistir en prescripciones relativas a los ingredientes, a la calidad, a la seguridad, a las dimensiones, al embalaje y al etiquetado de los productos.[75]

Precisamente la naturaleza potencial de los obstáculos técnicos como instrumentos proteccionistas impulsó la negociación un acuerdo específico dirigido a eliminar dichos obstáculos. El Acuerdo OTC fue adoptado en la Ronda Tokio en 1979,[76] si bien su texto actual fue negociado durante la Ronda Uruguay, y ha sido con la creación de la OMC cuando se ha convertido en obligatorio para todos los Estados Miembros de esta organización, por efecto del principio de todo único.[77]

---

74 Fernández Egea, R. M. *Comercio internacional de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*. Madrid: Marcial Pons, 2008 (en prensa).

75 Véase, a este respecto, el Anexo 1 al Acuerdo OTC en el que se establecen las definiciones de «reglamento técnico» y «norma».

76 Dicho acuerdo se adoptó el 12 de abril de 1979 y se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 1980.

77 Sobre el funcionamiento de dicho principio véase supra epígrafe 12.2.3.

Como regla general, el Acuerdo OTC será de aplicación cuando la medida controvertida establezca «las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados» o incluya «prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado» aplicadas a los productos o los procesos y métodos de producción. En definitiva, cuando encaje en las definiciones de «reglamento técnico» o de «norma» previstas en el propio acuerdo.[78]

Las principales reglas del Acuerdo OTC se encuentran recogidas en su artículo 2. El primer apartado de este precepto incluye las cláusulas de nación más favorecida y de trato nacional en términos casi idénticos al GATT. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha afirmado que las obligaciones del Acuerdo OTC son «diferentes» y «adicionales» a las obligaciones impuestas a los Miembros por el GATT.[79]

El apartado 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC establece que los Miembros se abstendrán de elaborar, adoptar y aplicar reglamentaciones técnicas «que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional». Ahora bien, el mismo artículo 2.2 añade que

---

[78] Estas definiciones se encuentran recogidas en el Anexo I del Acuerdo OTC. Abarcan el mismo tipo de acto desde el punto de vista material, sólo difieren en que el «reglamento técnico» es obligatorio y la «norma» no.
La «jurisprudencia» OMC sostiene que son tres los elementos que han de tenerse en cuenta para afirmar que una reglamentación constituye un «reglamento técnico»: (i) que la medida concierna a uno o varios productos dados; (ii) que precise las características técnicas de dichos productos; y (iii) que sea obligatoria (véase informe del Grupo Especial, asunto *CE-Amianto*, párr. 8.57, confirmado por el Órgano de Apelación en los asuntos *CE-Amianto*, párrs. 72-74 y *Comunidades Europeas-Denominación comercial de sardinas* (WT/DS231, en adelante, *CE-Sardinas*-) párr. 176). El Órgano de Solución de Diferencias ha acogido una definición relativamente amplia de «reglamento técnico», planteándose algunas dudas en la práctica a la hora de subsumir una medida nacional en dicha categoría. Véase una crítica en este sentido en Fernández Egea, R. M. «El asunto Amianto. Por fin una decisión saludable». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 3, 2001 (<http://www.reei.org>).

[79] Informe del Órgano de Apelación, asunto *CE-Amianto*, párr. 80.

las reglamentaciones técnicas que prevén la imposición de obstáculos al intercambio de mercancías no se considerarán contrarias al Acuerdo OTC si se adoptan para la consecución de un objetivo legítimo[80] y la restricción no es mayor de lo necesario para alcanzar dicho fin.[81] En este caso, a diferencia de lo que ocurre en el marco del GATT, la parte reclamante ha de probar que las reglamentaciones técnicas no se adoptan conforme a un objetivo legítimo para que se afirme la vulneración de la regla. Por otro lado, en virtud del apartado 3 del artículo 2 del Acuerdo OTC los reglamentos técnicos no deberán mantenerse cuando «las circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción ya no existen».

Los Miembros se encuentran igualmente compelidos, en virtud de su artículo 2.4 OTC, a utilizar los estándares internacionales existentes como base de sus reglamentos técnicos, salvo que éstos no se consideren efectivos o apropiados para la consecución del fin que se desea.[82] Esta disposición que, en un principio, pudiera parecer banal si

---

[80] El artículo 2.2 OTC se refiere a objetivos tales como: «los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente». No obstante, esta lista es ejemplificativa y no de *numerus clausus*.

[81] La disposición establece concretamente que: «reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo», y que «[a]l evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos».

[82] El artículo 2.4 OTC establece lo siguiente: «Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales».

tenemos en cuenta que el OTC incluye también la obligación de no crear obstáculos al comercio discriminatorios y proteccionistas, ha sido la que ha ocasionado la primera diferencia en el marco de este Acuerdo: el asunto *CE-Sardinas*.

En dicho asunto, la reglamentación comunitaria que sólo permitía la comercialización con la etiqueta de «sardinas» de la especie *Sardina pilchardus walbaum*, pero no de la *Sardinops sagax sagax*, procedente de Perú, se declaró contraria al artículo 2.4 del Acuerdo OTC porque no reflejaba los estándares internacionales que permiten emplear el término «sardinas» también para la especie peruana.[83] Aunque el Acuerdo OTC permite que los Estados se separen de la armonización internacional «en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos»,[84] tanto el panel como el Órgano de Apelación consideraron que existían pruebas suficientes de que la norma internacional pertinente era apropiada y suficientemente eficaz para garantizar los objetivos alegados por la CE —transparencia del mercado, protección del consumidor y competencia leal—.[85]

El artículo 2.5 OTC establece que cuando las reglamentaciones técnicas sean conformes a las normas internacionales, se presumirá que no se crea un obstáculo innecesario al comercio internacional. Este último párrafo también establece que los Miembros de la OMC están obligados a dar a conocer a aquellos otros que lo soliciten las reglamentaciones técnicas que puedan tener efectos significativos para el comercio, así como facilitar las explicaciones pertinentes sobre si éstas

---

[83] Informe del grupo especial en el asunto *CE-Sardinas*, paras. 7.74 y ss. e informe del Órgano de Apelación en el mismo asunto, párrs. 196-216. En este pronunciamiento se afirmó el carácter obligatorio de los estándares internacionales atendiendo al tenor literal del artículo 2.4 OTC y a su contexto.

[84] Art. 2.4 OTC. Los objetivos referidos son los contemplados en el art. 2.2 OTC.

[85] Informe del grupo especial en el asunto *CE-Sardinas*, párrs. 7.86-7.88 e informe del Órgano de Apelación en el mismo asunto párr. 290.

constituyen obstáculos innecesarios al comercio o si existen circunstancias que excepcionan su ilicitud.[86]

Por último, el artículo 2.7 OTC obliga a los Miembros a «considerar favorablemente la posibilidad de aceptar como equivalentes» las reglamentaciones extranjeras, aunque difieran de las propias, siempre y cuando sean adecuadas para el cumplimiento de los objetivos del Estado que importa los bienes.

6.3. El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio

El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC o TRIMS en sus siglas en inglés) no es como un acuerdo destinado a favorecer y proteger las inversiones, sino que simplemente regula y prohíbe determinadas medidas que afectan a las inversiones dentro del comercio de mercancías.[87] Lo que pretende el acuerdo es liberalizar las inversiones que

---

[86] Los apartados 9 y 10 del artículo 2 OTC establecen asimismo otras obligaciones de notificación e información. Las obligaciones de información, notificación y transparencia exceden las previstas en el artículo X GATT, que sólo prevé obligaciones acerca de su publicación.

[87] Véase artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC.
Conviene aclarar que la OMC no tiene competencia para regular de manera general los temas de inversiones internacionales. Como se ha señalado, el Acuerdo sobre las MIC afecta sólo a determinadas inversiones que tienen efectos sobre los intercambios comerciales de mercancías. Junto a este acuerdo, el Acuerdo GATS incluye las inversiones exteriores en los servicios como uno de los cuatro modos de suministro de servicios (modo tercero; artículo I.2 del GATS) y como tal las regula. Pero en ambos casos nos encontramos con normativa que se encarga de aspectos puntuales de las inversiones exteriores. Algunos Miembros apoyaron la idea de que se incluyera dentro del elenco de materias que gestiona la organización el tema de las inversiones en un sentido más amplio y sobre todo que se encargase de la regulación de las mismas en cuanto afecte a las normas de libre competencia. De ahí que ya en la primera Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur en 1996, se aprobase la creación de un grupo de trabajo encargado de investigar las posibilidades de incorporar dicho

afectan a este sector comercial, con el objetivo de conseguir el crecimiento económico de los Miembros.[88] Para ello, recuerda el acuerdo que los Miembros no podrán aplicar MIC (medidas de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías) discriminatorias y que sean contrarias a los principios básicos del GATT, en especial al principio de trato nacional y al de eliminación de restricciones cuantitativas (artículo 2). Dicha limitación afecta tanto a las inversiones exteriores como a las interiores, siempre y cuando éstas tengan una repercusión en el comercio internacional de mercancías.[89]

El propio acuerdo señala en su anexo ejemplos de MIC que se presuponen contrarias a la aplicación de estos principios. Así, se consideran que atentan contra el principio de trato nacional las MIC exigibles en virtud de una normativa interna obligatoria que fuercen el empleo de productos o fuentes nacionales y, por tanto, discriminen productos similares extranjeros que podrían ser importados, concediendo de esta forma cualquier tipo de ventaja comercial a los productos nacionales.[90] Igualmente, el anexo señala que se califican como contrarias a la eliminación de las restricciones cuantitativas las MIC que condicionen las importaciones de las empresas, o las exportaciones de sus productos, en base a una normativa interna imperativa.

De conformidad con el artículo 2 «ningún Miembro aplicará ninguna MIC que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III u XI del GATT de 1994». Asimismo, las excepciones generales contempladas en los artículos XX y XXI del Acuerdo General también serán de aplicación, de acuerdo con el artículo 3 del TRIMS, y las

---

tema a la organización. El tema de las inversiones, así entendido, forma parte de los denominados *Temas Singapur*. Sobre los Temas Singapur véase supra, el epígrafe 12.4.

88 Véase Preámbulo del Acuerdo sobre las MIC.

89 Informe del Grupo Especial en el asunto *Indonesia-Automóviles*, párr. 14.73.

90 Sobre las clases de ventajas que se pueden obtener y que estarían prohibidas, consultar informe el Grupo Especial en el asunto *Indonesia-Automóviles*, párrs. 14.83 y ss.

derogaciones especiales que les puedan afectar. En esta misma línea, el artículo 4 especifica que podrán aplicarse las normas sobre trato especial y diferenciado que sean pertinentes para este tipo de reglas. Así, se emplearán las Secciones B y C del artículo XVIII del GATT para los países menos adelantados y la Sección D del mismo artículo para los países en desarrollo. Se fija también un plazo excepcional más largo para la eliminación de las MIC en el caso de los países menos adelantados; plazo que originalmente era hasta el 1 de enero de 2002 y que el Consejo del Comercio de Mercancías lo amplió para algunos Miembros.[91]

Como ocurre con muchos de los acuerdos del bloque de mercancías, el acuerdo sobre las MIC se somete al sistema general de notificaciones y a la obligación de transparencia del artículo X del GATT (artículo 6).

Desde el punto de vista institucional, el encargado de la supervisión del funcionamiento del acuerdo es el Comité de las MIC (artículo 7). El comité, del que pueden formar parte todos los Miembros, sirve de foro de debate y además controla y comprueba que los Miembros cumplen con sus obligaciones dentro del acuerdo, incluidas las de notificación y transparencia. El comité rinde cuentas anualmente al Consejo del Comercio de Mercancías.

El Acuerdo sobre las MIC es, por tanto, un complemento útil dentro de la liberalización del comercio de mercancías, pero de efectos muy limitados. La revisión y profundización que preveía el propio acuerdo a los cinco años de su entrada en vigor (artículo 9) forma parte de las negociaciones de la Ronda de Doha.[92] No obstante, hasta la fecha no ha habido avances en este sector, dado que afecta a áreas políticamente sensibles para los Estados negociadores, lo cual provoca que no se encuentren muy cómodos para hacer mayores cesiones.

---

[91] Véanse los documentos G/L/410, de 13 de noviembre de 2000, G/L/460 a 466, de 7 de agosto de 2001, y G/L/497 a 504, de 9 de noviembre de 2001.

[92] Véase Declaración Ministerial de Doha, Documento WT/MIN(01)/DEC/1 de 20 de noviembre de 2001, apartados 20, 21 y 22.

La Regulación de otros sectores comerciales en la OMC

Ana Manero Salvador
Esther López Barrero
Rosa María Fernández Egea

Regulación de otros sectores comerciales en la OMC

Ana Manero Salvador
Esther López Barrero
Rosa María Fernández Egea

Sumario: 1. Introducción: la inclusión de nuevos temas en la Ronda Uruguay.— 2. Los Acuerdos sobre servicios.— 2.1. El Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS).— 2.2. Protocolos anexos al GATS.— 3. El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS).— 4. Temas horizontales.— 4.1. El regionalismo en la OMC.— 4.2. Los temas medioambientales y la OMC.— 4.3. Desarrollo y comercio.

1. Introducción: la inclusión de nuevos temas en la Ronda Uruguay

Tras casi cuarenta años de vigencia, la regulación comercial del GATT de 1947 se vio superada por la situación de la economía mundial de mediados de los setenta y principios de los ochenta. El proteccionismo económico en alza y la falta de respuesta a la situación comercial de los países en desarrollo, fueron los dos motores principales de la apertura de la Ronda Uruguay. Desde la gestación de la propia Ronda, las posiciones de los países desarrollados y de los en desarrollo estuvieron enfrentadas. Así, estos últimos pretendían que se revisasen y cumpliesen los compromisos del GATT de 1947, mientras que las grandes potencias económicas eran proclives a ampliar el ámbito material del sistema comercial multilateral, introduciendo nuevos temas, como los

servicios. Esta dicotomía fue la que presidió el desarrollo de la Ronda y sus resultados.[1]

Del amplio listado de nuevas materias que se comenzaron a estudiar y se trataron de incluir en las negociaciones comerciales, sólo algunas lograron finalmente ser objeto de compromisos y se reflejaron en los acuerdos firmados al final de la Ronda Uruguay. En lo que afecta a este capítulo, nos interesa analizar la aparición de los dos nuevos bloques comerciales: Servicios y Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, así como la inclusión de algunas áreas transversales (el regionalismo, el medioambiente o los problemas del desarrollo), que se erigieron como nuevos pilares del sistema comercial multilateral.

Por lo que respecta a los Servicios, su introducción en las negociaciones fue un objetivo prioritario para los países desarrollados, en especial para los EE.UU. y para la Comunidad Europea, desde los comienzos de la misma, dada la importancia que su comercio iba adquiriendo. A pesar de la inicial oposición de los países en desarrollo, no resultó especialmente compleja su inclusión en las negociaciones multilaterales. De ahí que se situasen en la Parte II de la Declaración de Punta del Este, por la que se dio inicio a la Ronda Uruguay. Desde el principio la negociación sobre servicios se abordó de forma separada a la del GATT, puesto que, como mantenían algunos Estados (en especial, Brasil e India), se trataba de un tema ajeno a la competencia del mismo. La finalidad de las negociaciones sobre servicios era el establecimiento de unos principios y normas multilaterales comunes para el comercio de servicios, incluyéndose la posibilidad de elaborar algunos compromisos por sectores particulares. El desarrollo de la negociación sobre este ámbito fue complejo y sufrió diversos estancamientos, especialmente hasta la Reunión de Bruselas de principios de los noventa. Sólo en los últimos años de la Ronda Uruguay se logró que los negociadores cediesen en

---

[1] Sobre el desarrollo de las negociaciones de la Ronda Uruguay consultar Lacarte Muró, J.A., *Ronda Uruguay del GATT*. *Ob. cit.*, pp. 21-203.

sus posturas y lograsen consensuar un acuerdo que, finalmente, sí que se situó en paralelo al GATT y fue cubierto por los mismos principios que regían este acuerdo.

La incorporación de los *derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* siguió un camino distinto al de los *servicios*. Su negociación se incluyó también en la Declaración de Punta del Este y también fue blanco de las reticencias de los países en desarrollo, que veían en esta nueva área una fuente más para coartar su libertad que de desarrollar el comercio, por lo que preferían que fuese la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y no el GATT, la que regulase este sector.[2] No obstante, las presiones de los EE.UU., muy interesados en aprobar una nueva regulación más completa y efectiva que la que se contenía en los acuerdos de la OMPI, logró la apertura de negociaciones en este ámbito.

La negociación de los compromisos sobre los derechos de propiedad intelectual sí se incluyeron dentro de las negociaciones del GATT, como un ámbito más del mismo. Los avances en el sector fueron complicados. A diferencia del resto de lo que ocurría en el resto de los ámbitos, las negociaciones sobre los ADPIC no se basaron en la liberalización comercial, sino en los cambios de las normativas internas y en el reforzamiento de las convenciones existentes, para obligar a su cumplimiento en el derecho nacional. Sin embargo, el texto final del acuerdo desbordó tales expectativas e impuso nuevos compromisos a los Miembros.[3]

---

[2] Un resumen breve, pero clarificador, de la situación de las negociaciones en la OMPI, así como de los motivos que incitaron la inclusión de este sector en la OMC y del desarrollo de las negociaciones de la Ronda Uruguay se puede consultar en Lacarte Muró, J.A. *Ronda Uruguay del GATT*. *Ob. cit.*, p. 345; Hoekman, B.M. y M.M. Kostecki. *The Political Economy of the World Trading System*. Oxford University Press, 2001, pp. 274-285; Warêgne, J.-M., *L'Organization Mondiale du Commerce*. Centre de Recherche et d´Information Socio-politiques, 2000, pp. 167-169.

[3] Véase *infra*, epígrafe 3.

En cuanto a los temas transversales, hemos englobado bajo este epígrafe tres ámbitos diferentes: los problemas de los acuerdos regionales, los derivados de la cuestión medioambiental y los relacionados con el desarrollo. En los tres casos nos encontramos ante áreas que no fueron ajenas a la regulación del GATT de 1947, en especial el ámbito de los acuerdos regionales que aparecían expresamente previstos en el artículo XXIV del Acuerdo General. No obstante, los compromisos adoptados durante la Ronda Uruguay supusieron un avance y, en algunos aspectos, el lanzamiento de una normativa comercial en estas áreas, cuya regulación anterior se había mostrado deficiente. Cabe destacar los esfuerzos que se hicieron por incorporar los problemas del desarrollo en la organización, puesto que su ausencia durante la época del GATT de 1947 dio origen a fuertes tensiones entre sus miembros. No obstante, los compromisos de fondo sobre el particular, como puede leerse en estas páginas, fueron menores de los inicialmente previstos.

2. LOS ACUERDOS SOBRE SERVICIOS

2.1. El Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS)

En el Anexo 1B al Acuerdo del Marrakech por el que se establece la OMC, figura el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS en sus siglas en inglés). Este acuerdo, fruto de la Ronda Uruguay, supone una importante ampliación del ámbito de regulación tradicional del sistema multilateral de comercio, en tanto que se supera el marco clásico de mercancías.

El GATS es una respuesta a las necesidades de regulación de un sector profundamente cambiante y con creciente importancia económica. En palabras de López Escudero, el GATS es:

> un tratado comercial multilateral que regula las cuestiones más importantes del comercio internacional de servicios [,] es un acuerdo de cooperación económica que, en absoluto, implica la transferencia a una organización internacional de la competencia de los Estados para regular en su territorio la

> producción y comercialización de servicios en función de sus objetivos de política nacional[, sino que el objetivo del GATS] es mucho menos [ambicioso], ya que este acuerdo se limita a establecer un marco multilateral de principios y normas para las transacciones internacionales de servicios capaz de impulsar la expansión del comercio internacional en este sector y, por ende, el crecimiento económico de todos los países.[4]

Es preciso señalar que estamos ante un acuerdo de estructura compleja, cuyo texto se divide en tres partes claramente diferenciadas. En primer lugar, encontramos el articulado, que recoge una serie de obligaciones generales y específicas, así como los compromisos de liberalización progresiva, las disposiciones institucionales y las finales; en segundo lugar, los anexos, donde se encuentran normas aplicables a determinados sectores; y, finalmente, en tercer lugar, las listas de compromisos de los Estados.

El articulado comienza con la disposición fundamental (artículo I) en la que se delimita el ámbito de aplicación del acuerdo, definiendo qué se entiende por *servicio*:

1. El presente Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios.
2. A los efectos del presente Acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:
   a. del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;
   b. en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro;
   c. por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;
   d. por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.

En este sentido, se establecen cinco modalidades: la primera, relativa al párrafo 2.a) alude al *comercio transfronterizo*, también conocida

---

[4] López Escudero, M. *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 82.

como modo 1; la segunda prevista en el párrafo 2.b) se refiere al *consumo en el extranjero*, o modo 2; la tercera recogida en el párrafo 2.c) se conoce como *presencia comercial* o modo 3; y, finalmente, la cuarta contemplada en el párrafo 2.d) alude a *la presencia de personas físicas* o modo 4.

Una vez establecido el ámbito material de aplicación de este instrumento, es preciso enumerar las obligaciones que de él se derivan. De esta forma, debemos distinguir entre las *obligaciones generales*, de aplicación automática, y las *obligaciones específicas* concretadas en las *listas de compromisos* de cada Miembro.[5]

En las primeras es preciso destacar dos obligaciones fundamentales: la cláusula de la nación más favorecida y el principio de transparencia.[6] La *cláusula de nación más favorecida* se recoge en el artículo II. Ahora bien, se contempla la posibilidad de mantener medidas incompatibles con esta cláusula, tanto para aquellos miembros que aplicaban medidas contrarias en el momento de la entrada en vigor del GATS, como para aquellos que las apliquen en el momento de su adhesión. Incluso se prevé la posibilidad de conceder exenciones, que siempre podrán ser objeto de examen, y deberán tener una duración determinada.

El *principio de transparencia*, previsto en el artículo III GATS, obliga a los Miembros de la OMC a *publicar* o, si no es posible, *poner a*

---

[5] Las listas de compromisos de cada Miembro varían en su extensión y profundidad. No son definitivas, sino que son modificables (de acuerdo con el mecanismo previsto en el artículo XXI). En ellas figuran los servicios a los que los miembros deciden aplicar los compromisos específicos y adicionales, los sectores y los modos.

[6] Es preciso señalar que, al igual que ocurre en el GATT, el GATS permite que, bajo determinadas condiciones, los Miembros puedan evitar la aplicación de estas normas, ya sea por desequilibrios en la balanza de pagos (artículo XII), las excepciones generales previstas en el artículo XIV y redactadas de forma análoga al artículo XX del GATT, y las excepciones relativas a la seguridad del artículo XVI *bis*, análogas, también, al artículo XXI del GATT.

disposición del público, «todas las medidas [y los instrumentos internacionales de los que sea parte] pertinentes de aplicación general» que afecten al contenido del acuerdo y su funcionamiento, a *informar*, al menos de forma anual, al Consejo del Comercio de Servicios «del establecimiento de nuevas [normas, o de la modificación de los ya existentes] […] que afecten significativamente al comercio de servicios abarcado por sus compromisos específicos», a *responder con prontitud* a las solicitudes de información específica y a *establecer servicios encargados de facilitar dicha información*.

Por otro lado, y por lo que respecta a los *compromisos específicos* concretados en las listas de compromisos de los miembros, hay que distinguir tres disposiciones: el acceso a los mercados (artículo XVI); el trato nacional (artículo XVII); y los compromisos adicionales (artículo XVIII).

Con relación al *acceso a los mercados*, el artículo XVI.1 dispone que «cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista». No obstante, este acceso puede limitarse en virtud del segundo párrafo en función de seis motivos, que deben haberse consignado para poder ser mantenidos. Estas restricciones se establecerían en virtud del número de proveedores, del valor de los activos o transacciones, del número de operaciones o de la cuantía de la producción, del número de personas físicas suministradoras, del tipo de persona jurídica o de la participación de capital extranjero.

Por lo que respecta al *trato nacional*, el artículo XVII establece que pueden figurar en las listas limitaciones a la aplicación de este principio de no discriminación.

Finalmente, por lo que respecta a los *compromisos adicionales*, el artículo XVIII dispone que «los Miembros podrán negociar compromisos con respecto a medidas que afecten al comercio de servicios pero

no estén sujetas a consignación en listas en virtud de los artículos XVI o XVII, incluidas las que se refieran a títulos de aptitud, normas o cuestiones relacionadas con las licencias. Dichos compromisos se consignarán en las Listas de los Miembros».

Una vez analizado, *grosso modo*, el contenido el GATS, no resta sino afirmar que estamos ante un instrumento que constituye un primer paso hacia la liberalización del comercio de servicios. En este sentido, el artículo XIX prevé que «los Miembros entablarán sucesivas rondas de negociaciones, la primera de ellas a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, y periódicamente después, con miras a lograr un nivel de liberalización progresivamente más elevado». Este proceso se enmarca actualmente en el marco de la Ronda de Doha. Por lo que respecta a sus avances, las negociaciones sobre la liberalización de servicios han topado, como no podía ser de otra forma, con las dificultades a las que se enfrenta esta Ronda.[7]

2.2. Protocolos adicionales al GATS

Las negociaciones sobre el ámbito de los servicios mantenidas durante la Ronda Uruguay fueron muy intensas y menos fructíferas de lo que algunos Miembros deseaban. No obstante, con la intención de no alargar la conclusión de la Ronda y porque los acuerdos sobre algunas materias concretas de los servicios no llegaban a consensuarse, los Miembros tomaron la decisión de aprobar el GATS y remitir la discusión y aprobación de compromisos sobre determinados ámbitos de los servicios al Consejo del Comercio de Servicios. En cumplimiento de este mandato negociador el Consejo del Comercio de Servicios ha logrado la aprobación de cuatro Protocolos, que profundizan en los compromisos asumidos en los sectores sobre los que recaen: sobre servicios financieros, sobre movimientos de personas físicas y sobre telecomunicaciones básicas.

---

[7] Véanse las Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas por el Consejo de Comercio de Servicios el 28 de marzo de 2001 (Documento S/L/93).

El *Protocolo relativo al movimiento de personas físicas* (Tercer Protocolo del GATS)[8] desarrolla el modo 4 de prestación de servicios incluido en el GATS, consistente en la presencia física de las personas que prestan los servicios en el país en el que se han de desarrollar los mismos. Este modo de prestación de servicios no incluye la posibilidad de imponer compromisos sobre las políticas de inmigración de los Miembros, sino que se refiere exclusivamente al acceso y la estancia temporal de nacionales de un Miembro en el territorio de otro para la de servicios. A la conclusión de la Ronda Uruguay, las Listas de compromisos de los Miembros mantenían aún muchas trabas para la posible aplicación de esta modalidad, que a quienes más interesa es a los países en desarrollo. De ahí que se previese la negociación de nuevos compromisos.

El objetivo de este protocolo era liberalizar las condiciones bajo las cuales se pueden realizar tales movimientos de personas, reduciendo los requisitos necesarios para dichas estancias. No obstante, desde un punto de vista material no contiene realmente nuevas normas reglamentarias sobre tal liberalización y los avances que se han hecho en este contexto son más bien escasos. De ahí que se haya retomado su negociación otra vez dentro del contexto de la Ronda de Doha.

Por lo que respecta a los *Protocolos sobre Servicios Financieros* (Segundo y Quinto Protocolos del GATS)[9] desarrollan y completan las negociaciones sobre este ámbito concluidas durante la Ronda Uruguay. Los compromisos sobre servicios financieros se agrupan en dos grandes bloques: los servicios de seguros y los relacionados con los seguros, y los servicios bancarios y demás servicios financieros. A su vez, cada una de estas categorías se subdivide en distintas sub-categorías y variedades de servicios (Anexo sobre Servicios Financieros, párrafo 5).[10] Quedan excluidos de esta regulación de los servicios financieros

---

8 Documento S/L/12, de 24 de julio de 1995.

9 Documentos S/L/11, de 24 de julio de 1995, y S/L/45 de 3 de diciembre de 1997.

10 Así por ejemplo, según se describe en el párrafo 5 del Anexo sobre Servicios Financieros, los servicios de seguros y relacionados con seguros se subdividen en:

que se presten bajo intervención pública, así por ejemplo los servicios bancarios prestados por los bancos centrales.

Con la firma de sus compromisos los Miembros asumen la obligación de esforzarse por eliminar o limitar los efectos negativos de algunas medidas que afecten al suministro de los servicios financieros, reservándose los Miembros en todo caso el derecho a determinar las condiciones del ejercicio de estas actividades. Los compromisos que asumieron los Miembros al finalizar la Ronda Uruguay se consideraron «provisionales» y se remitió su renegociación al Consejo del Comercio de Servicios. En cumplimiento de su mandato, el Consejo ha aprobado dos Protocolos.

El Segundo Protocolo, que entró en vigor en julio de 1996, contenía compromisos más reducidos y abarcaba un número de Miembros más amplio que al finalizar la Ronda Uruguay, pero aún limitado (97 Miembros). La aprobación del Quinto Protocolo (el único en vigor a día de hoy) ha supuesto un aumento de la liberalización de este tipo de servicios, tanto desde el punto de vista subjetivo (lo han firmado 104 Miembros), como material (suprime o disminuye las limitaciones impuestas a las inversiones extranjeras en el capital de las instituciones financieras nacionales, reduce las limitaciones impuestas a las formas jurídicas de la presencia comercial, así como a las limitaciones que pesaban sobre la expansión de las actividades existentes). A pesar de los avances, las negociaciones para profundizar en la liberalización de este tipo de

---

1. Seguros directos (incluido el coaseguro), dentro de los cuales se distingue entre seguros de vida y los distintos de los de vida.
2. Reaseguro y retrocesión.
3. Actividades de intermediación de seguros (corredores o/y agentes de seguros).
4. Servicios auxiliares de los seguros (consultores, actuarios, evaluaciones de riesgo, …).

La clasificación que se hace de estas categorías difiere levemente de la que elaboraron las Naciones Unidas a través de su Clasificación Central Provisional de Productos (CCP), tal y como se explica en el documento S/C/W/72 de 2 de diciembre de 1998, párrafos 8 a 16.

servicios continúan en la actualidad en el Comité de Servicios Financieros, dentro del contexto de la Ronda de Doha.

El *Protocolo sobre Telecomunicaciones Básicas* (Cuarto Protocolo)[11] incluye los nuevos compromisos asumidos por los Miembros en dicho ámbito tras el cierre de la Ronda Uruguay. Se consideran telecomunicaciones básicas todos los servicios de telecomunicaciones, públicos o privados, que afecten a la transmisión de información facilitada por los clientes en tiempo real y de un extremo a otro. Tales servicios se pueden prestar bien a través de un suministro transfronterizo o bien mediante algún tipo de presencia comercial.

A diferencia de los Protocolos antes analizados, el Protocolo sobre Telecomunicaciones Básicas si ha supuesto un avance no sólo en cuanto a los compromisos asumidos por los Miembros, sino también con respecto a la normativa que han adoptado. A través de lo que se conoce como «documento de referencia» los participantes han incluido en el Protocolo las normas complementarias negociadas paralelamente a los compromisos de liberalización.[12] En general, las normas de este documento son bastante vagas, pero hay que reconocerles el hecho de ser de los primeros documentos que tratan de fijar principios básicos comunes sobre temas de competencia en el ámbito de las telecomunicaciones y dentro del contexto de la OMC. Así, por ejemplo, define lo que se consideran prácticas anticompetitivas en las telecomunicaciones estableciendo los principios que servirán para prevenir su aparición en el mercado internacional.[13]

---

[11] Documento S/L/20 de 30 de abril de 1996.

[12] Se denomina «documento de referencia», porque hace referencia a los compromisos de la cuarta columna de la Lista de Compromisos Específicos firmados por los Miembros en el contexto del artículo XVIII del GATS. Véase Luff, D. *Le Droit de l´Organization Mondiale du Commerce*. Bruselas: Bruyant, 2004, p. 678.

[13] Un análisis completo y en detalle de las normas de este documento puede consultarse en Luff. *Ob. cit.*, pp. 678-683.

La firma de este Protocolo supuso la liberalización de un 91% de los servicios mundiales de este sector.[14] Los integrantes han seguido debatiendo y tratando de profundizar sus compromisos dentro del sistema institucional de la OMC y en la actualidad continúan los debates en el contexto de la Ronda de Doha.

3. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS)

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, también conocido por sus siglas inglesas: TRIPS por *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) fue negociado en la Ronda Uruguay y ha supuesto la integración de las normas sobre la propiedad intelectual en el sistema multilateral de comercio.[15]

Aunque esta materia escapa del ámbito estrictamente del comercio de mercancías o de servicios, el motivo de su inclusión en el paraguas de la OMC es que los países industrializados no estaban dispuestos a liberalizar el comercio de mercancías sin que los países en desarrollo se comprometieran a proteger y garantizar la observancia de los derechos de propiedad intelectual que pudieran existir sobre dichas mercancías.

---

[14] Un análisis muy completo sobre la situación del sector en el momento de la firma del Protocolo puede consultarse en el documento preparado por la Secretaría de la OMC (Documento S/C/W/74 de 8 de diciembre de 1998).

[15] Sobre este acuerdo, véanse, entre otras, las obras de Correa, C. M. y A. A. Yusuf (eds.). *Intellectual Property and internacional Trade. The TRIPS Agreement*. Londres: Kluwer Law Internacional, 1998 y Arup, Ch. *The New World Trade Organization Agreements. Globalizing Law through Services and Intellectual Property*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. En lengua española: Iglesias Prada, J. L (dir.). *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*. Tomo II. Madrid: Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, 1997.

A pesar de la gran cantidad de normas nacionales e internacionales sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual, se carecía de un marco multilateral que estableciera reglas y principios relacionados con el comercio internacional de mercancías que vulnerasen dichos derechos. El ADPIC viene a cubrir este vacío incorporando los principios básicos del GATT de no proteccionismo y no discriminación,[16] así como las reglas previstas en los acuerdos internacionales sobre la materia, principalmente de los adoptados en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).[17]

Ahora bien, dado que en los instrumentos internacionales no se recogen toda la protección deseada, el Acuerdo ADPIC también incorpora otras normas que constituyen una protección mínima de los derechos de propiedad intelectual a observar por los países Miembros de la OMC.

Los derechos de propiedad intelectual engloban una serie de derechos de diversa naturaleza cuyo régimen se desarrolla en la parte II ADPIC. Así, bajo esta categoría genérica encontramos los derechos de autor y los derechos de propiedad intelectual. Los primeros son los relativos a los derechos que ostentan los autores sobre obras literarias y artísticas (artículos 9-14), mientras que los segundos se refieren a las marcas (artículos 15-21), las indicaciones geográficas (artículos 22-23), los dibujos y modelos industriales (artículos 25 y 26), los derechos de patentes (artículos 27-34), los esquemas de trazado de los circuitos

---

[16] El Acuerdo ADPIC —al igual que el GATT y el GATS— contempla las reglas de trato nacional y la cláusula de NMF. Estas obligaciones se insertan en la Parte I del Acuerdo, dedicada a las disposiciones generales y a los principios básicos (artículos 3 y 4). Este acuerdo, no obstante, no prevé una excepción para las uniones aduaneras, por lo que los Estados podrán invocar las cláusulas de no discriminación del Acuerdo para reclamar las mismas ventajas que las otorgadas entre sí por los Estados que conformen este tipo de uniones.

[17] El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1967 y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1971, entre otros. Véase el artículo 1 ADPIC.

integrados o topografías (artículos 35-38) y los secretos comerciales (artículo 39).

En términos generales, la protección de los derechos de propiedad intelectual consiste en otorgar una exclusividad para su producción y comercialización a aquellas personas físicas o jurídicas que los idearon o realizaron. De esta forma, se impide a otras personas que, durante un plazo más o menos limitado de tiempo, utilicen las invenciones, diseños y demás creaciones objeto de protección, a menos que se lleve a cabo su debido pago. A modo de ejemplo, el ADPIC establece una protección de mínimo 50 años para los derechos de autor, 10 años para los dibujos y modelos industriales y 20 años para las patentes. La protección de las marcas, en cambio, es ilimitada por cuanto se permite renovar el registro indefinidamente.

Ello se justifica por un sinfín de motivos, en general, para rembolsar los costes de la inversión realizada e incentivar las actividades de investigación y desarrollo que permiten la generación de nuevas ideas e invenciones. En el caso de las marcas e indicaciones geográficas se pretende garantizar una competencia leal y proteger a los consumidores. No obstante, la protección exclusivista de estos derechos también se encuentra sujeta a excepciones y limitaciones, de forma que se garantice un equilibrio entre los derechos de sus titulares y aquellos de los usuarios u otros intereses legítimos. A esta cuestión volveremos más adelante.

Los Estados no sólo se obligan a tener este tipo de regulaciones sino también a que se cumplan, para lo cual se requiere que se establezcan, si no existieran ya en el seno del Estado, procedimientos de observancia de estos derechos y recursos eficaces para prevenir y disuadir de las posibles infracciones (artículo 41), así como de castigo por su comisión (artículo 61). El propio Acuerdo ADPIC ofrece en su Parte III una descripción detallada de este tipo de medidas de aplicación y observancia (artículos 41-61). Igualmente, se prevé en su artículo 64 que los Estados resuelvan las posibles controversias sobre la aplicación del ADPIC

en el marco del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. De hecho, así ha ocurrido en varias ocasiones.[18]

No obstante, las prácticas o condiciones de concesión de las licencias pueden resultar en un abuso de los derechos anteriormente referidos o que se produzca un efecto negativo sobre la competencia. En dichos casos, se permitirá que los Estados adopten medidas para impedir y controlar este tipo de prácticas, así como también se prevé la celebración de consultas entre los Estados (artículo 40).

Especialmente problemática ha sido la aplicación de las normas del Acuerdo ADPIC en relación con las patentes sobre productos farmacéuticos que impiden que las personas de países en desarrollo puedan acceder a los medicamentos. Ello produjo ciertas tensiones entre países desarrollados y en desarrollo, materializándose una de ellas en una diferencia que tuvo que ser resuelta en 1996 en el seno de la OMC: el asunto *India-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*. En dicho asunto, el Órgano de Solución de Diferencias concluyó que India había contravenido las obligaciones previstas en el ADPIC al no haber establecido un mecanismo que preservara suficientemente el carácter innovador y la prioridad de las solicitudes de patente de ciertos productos farmacéuticos y agroquímicos, ni al haber previsto un sistema de concesión de derechos exclusivos de comercialización.[19]

No obstante, tras presiones internacionales, sobre todo procedentes de países como India, Brasil o Sudáfrica, finalmente los Ministros de los países Miembros de la OMC adoptaron una Declaración separada

---

[18] Véanse los asuntos India-Protección mediante patentes de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (WT/DS50); Canadá-Periodo de protección mediante patente (WT/DS170); y EE.UU. Artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones de 1998 (WT/DS176).

[19] Véanse los informes del Grupo Especial de 5 de septiembre de 1997 y del Órgano de Apelación de 19 de diciembre de 1997.

en la Conferencia Ministerial de Doha, en noviembre de 2001.[20] En dicha declaración acordaron que este Acuerdo no puede impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública y puedan fabricar sus medicamentos genéricos sin tener que abonar las correspondientes patentes. Igualmente se prorrogarían las exenciones relativas a la protección de los productos farmacéuticos por medio de patentes hasta 2016 en el caso de los países menos adelantados. Quedaba por resolver, no obstante, los casos de los países que, al no tener capacidad para fabricar los medicamentos, necesitaban importarlos de otros que sí la tuvieran, aceptándose tal posibilidad mediante un acuerdo de fecha de 30 de agosto de 2003.[21] Estos acuerdos han motivado la modificación del Acuerdo ADPIC incorporando estos mecanismos de flexibilidad para los países en desarrollo. El procedimiento se inició el 6 de diciembre de 2005 y culminará con la aceptación formal de al menos dos tercios de los miembros de la OMC en un plazo determinado que ha ido prorrogándose sucesivamente.[22]

Al ADPIC también le interesa garantizar que se facilite la transferencia de tecnología en forma de inversiones extranjeras directas, empresas conjuntas y concesión de licencias. A modo de ejemplo, el ADPIC prevé que los países desarrollados otorguen incentivos a sus

---

[20] Véase la Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública de 20 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/2), que puede consultarse en: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm> (consultada el 4/3/08).

[21] Véase la Decisión del Consejo General sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud Pública (WT/L/540 y Corr.1), que puede consultarse en: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implem_para6_s.htm#asterisk> (consultada el 4/3/08).

[22] En la actualidad se ha prorrogado el plazo hasta el 31 de diciembre de 2009 mediante decisión del Consejo General de 18 de diciembre de 2007. La CE notificó su aceptación formal a la enmienda el 30 de noviembre de 2007. Previamente lo habían hecho ya trece países, entre los que se encuentran Estados Unidos, Japón, Australia y China. Véase, al respecto, la página *web* de la OMC: <http://www.wto.org>.

empresas para que transfieran tecnología a los países en desarrollo (artículo 66.1) y aquella cooperación técnica y financiera solicitada por los países en desarrollo, en los términos y condiciones mutuamente acordadas (artículo 67). Se sostiene que mediante la obligación de transferencia de tecnología se pretende no sólo beneficiar a los productores sino también a los usuarios de esta tecnología, de forma que se alcance un bienestar económico y social.[23]

Por último, este acuerdo incorpora un régimen transitorio (artículos 65-67), estableciendo diferencias de implementación según el nivel de desarrollo de los miembros de la OMC. Así, los países desarrollados deberán poner sus legislaciones en conformidad con el ADPIC en el periodo de un año. Dicho periodo se amplía a 5 años tratándose de países en desarrollo y economías en transición (hasta el 2000), y a 11 años para los países menos adelantados (artículos 65 y 66), plazo que ha sido prorrogado en el caso de las patentes de productos farmacéuticos hasta el 2016.

4. Temas horizontales

4.1. El regionalismo en la OMC

Desde la entrada en vigor del GATT de 1947, el sistema multilateral de comercio ha tratado de integrar los acuerdos regionales de distinta naturaleza dentro de su régimen normativo. Así el artículo XXIV del GATT de 1947 establecía una excepción a la aplicación de los principios básicos del acuerdo en los territorios de uniones aduaneras y zonas de libre comercio, siempre y cuando éstos cumpliesen los requisitos establecidos en dicho artículo. Con la aprobación del *Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994* en el marco de la OMC quedó clara la intención de los negociadores de permitir la integración de los Acuerdos Comerciales Regionales (en

[23] Véase la página *web* de la OMC: <http:www.wto.org>.

adelante ACR), evitando de esta manera que se planteasen conflictos entre ellos y las normas de la OMC.[24]

Los ACR constituyen una excepción al principio de no-discriminación e igualdad de trato entre los Miembros de la OMC y en especial, dejan en suspenso la aplicación del principio de NMF.[25] No obstante, su inclusión en el sistema multilateral se justifica básicamente por la creencia de que la existencia de regímenes interestatales regionales, en los que se hayan eliminado total o parcialmente las barreras comerciales, beneficia la liberalización comercial multilateral, puesto que los acuerdos regionales activan la liberalización a nivel regional. De esta forma, se agiliza a nivel global el proceso de liberalización, en tanto que se unifican los intereses comerciales entre los participantes de los procesos, e incluso, en algunos casos, se reduce el número de los mismos.[26] Como consecuencia, resulta más fácil llegar a compromisos específicos entre los miembros de la negociación multilateral.[27] Por otra parte, desde la perspectiva del desarrollo de las negociaciones, los ACR sirven para preparar a los negociadores en las técnicas de negociación comercial. Con lo cual, desde este punto de vista también ayudan a equilibrar las capacidades negociadoras y aligeran el desarrollo de las negociaciones comerciales multilaterales.

---

[24] Véase Lacarte Muró, *ob. cit.*, p. 365. Sobre el funcionamiento del mecanismo de integración regional en el GATT de 1947 y lo negociado durante la Ronda Uruguay para su aplicación en la OMC, véase Secretaría De La OMC. *El regionalismo y el sistema mundial de comercio*. Ginebra: Secretaría de la OMC, 1995.

[25] Véase Luff, *ob. cit.*, pp. 52-57.

[26] Sobre la armonización jurídica e institucional que este tipo de acuerdos implica, se puede consultar Siröen, J.M. *La régionalisation de l´économie mondiale*. París: Ed. La Decouverte, 2000, pp. 19 y 53.

[27] Jackson, *ob. cit.*, p. 165; Fisch, G. «Regionalism and multilateralism-side by side». En K. Günter Deutsch y B. Speyer (eds.). *The World Trade Organization Millennium Round. Free Trade in the Twenty-first Century*. Londres: Routledge, 2001, p. 221; Hoekman y Kostecki, *ob. cit.*, p. 351; Echandi, R. «Regional Trade Integration in the Americas during the 1990: Reflections of Some Trends and their Implication for the Multilateral Trade System». *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, p. 410; Creamer, G. «Open regionalism in the Andean Community: a Trade Flow Analysis». *World Trade Review*, vol. 2, n.° 1, 2003, pp. 101-118.

En el polo de opinión opuesto, se encuentran aquellos autores que afirman que los ACR tienden a desviar el comercio hacia su área de influencia, por lo que se convierten en excluyentes y desvirtúan en el sistema multilateral comercial. En este sentido, Hoekman y Kostecki señalan que, en aquellos casos en que no pueda llegarse a un acuerdo comercial en la esfera multilateral, los Miembros interesados pueden buscar la creación de ese acuerdo en la esfera regional, con vistas a ir induciendo al ámbito multilateral a aceptar su posición.[28] De esta manera, estos autores ponen en evidencia otra de las ventajas con las que cuentan los integrantes de los ACR, cual es la de constituir un bloque negociador más fuerte. Circunstancia que no siempre tiene porqué ser negativa; piénsese, por ejemplo, en el caso de que los beneficiarios de ese aumento de peso negociador sean los Miembros aparentemente más débiles, como los Miembros en desarrollo o menos adelantados, en este caso la constitución de un bloque regional permitiría reequilibrar el aparato negociador multilateral.[29]

Desde la creación de la OMC más de 300 ACR han sido notificados al Comité de Acuerdos Regionales para su revisión y análisis de compatibilidad con las normas de la organización.[30] La diversidad en cuanto al tipo de acuerdo y al grado de liberalización comercial *ad extra* son las notas más destacables de este tipo de acuerdos. Formalmente, se distinguen tres tipos de ACR: los que afectan a mercancías, que se

---

[28] Estos autores citan el ejemplo de la actuación estadounidense en los años ochenta en el inicio de las negociaciones del tratado de libre comercio en Norte América. Véase Hoekman y Kostecki . *Ob cit.*, p. 351.

[29] En esta misma línea, véase Remiro Brotóns, A. «Multilateralismo y regionalismo en el comercio internacional: algo más que comercio. El caso de América Latina». En A. Remiro Brotóns A. y C. Espósito (eds.) y I. Blázquez Navarro (coord.). *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 31.

[30] Según datos de la propia OMC, hasta julio de 2007, se habían notificado 380 ACR, de los cuales 300 se habían notificado conforme al procedimiento general del artículo XXIV del GATT, 22 caían dentro de la Cláusula de Habilitación y 58 se notificaban conforme al procedimiento del artículo V del GATS. Véase, <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm> (consultada el 30/05/2008).

regulan según el artículo XXIV del GATT y el *Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994*, los que caen dentro del ámbito de los Servicios, que siguen lo prescrito en el artículo V del GATS, y los que afectan a países en desarrollo, que se organizan conforme a lo establecido en la *Cláusula de Habilitación*.[31]

Por lo que respecta a la forma en la que se incorporan al sistema multilateral comercial, el mecanismo básico es el siguiente. Cuando los Miembros de la OMC quieren firmar un ACR deben someter dicho acuerdo al procedimiento específico previsto en el artículo XXIV del GATT y en el *Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994*. Según este procedimiento, las partes del ACR deben notificárselo al Comité de Acuerdos Comerciales Regionales[32] y

---

[31] La *Cláusula de Habilitación* se contiene en la Decisión de 28 de noviembre de 1978, y supuso el reconocimiento formal de un trato especial y más favorable para los miembros en desarrollo o menos avanzados en aquél entonces del GATT de 1947. Sobre la base de esta decisión se han desarrollado diferentes normas de trato especial y diferenciado en los distintos acuerdos de la OMC. Sobre este tema, véase el epígrafe 4.3.
Desde el punto de vista de los ACR, esta cláusula ha sido la piedra angular sobre la que se han ido aprobando acuerdos preferenciales entre países desarrollados y países en desarrollo o menos avanzados, que han constituido lo que se conoce como Sistemas Generalizados de Preferencias (SGP). Un análisis de este tipo de acuerdos puede encontrarse en López Barrero, E. «La revisión del régimen DROGA de las Comunidades Europeas por el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: por fin un límite al abuso de los sistemas generalizados de preferencias». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, vol. 1, 2004, pp. 421-437; López-Jurado. *Ob. cit.*; Manero Salvador, A. «La incompatibilidad de las preferencias adicionales UE-América Latina con el sistema multilateral de comercio». *Revista de Estudios Europeos*, 2005, pp. 69-86.

[32] El Comité de Acuerdos Comerciales Regionales fue creado en 1996 por el Consejo General, a través de su decisión WT/L/127. Antes de la existencia de este comité, durante la época del GATT de 1947, se constituían grupos de trabajo *ad hoc* para la realización de los análisis de compatibilidad de los ACR con las normas del sistema comercial multilateral. Sobre el mandato del comité, así como sobre la historia de su creación, se puede consultar el informe del Grupo Especial en el asunto *Turquía-Restricciones aplicadas a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir* (WT/DS34/R) párrs. 2.2 a 2.9.

al Consejo del Comercio de Mercancías, y en su caso al Consejo del Comercio de Servicios cuando también esta esfera se vea afectada, antes de la entrada en vigor del acuerdo. El comité iniciará una investigación sobre la compatibilidad de las disposiciones del ACR con las normas de la OMC. En el desarrollo del procedimiento, los Miembros del ACR estarán obligados a mantener negociaciones con los Miembros de la OMC que no participen en el ACR y que justifiquen que se sienten lesionados por alguna de las cláusulas de dicho acuerdo, a fin de lograr un compromiso al respecto. Finalizada la investigación, el comité emite un informe con sus recomendaciones, que comunica a los Miembros y al Consejo General, que es el encargado de tomar la decisión de aceptar el ACR, en caso de resultar positivo el procedimiento.[33]

4.2. Los temas medioambientales y la OMC[34]

El medio ambiente es un bien jurídico que merece ser salvaguardado y cuya protección debería prevalecer en algunas ocasiones sobre la apertura de las fronteras comerciales. Ciertamente, el comercio internacional, como la mayoría de las actuaciones humanas, implica riesgos y abusos sobre los bienes ambientales. Ello produce que también se tienda a proteger el medio ambiente mediante la restricción del comercio, y así se prevé en un buen número de acuerdos multilaterales sobre medio ambiente.[35] Esta relación conflictiva no se ha resuelto aun de for-

---

[33] Un análisis más detallado del procedimiento que se sigue, con las especialidades para el caso de las mercancías y de los servicios, se puede consultar en Luff. *Ob. cit.*, pp. 1003-1011.

[34] Sobre este particular, en lengua española véanse, Esty, D. *El reto ambiental de la Organización Mundial de Comercio*. Barcelona: Gedisa, 2001; Fernández Egea, R. M. *Comercio internacional de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*. Madrid: Marcial Pons, 2008; Juste Ruiz, J. «Protección del medio ambiente y comercio internacional». *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Vol. VII, 2003, pp. 341-456 y San Martín Sánchez De Muniaín, L. *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2000.

[35] Entre los más importantes se encuentran: el Convenio de Washington sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de

ma satisfactoria en el marco de la OMC, aunque poco a poco se van dando avances para acomodar los intereses en juego.

Durante muchas décadas se ha criticado al sistema multilateral de comercio por su «ceguera ambiental», y con razón. Durante la aplicación del GATT de 1947 los Estados eran reticentes a plantear el problema ambiental vinculado al comercio internacional.[36] Esta postura comienza a cambiar tras la creación de la OMC. Así, el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio establece expresamente entre los objetivos de la organización «la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el *objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente*».[37]

La creciente preocupación por el medio ambiente no se manifestó en la creación de un nuevo acuerdo sobre comercio y medio ambiente tras la Ronda Uruguay, pero sí se insertaron ciertas alusiones sobre la protección ambiental en algunos de los acuerdos comerciales, como los Acuerdos OTC y MSF, el Acuerdo sobre Agricultura, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, entre otros; si bien es verdad que su introducción es incidental e insuficiente.

1973 (CITES), El Protocolo de Montreal sobre la protección de la capa de ozono de 1987, la Convención de Basilea sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos de 1989, o el Protocolo de Cartagena sobre el movimiento transfronterizo, el tránsito y uso de todos los organismos vivos modificados de 2000.

36 No fue hasta la Ronda Tokio (1973- 1979) cuando se creó el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), primer acuerdo del GATT de 1947 que introdujo los términos *medio ambiente* en su articulado, configurando su protección como excepción a las obligaciones en él contenidas.
Bien es cierto que en las primeras décadas las consideraciones ambientalistas tenían un fuerte carácter antropocéntrico, centrándose la preocupación en los bienes ambientales que servían de forma directa a los seres humanos. Buen ejemplo de ello es que el apartado (g) del artículo XX GATT se refiera a la «conservación de los recursos naturales agotables», evocando los recursos fósiles como el carbón o el petróleo.

37 Énfasis añadido.

No obstante, el acuerdo comercial más importante, el GATT de 1994, carece de toda referencia al medio ambiente. Así pues, al igual que ocurría con el GATT de 1947, las tensiones comercio-medio ambiente se abordan en el marco de las excepciones contenidas en el artículo XX del Acuerdo General. Esto es posible puesto que dicho precepto contiene dos apartados que dan cabida tanto a medidas protectoras del medio ambiente, siempre que sean necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (apartado (b) del artículo XX), como a medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales (apartado (g) del artículo XX).[38] De esta forma, el artículo XX ha sido invocado en la mayor parte de las diferencias comerciales con implicaciones ambientales, llegándose a reconocer en su marco el derecho de los Estados partes del Acuerdo General a elegir sus políticas ambientales y de salud.[39]

La interrelación entre protección ambiental y liberalización del comercio se ha visto reflejada en la práctica en un total de seis controversias en las que se invocaron los apartados (b) o (g) del artículo XX, o ambos conjuntamente: asuntos *EE.UU.-Atún del Canadá*,[40] *Canadá-Salmón*, *Tailandia-Cigarrillos*,[41] *EE.-UU-Atún I y II*,[42] *EE.UU.-Automóviles*. Tras la creación de la OMC se han suscitado nuevas diferencias

---

[38] Sobre estas excepciones, véase con carácter general, Charnovitz, S. «Exploring the Environmental Exceptions in GATT Art. XX». *Journal of World Trade*, vol. 25, 1991, pp. 37-55.

[39] Así ha sido reconocido en los informes del Órgano de Apelación en los asuntos *EE.UU.-Gasolina* (p. 30) y *CE-Amianto* (párr. 168).

[40] *Estados Unidos-Prohibición a las importaciones del Atún y productos derivados del atún procedentes del Canadá*, adoptado el 22.2.1982 (IBDD 29S/97).

[41] *Tailandia-Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, adoptado el 7.11.1990 (IBDD 37S/222).

[42] Asuntos *Estados Unidos.-Restricciones a la importación de atún*, no adoptado y distribuido el 3.9.1991 (IBDD 39S/183 *EE.UU.-Atún I*) y *EE.UU.-Restricciones a la importación de atún*, no adoptado y distribuido el 16.6.1994 (WT/DS29/R —*EE.UU.-Atún II*—).

de carácter ambiental —asuntos *EE.UU.-Gasolina*, *CE-Hormonas*, *EE.UU.-Camarones*, *CE-Amianto*, *CE-Preferencias arancelarias*[43] y *CE-Productos biotecnológicos*—, si bien no todas ellas han sido resueltas bajo el artículo XX GATT.[44] Sólo en un caso —en un asunto relativo a la salud humana: el asunto *CE-Amianto*— la medida controvertida pudo pasar con éxito las condiciones impuestas por el artículo XX.[45] Ello lleva a cuestionar si los requisitos impuestos por el citado artículo son tan severos que en la práctica impiden realmente que pueda justificarse una restricción al libre comercio por razones medioambientales.[46] No obstante, con el tiempo la «jurisprudencia» GATT/OMC ha ganado en coherencia a la hora de abordar los conflictos comercio-medio ambiente, en buena medida, gracias a la labor del Órgano de Apelación.

En el ámbito institucional, la preocupación por las cuestiones ambientales se ha traducido en la adopción de una Decisión Ministerial sobre Comercio y Medio Ambiente en 1994 en la que se preveía la

---

43 *Comunidades Europeas-Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo* (DS246).

44 En los asuntos *CE-Hormonas* y *CE-Productos biotecnológicos* resultaba de aplicación el Acuerdo MSF. Sobre este acuerdo véase supra, epígrafe 17.3.

45 También fue así en el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón-Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21* (WT/DS58/RW). Si bien, en este caso se trataba de comprobar si EE.UU. puso en conformidad con la normativa GATT una medida comercial que impuso un embargo sobre los contingentes de camarones que habían sido capturados poniendo en peligro la vida de las tortugas marinas y que previamente había sido considerada contraria al artículo XX GATT en el asunto *EE.UU.-Camarones*.

46 Así lo cuestionan un buen número de autores, entre otros, MANZINI, P. «Environmental exceptions of Art. XX GATT 1994 revised in the light of the rules of interpretation of General International law». En P. Mengozzi (ed.). *International Trade Law on the 50th Anniversary of Multilateral Trade System*. Milán: A. Giuffrè, 1999, p. 814 y MATOO, A. y P.C. MAVROIDIS. «Trade, Environment and the WTO: the Dispute Settlement Practice Relating to article XX of GATT». En PETERSMANN, E.U. (ed.). *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*. Londres: Kluwer Law International, 1997, vol. II, pp. 327 y ss.

creación de un comité que se ocupara del estudio de la interacción entre el comercio y el medio ambiente. Así, el 14 de abril de 1994 se constituye el Comité sobre Comercio y Medio ambiente, el cual, aunque desprovisto de competencias reguladoras, sirve de foro de discusión y de termómetro de las voluntades de los Estados miembros sobre esta materia.[47]

4.3. Desarrollo y comercio

La relación entre comercio y desarrollo no es una cuestión nueva, sino que ambos términos están profundamente unidos. Tradicionalmente se ha considerado que el comercio era un instrumento para promocionar y conseguir el desarrollo y este es uno de los grandes retos a los que se enfrenta la OMC, dado que la mayor parte de sus miembros son calificados como países en desarrollo. De ahí que el objetivo fundamental de la actual Ronda de negociaciones comerciales lleve por nombre *Ronda del desarrollo*.

El sistema multilateral de comercio no ha sido ajeno a esta cuestión. Desde sus orígenes contemplaba, tímidamente, ciertas disposiciones que atendían a las necesidades de desarrollo de algunos miembros, si bien con la vista puesta en las necesidades de reconstrucción derivadas de la Segunda Guerra Mundial.

No fue hasta la introducción de la Parte IV del GATT en 1964 y, en mayor medida, hasta la instauración de los sistemas de preferencias generalizadas en 1971 y su consolidación en 1979, cuando se puede hablar de un trato desigual *stricto sensu* hacia los países en desarrollo.[48]

Es preciso aludir al punto de inflexión que supone la Ronda Uruguay en esta cuestión. Con anterioridad a dicha Ronda, las manifestaciones

---

[47] Así se puede observar en los diversos informes que con carácter anual emite este comité y que pueden ser consultados en la página *web* de la OMC (<http://www.wto.org>).

[48] Sobre esta cuestión, véase Manero Salvador. *Ob. cit.*, pp. 144 y ss.

del trato desigual, conocidas como *trato diferenciado y más favorable*, tenían como objetivo primordial la promoción del desarrollo. Sin embargo, a partir de la creación de la OMC, estas disposiciones, *trato especial y diferenciado*, tienen como objetivo principal la inserción de estos países en el sistema multilateral de comercio, valorando que, a través de esta inserción, superarán su situación de subdesarrollo. Por ello, a partir de 1995, el desarrollo es un objetivo secundario.

El cuerpo normativo del trato especial y diferenciado está disperso en los distintos acuerdos que conforman el aparato jurídico de la OMC. En este sentido, podemos hablar de ciento cuarenta y cinco disposiciones sumamente heterogéneas que contemplan el otorgamiento de un tratamiento diferente para los países en desarrollo. Estas normas se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Disposiciones que conceden periodos de transición;
- Disposiciones que establecen obligaciones positivas para los países desarrollados miembros;
- Disposiciones que establecen obligaciones positivas para los países en desarrollo miembros;
- Disposiciones que reconocen las necesidades de los países en desarrollo en determinados acuerdos;
- Disposiciones sobre asistencia técnica;
- Disposiciones que eximen de obligaciones a los países menos avanzados.[49]

Muchas de estas normas adolecen de profundas deficiencias derivadas de su falta de contenido y de normatividad, lo que ha llevado a plantear en la Declaración ministerial de Doha la necesidad de proceder a repensar este tipo de disposiciones. En este sentido, el párrafo 44 dice así: «Reafirmamos que las disposiciones sobre trato especial y di-

---

[49] Véase Manero Salvador, A. «La cuestión del desarrollo en la Ronda de Doha: el trato especial y diferenciado». *Revista española de derecho internacional*, vol. LVIII, n.º 2, 2006, p. 849.

ferenciado son parte integrante de los Acuerdos de la OMC. Tomamos nota de las preocupaciones expresadas con respecto a su funcionamiento a la hora de hacer frente a las limitaciones específicas con que tropiezan los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados. En relación con ello también tomamos nota de que algunos Miembros han propuesto un acuerdo marco sobre trato especial y diferenciado (WT/GC/W/442). Por consiguiente, convenimos en que se examinarán todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas. A este respecto, respaldamos el programa de trabajo sobre trato especial y diferenciado establecido en la Decisión sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación».

Se trata de una cuestión que no ha estado exenta de dificultades que han conducido en más de una ocasión a una paralización de las negociaciones. En este sentido, se ha propuesto por parte de algunos países desarrollados la necesidad de definir qué es un país desarrollado para proceder a su clasificación y, consiguientemente, a la graduación de la aplicación del trato especial y diferenciado.[50] Esta propuesta ha sido rechazada por los países en desarrollo. Por todo ello, no está claro qué va a ocurrir con las negociaciones sobre esta materia. Para los países en desarrollo es una cuestión vital reforzar estas normas hasta que superen la situación de subdesarrollo en la que se encuentran, pero los países desarrollados no están dispuestos a realizar concesiones a Estados que, a pesar de estar calificados como países en desarrollo, son cada vez más poderosos en el comercio internacional.[51]

Ahora bien, dado el reto planteado en la Conferencia ministerial que supuso el inicio de la Ronda, es necesario afrontar el mandato establecido en el párrafo 44 de la Declaración ministerial, de manera que se establezca un marco jurídico adecuado que permita superar las graves desigualdades entre los Miembros de la organización.

---

[50] Manero Salvador. *Ob. cit.*, p. 856.

[51] *Ibíd.*, pp. 856 y ss.

PARTE V:
El Libre Comercio

Los Tratados de Libre Comercio

Dª. Arancha González Laya
Dra. Bárbara de la Vega Justribó

Los tratados de libre comercio

Arancha González Laya
Bárbara de la Vega Justribó

Sumario: 1. Introducción.— 2. Definición y terminología.— 3. Análisis económico.— 3.1. Creación de comercio.— 3.2. Desviación de comercio.— 4. La OMC y los Tratados de Libre Comercio.— 4.1. El artículo XXIV del GATT.— 4.2. La cláusula de habilitación.— 5. Beneficios de los Tratados de Libre Comercio.— 6. Costes de los Tratados de Libre Comercio.— 7. Futuras directrices para disciplinar los Tratados de Libre Comercio.— 7.1. El Programa de Doha para el desarrollo.— 7.2. Líneas de actuación en el futuro.—

1. Introducción

Los Tratados de Libre Comercio han existido desde la más temprana antigüedad. Uno de los primeros instrumentos jurídicos en dejar su huella en la historia fue el acuerdo comercial entre el faraón egipcio Amenofis IV y el Rey de Alisia en el siglo XIV antes de Cristo. Este tratado eximía a los mercaderes chipriotas del pago de aranceles, a cambio de la obligación de importar una cierta cantidad de cobre y de madera.

En una época más cercana, el artículo 21 del Convenio de la Liga de Naciones[1] y el artículo 52 de la Carta de las Naciones Unidas[2] reconocen

---

[1] Artículo 21 del Convenio de la Liga de Naciones: «Nothing in this Convenant shall be deemed to affect the validity of international engagements such as treaties of arbitration or regional understandings like the Monroe doctrine for security the maintenance of peace».

[2] Artículo 21(1) de la Carta de Naciones Unidas: «Nothing in the present Chapter precludes...».

y animan a la conclusión de acuerdos regionales. El economista Jacob Viner durante los años cincuenta estudió de manera detallada las razones que llevan a los Estados a concluir acuerdos comerciales regionales, y concluyó que mientras las razones son de orden económico en el caso de pequeños Estados, los países grandes tienden a concluir tratados de libre comercio principalmente por razones políticas.[3] El regionalismo es, por lo tanto, clave tanto desde el punto de vista de la seguridad de los países, como de sus necesidades económicas.

El fin de la Segunda Guerra Mundial trajo consigo una proliferación de acuerdos regionales, siendo el constitutivo de la Comunidad Económica Europea el más notable.[4] Pero éste es también el momento de la creación del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles[5] (GATT en su acrónimo inglés), que busca la reducción de los obstáculos

---

3 VINER, J., *The Customs Union Issue*. Nueva York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950.

4 El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea fue firmado el 25 de marzo de 1957 en Roma, y entró en vigencia el 1 de enero de 1958. En su artículo 2 indica que: «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros». El profesor Fernández Rozas, al analizar el fenómeno de la integración económica y la codificación regional, concluye que la integración en tanto que objetivo funcional recurre al Derecho mercantil en particular, por su virtualidad para favorecer la identidad cultural de los individuos a través del respeto a la diversidad juridical. En *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, pp. 335 y 336.

5 Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles, desarrollado durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo que tuvo lugar en la Habana en 1947, y que entró en vigor en 1948.

comerciales y la eliminación del trato discriminatorio en el comercio internacional. Es decir, la liberalización comercial auspiciada por el GATT, con clara vocación multilateral, va a verse sometida desde su nacimiento a la presión creciente de acuerdos regionales, cuya propia naturaleza es discriminatoria ya que solo benefician a sus firmantes.

Por esta razón el artículo XXIV del GATT 1947 contenía un capítulo dedicado a asegurar que los acuerdos comerciales regionales sean complementarios del sistema comercial multilateral. Estos requisitos son tanto de orden sustantivo como de orden procedimental, con un proceso de notificación y examen de estos acuerdos regionales por las partes contratantes del GATT. Hasta el año 2006, sin embargo, este mecanismo —basado en el consenso de las partes contratantes, hoy 152 miembros— apenas ha resultado en decisiones que hayan dado luz verde a acuerdos regionales notificados a la organización.[6]

Desde la creación del GATT y de su sucesor, la Organización Mundial de Comercio (OMC en adelante), se han notificado a esta Organización 362 acuerdos comerciales regionales, de los cuales 211 se encuentran actualmente en vigor. No obstante, si incluimos los acuerdos que están en vigor, pero que no han sido notificados; los que han sido firmados, pero que todavía no han entrado en vigor; los que se están negociando en este momento y los que se hallan en la fase de propuesta, la cifra de acuerdos regionales que podrían aplicarse en el 2010 se eleva a cerca de 400.

Debe señalarse, asimismo, que existe una tendencia cada vez más marcada a prescindir del concepto tradicional de integración entre interlocutores comerciales naturales de países limítrofes y a fomentar, en su lugar, acuerdos comerciales interregionales entre países de distintas regiones y hemisferios. Los acuerdos comerciales concluidos entre Chile y los Miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio

---

[6] Desde la creación del GATT hasta 2006 un único acuerdo regional —la Unión Aduanera entre la República Checa y la República Eslovaca— recibe el beneplácito de los miembros de esta organización.

(AELC),[7] entre los Estados Unidos y Australia, o entre las Comunidades Europeas y Sudáfrica son algunos de los muchos ejemplos que podrían citarse en este sentido.

También está aumentando el número de acuerdos comerciales regionales entre países en desarrollo. De los acuerdos que han sido notificados a la OMC y que están en vigor actualmente, 15 se notificaron durante los 50 años de existencia del GATT y otros 23 durante los 11 años transcurridos desde el establecimiento de la OMC; Además, la mayor parte de los acuerdos regionales que actualmente están en vigor, pero no han sido notificados a la OMC, han sido concertados entre países en desarrollo. Países en desarrollo claves como China, India o Brasil casi parecen estar compitiendo por establecerse como ejes de acuerdos comerciales regionales. Esta competición ha dado como resultado que el número de acuerdos comerciales Sur-Sur en fase de negociación sea cada vez más elevado.

No sólo su número ha aumentado, más importante aún: estos acuerdos también han ampliado su cobertura. Cada vez son más comunes los acuerdos que incluyen disposiciones acerca de la prestación de servicios y crece el número de acuerdos con disposiciones comerciales en esferas no reguladas multilateralmente, tales como inversiones o competencia.

En un estudio reciente acerca de las «Perspectivas para la Economía Mundial», el Banco Mundial estimaba que el porcentaje del comercio realizado en régimen preferencial podía oscilar entre el 40 y el 15 por ciento dependiendo de los parámetros utilizados.[8] Estas cifras son impresionantes, pero lo que debemos preguntarnos es por qué tantos países están aceptando normas y disciplinas a nivel bilateral que no están dispuestos a aceptar a nivel multilateral; si estos acuerdos pueden reportar beneficios, en tal caso cabe preguntarse qué clase de beneficios.

---

[7] La Asociación Europea de Libre Comercio la componen actualmente Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

[8] Perspectivas para la Economía Mundial, Banco Mundial, 9 enero de 2008.

2. Definición y terminología

Conviene aclarar a qué hacemos referencia cuando hablamos de Tratados de Libre Comercio. Es preciso distinguir dos tipos de acuerdos comerciales: los acuerdos comerciales multilaterales, a los que llamaremos comúnmente acuerdos del GATT-OMC, o aquéllos que contemplan preferencias recíprocas ya sean bilaterales, regionales o plurilaterales. Existe un tercer tipo de acuerdos comerciales de carácter unilateral, por el cual un país otorga preferencias comerciales en su mercado a otro país o grupo de países. El ejemplo más notable de este último es el Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) en beneficio de países en desarrollo.

Cabe, asimismo, destacar que los acuerdos comerciales recíprocos pueden buscar la creación de zonas de libre cambio, es decir, zonas en las que sus partes integrantes deciden eliminar las barreras al comercio intrazonal, o bien uniones aduaneras en las que además de una liberalización del comercio intrazonal se busca armonizar las políticas comerciales de sus miembros con respecto a terceros países. Un ejemplo del primer tipo lo constituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (ALENA) que entró en vigor el 1 de enero de 1994, y por el cual Canadá, México y Estados Unidos decidieron eliminar las barreras al comercio entre ellos.[9] El mejor ejemplo del segundo tipo lo constituye la unión aduanera de los países miembros de la Unión Europea, que además de haber eliminado los aranceles al comercio entre ellos, han establecido una política comercial común a todos ellos.[10] Otros ejemplos incluyen el MERCOSUR entre Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay[11] o la Unión Aduanera del África del Sur (SACU en su acrónimo inglés), integrada por Sudáfrica, Botsuana, Lesoto, Namibia y Suazilandia.[12]

---

9 Para mayor información sobre el ALENA, véase <http://www.nafta-sec-alena.org>.

10 Artículo 133 del Tratado de la Unión Europea.

11 Para mayor información sobre MERCOSUR, véase <http://www.mercosur.int/msweb/>

12 Para mayor información sobre SACU, véase <http://www.sacu.int./>.

Para efectos de esta obra, el término «Tratados de Libre Comercio» cubrirá el segundo tipo, ya sean estos tratados constitutivos de zonas de libre cambio, de uniones aduaneras o de zonas de integración regional, ya cubran bienes y/o servicios.

Con el objeto de facilitar el análisis y comprensión del presente capítulo, usaremos de manera indistinta los términos «Tratados de Libre Comercio» o «Acuerdos Regionales».

3. Análisis económico

Hasta la obra de J. Viner, la opinión prevalente en los círculos económicos subrayaba los beneficios en términos de creación de comercio de los acuerdos regionales. En el estudio realizado por Viner, a petición de la Comisión Carnegie en 1950, éste pone de manifiesto que la creación de una zona de libre comercio puede conducir a un no libre comercio. Tras esta paradoja se esconden dos efectos de los tratados de libre comercio: liberalizan el comercio entre sus participantes y pueden así ser creadores de comercio, pero son también proteccionistas para los no miembros del acuerdo. Es lo que el profesor Jagdish Bhagwati llama «desviación del comercio».[13] Lo cierto es que hay factores tales como: cambios en modelos de producción, en factores de producción (mano de obra, capital o tecnología) o factores macroeconómicos que pueden enmascarar los efectos de creación/desviación de comercio y dificultan enormemente su análisis.

3.1. Creación de comercio

La creación de comercio se define como el reemplazo de la producción interna de alto costo por importaciones más baratas provenientes de un socio. Un acuerdo regional puede llevar a un aumento del comercio entre sus miembros, con la reducción o la eliminación de las barreras

---

[13] BHAGWATI, Jagdish. *Free Trade Today*. Princeton University Press, 2002.

comerciales entre ellos. La eliminación de aranceles puede reemplazar las importaciones que antes pagaban aranceles. Esto podrá suponer que las partes del acuerdo produzcan y comercien según sus ventajas comparativas, más que de acuerdo a medidas intervencionistas como son los aranceles. Esto también podrá implicar que la producción doméstica de un miembro sea sustituida por las importaciones provenientes del miembro del acuerdo que es un productor más eficiente.

La teoría económica supone que los acuerdos preferenciales entre países vecinos con gran volumen de comercio entre ellos crearán, en términos generales, más comercio del que desviarán. Esta es la llamada «teoría de los socios comerciales naturales».[14] También se supone que son creadores de comercio aquellos acuerdos entre varios participantes y en áreas económicas de gran tamaño, entre países que compiten entre ellos más que ser complementarios o entre países próximos.[15]

El acceso a un mercado mayor, resultado de la liberalización comercial, puede permitir a las empresas de la zona del acuerdo aumentar la producción con sus consiguientes economías de escala. Ello puede llevar a una reducción de los costes unitarios de producción y a mejorar la competitividad de tales empresas.

3.2. Desviación de comercio

Pero la conclusión de un acuerdo regional puede también resultar en una redirección de los flujos comerciales anteriores a la formación de

---

[14] Krugman, Paul. «The Move Towards Free Trade Zones». En King, Philip (ed.), *International Economics and International Economic Policy: A Reader*. Nueva York: McGraw-Hill, 1995, pp. 163-182. Wonnacott, Paul y Mark Lutz. «Is There a Case for Free Trade Agreements?». En Schott, J. (ed.). *Free Trade Areas and U.S. Trade Policy*. Washington D.C.: Institute for International Economics, 1989, pp. 59-84.

[15] Rosson, C. Parr, C., Ford Runge y Kirby S. Moulton. «Preferential Trading Arrangements: Gainers and Losers». En King, Phillip (ed.). *International Economics and International Economic Policy: A Reader*. Boston: McGraw-Hill, 2000, tercera edición, pp. 161-171.

la zona. En este sentido, puede ocurrir que las importaciones de los productores mundiales competitivos exteriores a la zona se vean ahora desplazados por el acuerdo, en beneficio de un miembro de la zona menos eficiente. Es lo que los economistas conocen como «desviación del comercio», es decir, el reemplazo de las importaciones provenientes de terceros países por importaciones más caras provenientes de otros miembros del acuerdo de comercio preferencial.

Si los efectos de la creación de comercio superan a la desviación de comercio se dará una mejora en el bienestar económico neto. Este análisis estático ha sido el prevalente en la doctrina económica. Generalmente, tal análisis ha tenido lugar *ex post* y, por lo tanto, ha sido de poco valor a la hora de justificar *a priori* la conclusión de un determinado acuerdo.

Ahora bien, este criterio, aparentemente simple para medir el éxito, está plagado de problemas. En primer lugar, la creación de comercio neto calculada por los economistas siempre resulta ser muy pequeña (a menudo del orden de 1% del PIB o incluso menos), generalmente, inferior al crecimiento económico anual, con lo cual pudiera parecer sorprendente tan gran esfuerzo para alcanzar resultados tan modestos. En segundo lugar, los políticos y muchos grupos de intereses interpretan la creación y la desviación del comercio en sentido contrario a los economistas. Como la primera conduce al cierre de empresas ineficientes, muchos la consideran una pérdida y no una ganancia. Por último, el acuerdo de comercio preferencial considerado a menudo como el «más exitoso» del mundo —la propia Unión Europea— también incluye casos de desviación comercial, siendo su política agrícola común un claro ejemplo.

Ello ha llevado a algunos economistas a buscar modelos de análisis de acuerdos preferenciales de tipo «dinámico», examinando elementos tales como variaciones en tipos de cambio, cambios en los niveles generales de precios o modificaciones en los flujos de capital y de mano de obra, por mencionar algunos elementos claves. Finalmente, hay autores que han preferido evaluar los acuerdos preferenciales sobre la

base de su objetivo explicitado. Así, propugnan que los países miembros de un acuerdo han de ponerse de acuerdo sobre el/los objetivo(s); que los sistemas se estructuren de manera que sean consistentes con el/los objetivo(s); y, finalmente, que los acuerdos vengan acompañados de mecanismos tendentes a vigilar su cumplimiento.[16]

4. La OMC y los Tratados de Libre Comercio

Los Tratados de Libre Comercio son una excepción al principio sobre el que se basa el GATT, es decir, el principio de no discriminación. Esta es la esencia misma del sistema comercial multilateral. La obligación de no discriminación se aplica a todas las importaciones de todos los miembros de la OMC. Es el llamado «principio de la nación más favorecida». En efecto, el artículo I del GATT 1947 prevé:

> 1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

Pero también se aplica a las condiciones acordadas a los productores nacionales, así como a los servicios domésticos o proveedores de servicios en sectores en los cuales un miembro de la OMC ha contraído compromisos específicos. Este es el llamado «principio de tratamiento nacional», recogido en el artículo III del GATT 1947.

---

[16] Bulmer-Thomas. «El área de libre comercio de las Américas». Revista de la *CEPAL*. Número Extraordinario, 1998.

> III. 1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

4.1. El artículo XXIV del GATT

Paralelamente al principio de no discriminación, y con el fin de contribuir a la libertad comercial, los padres fundadores del GATT (en 1947) consideraron que las uniones aduaneras y los acuerdos de libre cambio podían ser deseables. Así, el artículo XXIV del GATT 1947 estipula que:

> 4. Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.

Ahora bien, establecieron una serie de condiciones bajo las cuales tales acuerdos podían ser amparados por el GATT y, por lo tanto, ser considerados «aceptables» desde el punto de vista multilateral.[17] Estas condiciones se recogen en el articulo XXIV.5 del GATT 1947.[18]

---

[17] El Órgano de Apelación de la OMC en el caso CE-Bananas III (WT/DS27/AB/R) párr. 191, estipuló que: «Las obligaciones de no discriminación son aplicables a todas las importaciones de productos similares, salvo en el caso de que esas obligaciones hayan sido objeto de una exención expresa o no sean aplicables por otra razón, a consecuencia de la aplicación de disposiciones específicas del GATT de 1994, como el artículo XXIV».

[18] En el caso de los servicios, se trata del artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

5. Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a condición de que:
   a) En el caso de una unión aduanera o de un acuerdo provisional tendente al establecimiento de una unión aduanera, los derechos de aduana que se apliquen en el momento en que se establezca dicha unión o en que se concierte el acuerdo provisional no sean en conjunto, con respecto al comercio con las partes contratantes que no formen parte de tal unión o acuerdo, de una incidencia general más elevada, ni las demás reglamentaciones comerciales resulten más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la unión antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso;
   b) En el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendente al establecimiento de una zona de libre comercio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso; y
   c) Todo acuerdo provisional a que se refieren los apartados a) y b) anteriores comprenda un plan y un programa para el establecimiento, en un plazo razonable, de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.

En consecuencia, uno de los primeros requisitos para considerar que estos acuerdos son compatibles con las reglas del GATT es un test relativo al impacto global de la creación de la unión aduanera o del acuerdo de libre cambio en terceras partes. En 1994 los miembros de la OMC decidieron refinar la evaluación estipulada en el párrafo 5 del artículo XXIV mediante dos exámenes: uno relativo al impacto de los aranceles; y otro relativo al efecto de las reglamentaciones comerciales vigentes antes y después.[19] El entendimiento prevé un análisis

[19] Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General sobre aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

económico del efecto de los nuevos aranceles resultantes de la creación de estos acuerdos; consiste en un cálculo de los promedios ponderados de los tipos arancelarios y los derechos de aduana percibidos usando para ello los tipos aplicados. El análisis de los efectos de las reglamentaciones comerciales, sin embargo, tiene naturaleza más bien cualitativa. «… Se reconoce que, a efectos de la evaluación global de la incidencia de las demás reglamentaciones comerciales, cuya cuantificación y agregación son difíciles, quizá sea preciso el examen de las distintas medidas, reglamentaciones, productos abarcados y corrientes comerciales afectadas».

Pero el artículo XXIV también contiene un test para evaluar la compatibilidad de tales acuerdos en su vertiente interna. Así el párrafo 8 establece que:

> 8. A los efectos de aplicación del presente Acuerdo,
> a) Se entenderá por unión aduanera, la substitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera:
> i) Que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios; y
> ii) Que, a reserva de las disposiciones del párrafo 9, cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en sustancia, sean idénticos;
> b) Se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio.

En el caso de uniones aduaneras y de las zonas de libre comercio, la regla es pues la eliminación de los obstáculos comerciales sobre lo

«esencial de los intercambios comerciales» entre los territorios constitutivos de la unión/zona. ¿Cómo evaluar este requisito? Existen dos corrientes entre los miembros de la OMC: quienes creen que este requisito ha de ser objeto de un análisis cuantitativo y aquellos que prefieren un análisis cualitativo. Hay quienes consideran que este requisito ha de cubrir al menos 90% del comercio entre los miembros constituyentes. Sin embargo, tal cifra no ha sido nunca oficialmente sancionada.[20]

Asimismo, las reglas del articulo XXIV.8 parecen requerir la cuasi armonización de la política comercial entre los miembros de la unión aduanera. La decisión del Órgano de Apelación en el caso de Turquía-Textiles aclaró este requisito reconociendo:

> […] Estamos también de acuerdo con el Grupo Especial en que el texto del inciso ii) del apartado a) del párrafo 8 ofrece cierta «flexibilidad» a los miembros constitutivos de una unión aduanera «en la creación de una política comercial común». También en este caso nos permitimos advertir que esta «flexibilidad» es limitada. No hay que olvidar que las palabras «en sustancia» califican a la palabra «idénticos». Por consiguiente, a nuestro entender, el inciso ii) del apartado a) del párrafo 8 del artículo XXIV requiere algo muy parecido a la «identidad.[21]

Ambos tipos de acuerdos han de ser notificados a los otros miembros de la OMC con anterioridad a su constitución, para dar opción al resto de los miembros a formular las recomendaciones necesarias.[22]

---

[20] La cifra del 90% fue utilizada en el contexto del Informe del Grupo de Trabajo sobre AELC-Examen de la Convención de Estocolmo, L/1235, adoptado el 4 junio 1960, BISD 9S/70. Las partes usaron el argumento de que el acuerdo cubría lo esencial del comercio entre las partes, puesto que a pesar de que la agricultura estaba excluida del acuerdo, el mismo alcanzaba el 90% del comercio entre las partes.

[21] Turquía -Textiles, WT/DS34/R, para. 50.

[22] Artículo XXIV, 7. «a) Toda parte contratante que decida formar parte de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, o participar en un acuerdo provisional tendente a la formación de tal unión aduanera o de tal zona de libre comercio, lo notificará sin demora a las partes contratantes, facilitándoles, en lo

¿Significa esto que estos acuerdos necesitan ser autorizados antes de entrar en vigor? No parece ser ésta la interpretación que se da a este artículo. Se prefiere hablar de la posibilidad de otros miembros de la OMC de oponerse a aquel proyecto que consideren no responde a las reglas del artículo XXIV.

En 1996 se creó el Comité de Acuerdos Comerciales Regionales con el objeto de examinar los distintos acuerdos comerciales regionales notificados por los miembros de la OMC, de considerar las consecuencias sistémicas de esos acuerdos para el sistema multilateral de comercio y la relación que existe entre ellos.

4.2. La cláusula de habilitación

En 1979, al concluir la Ronda de Tokio, los entonces miembros del GATT adoptaron una decisión que permite apartarse del trato de nación más favorecida (Principio de no discriminación) en favor de los países en desarrollo.[23] En particular, el apartado c) del párrafo 2 permite

---

que concierne a la unión o zona en proyecto, todas las informaciones que les permitan someter a las partes contratantes los informes y formular las recomendaciones que estimen pertinentes. b) Si, después de haber estudiado el plan y el programa comprendidos en un acuerdo provisional a que se refiere el párrafo 5, en consulta con las partes en tal acuerdo y teniendo debidamente en cuenta las informaciones puestas a su disposición de conformidad con el apartado a) de este párrafo, las partes contratantes llegan a la conclusión de que dicho acuerdo no ofrece probabilidades de dar por resultado el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio en el plazo previsto por las partes del acuerdo, o consideran que este plazo no es razonable, las partes contratantes formularán sus recomendaciones a las partes en el citado acuerdo. Éstas no lo mantendrán o no lo pondrán en vigor, según sea el caso, si no están dispuestas a modificarlo de conformidad con tales recomendaciones. c) Toda modificación substancial del plan o del programa a que se refiere el apartado c) del párrafo 5, deberá ser comunicada a las partes contratantes, las cuales podrán solicitar de las partes contratantes interesadas que inicien consultas con ellas, si la modificación parece que puede comprometer o diferir indebidamente el establecimiento de la unión aduanera o de la zona de libre comercio».

[23] Decisión de 28 de noviembre de 1979. Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y más participación de los países en desarrollo (L/4903).

los acuerdos preferenciales entre países en desarrollo para el comercio de mercancías. Es la llamada «cláusula de habilitación» que ha continuado aplicándose como parte del GATT de 1994 en el marco de la OMC:

> 1. No obstante las disposiciones del artículo primero del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes.
> 2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán:
> […]
> c) a los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las partes contratantes, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo; […]

Esta disposición parece permitir la reducción de aranceles entre países en desarrollo de manera menos onerosa que lo estipulado en el artículo XXIV, 8. No está claro si se incluyen los obstáculos no arancelarios y lo cierto es que hasta el día de hoy no se han fijado tales criterios o condiciones. Tampoco hay pronunciamiento alguno del Órgano de Solución de Diferencias que ayude a refinar estos términos.

Dado el incremento exponencial de este tipo de acuerdos entre países en desarrollo, sería conveniente clarificar estas disposiciones en aras de asegurar que los acuerdos comerciales bilaterales/regionales sean verdaderos complementos de un sistema multilateral fuerte y no sus sustitutos.

5. Beneficios de los Tratados de Libre Comercio

Debido a una coincidencia de intereses y, a menudo, a unos valores más comunes, los acuerdos regionales pueden abarcar otras esferas, tales como la inversión, la competencia, las normas laborales o el medio ambiente, en las que no existe un consenso entre los Miembros de la OMC. Los acuerdos comerciales regionales pueden concluirse más rápidamente debido al menor número de partes implicadas.

Consideraciones políticas o geoestratégicas a corto plazo llevan con frecuencia a los países a participar en acuerdos comerciales regionales con un número limitado de interlocutores, de una forma discriminatoria para todos los demás miembros de la OMC.

El acceso preferencial puede crear, especialmente en relación con los servicios, lo que se conoce como la «ventaja del primero en actuar» debido a que los costos irreversibles de producción de cada lugar son importantes en muchos sectores de servicios. Así pues, el acceso preferencial en sectores como las telecomunicaciones o los servicios financieros pueden representar una ventaja a largo plazo para un proveedor secundario, incluso si más adelante se amplían esas preferencias a otros países.

Por lo general, los países en desarrollo que realizan negociaciones con los países desarrollados más poderosos esperan obtener beneficios preferenciales exclusivos, así como asistencia para el desarrollo y otras ventajas no comerciales. Tales negociaciones también se consideran instrumentos para hacer méritos y obtener ventajas sobre otros miembros de la OMC.

Los acuerdos comerciales regionales también enseñan a los participantes a negociar y a familiarizarse con la difícil terminología comercial, contribuyendo de este modo a construir y a reforzar las instituciones comerciales de los países.

Muchos acuerdos comerciales regionales han servido de base para asegurar la paz y una mayor estabilidad política. Por último, tales acuerdos pueden utilizarse como instrumentos para realizar reformas internas en ámbitos en los que los sistemas multilaterales son menos eficaces.

6. Costes de los Tratados de Libre Comercio

Por definición, un acuerdo comercial regional crea un entorno discriminatorio para quienes no son parte del mismo. Estos países podrían

registrar una disminución de sus exportaciones debido a que los productos proceden cada vez más de las partes en el acuerdo comercial preferencial; asimismo, podrían experimentar una pérdida de inversión extranjera directa (IED), pues la inversión se canaliza en dirección de los Miembros que tienen un acceso preferencial a un mercado más amplio. Por otra parte, los acuerdos comerciales preferenciales también pueden dar lugar a desviaciones del comercio entre sus interlocutores.

En realidad, son pocos los acuerdos comerciales preferenciales que dan lugar a una situación de libre comercio total entre las partes. A menudo se mantienen las restricciones relativas a determinados productos considerados sensibles. Hay, además, estudios que han demostrado que la aplicación de las normas de origen restrictivas en tales acuerdos puede hacer que los exportadores utilicen los derechos multilaterales en lugar de los derechos preferenciales, sobre todo cuando el margen preferencial es pequeño.

La conclusión de acuerdos comerciales regionales también puede generar más discriminación, pues los países que no son parte en un acuerdo (y que no quisieran verse excluidos del mismo) se apresuran a concluir acuerdos con países que sí son parte en él. A esto se le conoce como el «efecto acumulativo» o el «efecto dominó», y es lo que explica gran parte de la actividad bilateral que se observa actualmente en Asia.

También se origina el fenómeno del «regionalismo aditivo», es decir, la tendencia de los países a crear relaciones preferenciales con cada uno de sus interlocutores comerciales más importantes. En este caso, algunos países, en particular los países en desarrollo con pequeños mercados internos, corren el riesgo de ser dejados al margen y sufrir una marginación aun mayor.

La proliferación de los acuerdos comerciales regionales podría complicar considerablemente el entorno comercial con la creación de una red de normas incoherentes y de unas intrincadas normas de origen.

Un número cada vez mayor de Miembros de la OMC es parte en diez o más acuerdos comerciales regionales, la mayoría de los cuales contienen normas de origen, específicas del acuerdo para cada Miembro determinado. Esta situación complica el proceso de producción de los proveedores, que se ven obligados a adaptar sus productos a diferentes mercados preferenciales a fin de satisfacer las normas de origen. También complica la labor de los funcionarios de aduanas, los cuales deben evaluar un mismo producto de distinta manera, dependiendo de su origen, lo que pone en peligro la transparencia del régimen comercial. En palabras del profesor Bhagwati, nos encontramos con una verdadera maraña de normas de origen entremezcladas.

Los acuerdos comerciales regionales pueden absorber la energía y los recursos necesarios para las negociaciones en foros multilaterales, lo que es particularmente grave en el caso de los países en desarrollo con capacidades limitadas.

Aparte de sus efectos de distorsión, los acuerdos comerciales preferenciales presentan limitaciones reales: algunas cuestiones simplemente no pueden abordarse en absoluto en este tipo de acuerdos. Ejemplo de ello son las negociaciones para la eliminación o reducción de las subvenciones a la agricultura o a la pesca que distorsionan el comercio. Utilizando la expresión del Director-General de la OMC, no tiene sentido hablar de ganado o de agricultores «bilaterales» o «multilaterales». Las subvenciones que se otorgan a los agricultores son para la totalidad de su producción, sin distinción del destino final de ésta.[24] Lo mismo puede decirse de las normas *antidumping*.

Los acuerdos comerciales bilaterales en el sector de los servicios tienden a excluir, o a cubrir sólo parcialmente, las esferas en las que los principales participantes se enfrentan a una resistencia interna a la

---

[24] Acuerdos multilaterales o bilaterales: ¿qué camino se ha de seguir? Discurso pronunciado en la Cumbre 2007 de la Confederación de Industrias Indias titulada «La India emergente: nuevas funciones y responsabilidades», véase <http://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl53_s.htm>.

competencia extranjera, por no hablar de resistencia a una verdadera reforma. En otras palabras, estos acuerdos tienden a favorecer muy poco la liberalización del comercio de los servicios en los sectores sensibles. Esto no debe sorprender, teniendo en cuenta que los Ministerios de Comercio encargados de la coordinación se enfrentan a algunos «pesos pesados» (Finanzas, Telecomunicaciones, Trabajo, Transporte, Salud o Educación) para los que el «multilateralismo» no ocupa un lugar muy alto en su lista de prioridades, sobre todo si se compara con los intereses de los distintos colectivos, que pueden satisfacerse de forma más conveniente en un contexto bilateral.

Los mecanismos de solución de diferencias bilaterales no pueden sustituir al mecanismo multilateral de solución de diferencias de la OMC, cuyos beneficios derivan de la aplicación y las implicaciones generales de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias.

Los acuerdos comerciales preferenciales también pueden conducir a la creación de alianzas políticas, en las que el precio que los países en desarrollo deben pagar por firmar un acuerdo comercial regional con un país desarrollado es su apoyo a la posición general de ese país en la OMC o en otros foros en materia de política. En este sentido, los acuerdos bilaterales no corrigen los desequilibrios de poder entre los participantes. Si se trata de Brasil, China, India, Estados Unidos o la UE, no hay ningún problema; pero para países como Ghana, Camboya o Perú el poder de negociación bilateral es mucho menor que el poder de negociación multilateral.

Otra limitación de los acuerdos comerciales regionales reside en el desgaste de las preferencias que se ofrecen: la preferencia otorgada a un primer interlocutor en un acuerdo comercial regional, en cuanto al acceso a los mercados, pierde su valor cuando esta misma preferencia se ofrece a otro interlocutor de otro acuerdo comercial regional. Al mismo tiempo, los países excluidos de dichos acuerdos sufren una discriminación cada vez mayor debido a que los interlocutores preferenciales no dejan de multiplicarse. Este problema es particularmente pronunciado en las situaciones en las que existe un país que actúa como

eje central del acuerdo y en las que los países secundarios resultan vulnerables a los futuros acuerdos comerciales del país central. Tomemos el ejemplo del Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y los países ACP. La gran dependencia de estos países del acceso preferencial a los mercados de la UE podría verse afectada por las intenciones manifestadas por la UE de ampliar el número de sus interlocutores preferenciales.

Por último, los acuerdos comerciales regionales a menudo actúan como desincentivos para las negociaciones multilaterales debido a los costos que supone la eliminación gradual de las preferencias. Algunos países realizan un 90 por ciento o más de su comercio con interlocutores preferenciales, y por ello corren el riesgo de crear poderosos grupos de presión nacionales que se resistan a cualquier liberalización de los aranceles a nivel multilateral que pueda socavar sus preferencias. Lo mismo ocurre en la esfera de los servicios, donde algunos acuerdos preferenciales contienen extensas concesiones en este campo tanto en el alcance como en el grado de liberalización del mercado. Con frecuencia, estos acuerdos van mucho más allá de las ofertas presentadas en el marco de las negociaciones en curso en la Ronda de Doha.

7. Futuras directrices para disciplinar los Tratados de Libre Comercio

Dado que los acuerdos comerciales regionales son una realidad insoslayable y teniendo en cuenta que la OMC no excluye este tipo de acuerdos; en determinadas condiciones, el reto al que se enfrentan hoy los miembros de la OMC es el de garantizar que contribuyan al buen funcionamiento del sistema mundial de comercio, reduciendo al mínimo el riesgo de que disminuyan el bienestar global y limiten las economías de escala.

7.1. El Programa de Doha para el Desarrollo

Ésta es la razón por la que los Miembros decidieron incluir la cuestión de los acuerdos regionales en el programa de negociaciones en curso en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo.[25]

Después de cinco años de negociaciones, en diciembre de 2006, los miembros de la OMC adoptaron de manera provisional un mecanismo para mejorar la transparencia de los acuerdos bilaterales concluidos entre sus miembros.[26] Esta decisión ¯que habrá de ser sustituida por un mecanismo permanente a adoptarse como parte de los resultados de la Ronda de Doha¯ busca cubrir las lagunas existentes en este campo tras más de 50 años de aplicación del artículo XXIV del GATT 1947.

En primer lugar, el mecanismo busca una mayor transparencia en el proceso de negociación y en la conclusión. La decisión exhorta a quienes vayan a iniciar una negociación de un acuerdo regional a informar a la OMC. Una vez se haya formado el acuerdo, sus miembros transmitirán a la OMC, a través de su Secretaría, información sobre el mismo, que comprenderá su nombre oficial, alcance y fecha de su firma, calendario que se haya podido prever para su entrada en vigor o aplicación provisional, los puntos de contacto y/o direcciones de sitios web pertinentes y cualquier otra información de carácter no reservado que sea oportuna. La Secretaría de la OMC incluirá esta información en su sitio web y proporcionará periódicamente a los Miembros una sinopsis de las comunicaciones recibidas.

---

[25] Párrafo 29 de la Declaración Ministerial de Doha, noviembre de 2001, (WT/MIN(01)/DEC/1): «Convenimos también en celebrar negociaciones encaminadas a aclarar y mejorar las disciplinas y procedimientos previstos en las disposiciones vigentes de la OMC aplicables a los acuerdos comerciales regionales. En las negociaciones se tendrán en cuenta los aspectos de los acuerdos comerciales regionales relativos al desarrollo».

[26] Grupo de Negociación sobre las Normas, Informe del Presidente al Comité de Negociaciones Comerciales, TN/RL/18, 13 de julio de 2006.

En segundo lugar, el mecanismo mejora las disposiciones acerca de la notificación de los acuerdos. Tal notificación se efectuará lo antes posible y a más tardar inmediatamente después de la ratificación del acuerdo por las partes o de la decisión de cualquiera de ellas sobre la aplicación de las partes pertinentes de un acuerdo y, en todo caso, antes de la aplicación del trato preferencial entre las «Partes». Las Partes proporcionarán un texto completo del acuerdo, así como toda lista, anexo o protocolo conexos en uno de los idiomas oficiales de la OMC. Cuando ello sea posible, se presentarán también en formato utilizable electrónicamente. Asimismo, deberá proporcionarse la referencia de los enlaces relacionados oficiales de internet.

En tercer lugar —y esta es la novedad más interesante—, se mejoran los mecanismos de transparencia, otorgando un papel particular a la Secretaria de la OMC. Ésta será la encargada de establecer un calendario preciso para el examen de los acuerdos en el momento de la notificación, examen que habrá de concluirse dentro del año a partir de la fecha de la notificación.

Para ayudar a los Miembros en su examen, las partes facilitarán a la Secretaría de la OMC toda una serie de datos relacionados tanto con las mercancías, como con los servicios, cuando el acuerdo también incluya esta materia. Se establecen plazos precisos para la entrega de tal información. Con respecto a las mercancías, los datos se proporcionarán a nivel de línea arancelaria y cubrirán las concesiones arancelarias detalladas según el periodo de transición, los tipos de los derechos «nación más favorecida» (NMF), márgenes preferenciales, contingentes arancelarios, restricciones estacionales, salvaguardias especiales, normas de origen preferenciales para productos específicos, así como estadísticas de las importaciones.

Con respecto a los servicios, las partes pondrán a disposición de la Secretaría de la OMC las estadísticas comerciales o de la balanza de pagos por sector/subsector de servicios y socio-comercial, los datos acerca del producto interior bruto o estadísticas de la producción, así como las estadísticas relativas a las inversiones extranjeras directas y del movimiento de personas físicas.

La Secretaría de la OMC elaborará una presentación fáctica del acuerdo en cuestión principalmente sobre la base de la información facilitada por las Partes y evitando formular juicios de valor. Si lo estima necesario, la Secretaría de la OMC podrá utilizar también datos disponibles de otras fuentes. La Secretaría de la OMC se abstendrá de formular cualquier juicio de valor. Sobre la base de este análisis, cada acuerdo notificado será examinado por los miembros de la OMC. Cada miembro que así lo desee podrá formular preguntas u observaciones que las partes tendrán que responder. Todo el material presentado, así como las actas de las reuniones dedicadas al examen de un acuerdo notificado, se distribuirán prontamente en todos los idiomas oficiales de la OMC y se darán a conocer en el sitio web de la OMC.

Este ejercicio de transparencia no acaba aquí puesto que cualquier modificación ulterior del acuerdo también habrá de ser notificada. Al concluir el periodo de aplicación, las partes presentarán a la OMC un breve informe escrito sobre el cumplimiento de los compromisos de liberalización previstos en el acuerdo inicialmente notificado.

La inversión hecha por mejorar la transparencia indica la dirección en la que los miembros de la OMC pretenden seguir: más que un procedimiento de aprobación formal de acuerdos regionales, se busca someterlos a un escrutinio que ponga de manifiesto de manera pública y notoria los términos de cada acuerdo. Su accesibilidad al público, en general, generará una presión que obligará a una cierta seriedad en estos acuerdos. De nada servirá esconderse tras formulaciones oscuras y listas, y anexos poco transparentes. El nuevo mecanismo de transparencia será él mismo transparente, constituyendo una garantía dado que resultará difícil de evitar su cumplimiento. Los miembros dan a la Secretaría de la OMC un papel más activo en este campo, la imagen de la decisión tomada al fin de la Ronda Uruguay con la creación del Examen de Políticas Comerciales.

Pero para concluir con éxito las negociaciones bajo el Programa de Doha para el Desarrollo, no bastará con que los miembros de la OMC mejoren los procedimientos para evaluar los acuerdos regionales. Tendrán también que decidir acerca de las mejoras que deben aportar ante las reglas sustantivas del artículo XXIV.

7.2. Líneas de actuación en el futuro

El creciente proceso de «deslocalizaciones» o de fragmentación de los procesos de producción entre diversos países ha puesto de manifiesto la necesidad de racionalizar la tendencia actual a la multiplicación de acuerdos regionales como forma principal de liberalización comercial. Si bien es cierto que la protección comercial sigue su tendencia descendente, los costes derivados del crecimiento exponencial en el número de acuerdos regionales han llevado a muchos economistas, y cada vez más a los operadores económicos, a buscar la manera de «multilateralizar» este entramado de acuerdos regionales a nivel global.[27] Es evidente que no se puede poner coto a la carrera a los acuerdos regionales desatada entre gran parte de los miembros de la OMC, sino de buscar la manera de hacer converger estos acuerdos regionales de manera que los efectos distorsionantes de sus diferentes reglas no constituyan un impedimento al libre comercio.[28]

Una de las áreas que merecen una profunda reflexión es la relativa a las reglas de origen. Es frecuente que las reglas de origen sean diseñadas de acuerdo con las necesidades específicas de las partes de un acuerdo regional. Es también frecuente que estas reglas difieran de acuerdo a acuerdo, incluso tratándose del mismo producto. En el mundo actual en el que los operadores económicos siguen estrategias de producción basadas en economías de escala y de ventajas comparativas, la multiplicidad de reglas de origen de acuerdo a acuerdo constituye hoy un obstáculo mayor que los aranceles. Si no es posible armonizar estas reglas, al menos se habrá de ordenar una coexistencia pacífica entre los distintos tipos de reglas de origen. Una de ellas sería extender las posibilidades de acumulación del origen.

---

[27] El profesor Jagdish Bhagwati utiliza el término «plato de espaguetis» para referirse a la compleja red de acuerdos regionales que se superponen creando complicaciones para los operadores económicos.

[28] Para un análisis detallado de este asunto conviene referirse al debate que tuvo lugar en la OMC en septiembre 2007, véase <http://www.wto.org/english/news_e/pres07_e/pr489_e.htm>.

Otra de las áreas que conviene examinar es la relativa a los obstáculos no arancelarios. La multiplicidad de reglamentaciones y normas técnicas en cada acuerdo regional posee el potencial de crear nuevos obstáculos con una capacidad de diversión del comercio mayor que los niveles arancelarios aplicados actualmente.

Finalmente, quizás se pueda aprender de la experiencia de los grupos regionales que han desarrollado principios o estándares que se deben seguir a la hora de concluir acuerdos regionales, como es el caso de los desarrollados en el marco del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC).[29]

En conclusión, ha llegado el momento de poner un poco de orden en la creciente confusión creada por la conclusión de acuerdos regionales. Hoy, solo un miembro de la OMC no es parte de ningún acuerdo regional: Mongolia. Los miembros de la OMC han de hacer frente a sus responsabilidades en el sistema comercial multilateral del que son parte. Una primera manera de hacerlo es concluir las negociaciones en curso sobre la Ronda de Doha y, en particular, su capítulo relativo a los acuerdos regionales. Pero, además de ello, debe comenzar una reflexión colectiva sobre la manera de «domar a la fiera», es decir, de «multilateralizar» los acuerdos comerciales regionales.

---

[29] Véase: <http://www.apec.org/content/apec.html>.

PARTE VI:

Aspectos jurídicos y sectores del comercio y las finanzas internacionales

La buena fe en la contratación internacional

Dra. Gloria Esteban de la Rosa

La buena fe en la contratación internacional

Gloria Esteban de la Rosa

Ut inter bonos bene agier oportet
et sine fraudatione.
(Cicerón, *De officiis*, 3, 70).

Sumario: 1. Introducción. Génesis de la noción de buena fe en el ámbito de las obligaciones y contratos.— 2. Carácter informador de la buena fe y su función normativa en la contratación internacional.— 3. Función interpretativa de la buena fe en la contratación internacional.— 3.1. Planteamiento.— 3.2. En particular, en la fase de negociación del contrato internacional.— 4. Función integradora de la buena fe en la contratación internacional.— 4.1. La adaptación del contrato internacional.— 4.2. El principio de adaptación de los contratos internacionales.— 5. Conclusiones.—

1. Introducción. Génesis de la noción de buena fe en el ámbito de las obligaciones y contratos

En esta obra dedicada al análisis y actualización acerca del Derecho internacional económico es obligado dedicar parte de su contenido al régimen jurídico de los contratos,[1] y, en concreto, su regulación en dimensión internacional, que adquiere especial protagonismo al mismo tiempo que surge la propia noción de Derecho económico a partir de determinados niveles de complejidad de la estructura económico-social

[1] Véase con carácter general, *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*. Bruselas-París, Etablissement Emile Bruylant S.A., 1976.

—como se ha señalado—.[2] En este contexto también se sitúa el mayor reconocimiento y, por ello, ampliación de efectos de la buena fe en la mayoría de los ordenamientos del mundo y, muy en particular, en la *lex mercatoria* (como se verá a continuación).

Se ha indicado que «la buena fe es el alma de los contratos» (García Goyena) y un «puente de conexión entre el Derecho y las convicciones generales».[3] La comprensión de la actual función de la buena fe en el derecho de las obligaciones y contractos, en particular en el comercio internacional, requiere realizar una breve presentación de su génesis histórica, que se sitúa —como es sabido— en la noción de *bona fides* del Derecho romano.[4] Más concretamente, en los siglos III y II a. d. C., y, en particular, en la labor desarrollada por el *praetor peregrinus* (creado en el año 242 d. C.), autoridad que se ocupó de dar respuesta a las relaciones que mantenían los ciudadanos romanos a los que se aplicaba el *ius civile* o Derecho romano con los extranjeros a los que no se aplicaba el referido ordenamiento, sino el *ius gentium*, como consecuencia de la expansión de las relaciones comerciales del Imperio durante el referido periodo.[5]

Si bien la buena fe se introduce en el Derecho romano, en primer lugar, en el ámbito del proceso, articulándose una específica modalidad de acción *(actio fiduciae)*, precursora de los procedimientos de buena fe *(bonae fidei iudicia)*,[6] dicha acción es consecuencia del desarrollo —y

---

2 Véase, ROJO, A. «El Derecho económico como categoría sistemática». *Revista General de Legislación y de Jurisprudencia*, 1980, n.º 1, p. 257.

3 Véase NARANJO DE LA CRUZ, R. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: BOE, 2000, p. 265.

4 Véase CASTRESENA, A. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1991.

5 Véase CAMACHO EVANGELISTA, F. *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*. Universidad de Granada, 1962, pp. 7-8.

6 Tales procedimientos tenían la finalidad de conceder la oportunidad de valorar los intereses de las dos partes para juzgar una demanda. Frente a los juicios basados en la estricta aplicación del Derecho (*iudicia stricti iuris*), la buena fe situaba el énfasis en el comportamiento de las partes, que actúan de forma

extensión a las relaciones internacionales— de la tradicional noción romana de *fides* en el campo de los negocios, que presidía el ámbito de los contratos cuando se realizaban entre vecinos y/o amigos. La internacionalización de las relaciones comerciales supuso también la de la noción de confianza, esto es, los pactos entre romanos y peregrinos no eran simplemente obligatorios —de forma que las partes se comprometían a cumplir lo pactado—, sino que se obligaban también a lo que era razonablemente exigible de conformidad con las normas del tráfico.[7] El concepto de *fides* alcanzó un sentido objetivo en el momento en el que se generalizó, estableciéndose una relación entre la *fides* y el *bonus vir* (hombre bueno), de tal forma que la *bona fides* es, desde el punto de vista de la autoridad judicial, el comportamiento que generalmente se espera de un hombre normal en un caso concreto.[8]

A partir del momento en que Roma entra en contacto con todos los pueblos del mundo a través del comercio, el *ius gentium* se convierte en un derecho común, equivalente al *ius aequum* y contrapuesto al *ius strictum* o Derecho solemne.[9] En el orden procesal, la peculiaridad de los *bonae fidei iudicium* consistía en que las partes no estaban constreñidas por una concreta fórmula, lo que permitía al juez razonar y decidir el caso de conformidad con aquello que pareciera justo (equitativo) y razonable.[10] Por este motivo, quizás, se ha relacionado la equidad con la buena fe.[11]

---

prudente, cuidadosa y, en especial, respetuosa de los intereses de la otra parte de la relación o negocio. Véase Schermaier, M. J. «Bona fides in Roman contract law». En Zimmernann, R. y S. Whittaker (eds.). *Good faith in European Contract Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2000, p. 82.

7 Véase Camacho Evangelista, F. *Ob. cit.*, pp. 7-9.

8 Véase Senn citado por Gil y Gil, J.L. *Principio de buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: CARL, 2003, p. 30.

9 *Ibíd.*

10 Véase Whittaker, S. y R. Zimmermann. *Ob. cit.*, p. 17.

11 La desaparición de los procedimientos formularios convirtió a la equidad en una forma de contrarrestar la aplicación estricta del Derecho durante la Edad Media y el inicio de la modernidad. Véase detenidamente Gordley, J. «Good faith in contract law in the medieval *ius commune*». En Zimmernann, R. y S. Whittaker

Puede pensarse que la concepción de la buena fe existente en el Derecho romano ha evolucionado de manera distinta en el Derecho europeo, habiendo dado lugar al concepto de «razonabilidad» en el caso del Derecho inglés y al concepto de «buena fe» en los sistemas de tradición civilista, de conformidad con la diversa recepción realizada en cada uno de ellos.[12] En este sentido, se ha señalado que no ha sido necesario introducir en el sistema jurídico británico el principio general de buena fe porque los tribunales han respetado siempre el criterio de la razonabilidad, esto es, de las expectativas razonables de las partes de acuerdo con el carácter pragmático de los ingleses.[13] No obstante, llama la atención la disparidad existente en la actualidad entre el Derecho del Reino Unido y el Derecho americano con respecto la noción de buena fe, dado que en este último se ha reconocido expresamente en el Código Uniforme de Comercio (Sección 1-203).[14]

(ed.). *Ob. cit.*, pp. 93 y ss.; PUGLIESE, G. «Ius honorarium and English Equity». En CLARK, D.S.. *Comparative and Private International Law*. Berlín: Duncker and Humblot, 1990, pp. 279-280.

[12] Podría comprobarse en este caso, una vez más, que el continente europeo recibió el Derecho romano escrito en sus grandes obras y codificaciones, mientras que Gran Bretaña y sus zonas de influencia asumieron la aplicación del citado Derecho. La *equity* anglosajona no sería más que el razonamiento seguido por las autoridades judiciales romanas para adaptar las soluciones jurídicas al caso, utilizada también —como se ha señalado *supra*— en los *bonae fidei iudicia*. En materia de derecho contractual, numerosas reglas que componen el derecho inglés son de inspiración romanista, pero su puesto en el interior del sistema es en gran medida diferente (*cf.*, CANNATA, C.A. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 237).

[13] *Ibid.*, pp. 47 y 48.

[14] Esta disposición señala que: «*todo contrato u obligación comprendidos en esta ley impone un deber de buena fe en su cumplimiento o exigencia*». El UCC no tiene valor legal, salvo por el hecho de que ha sido aprobado por los cada uno de los Estados Unidos de América, a excepción del Estado de Luisiana, que, no obstante, ha modificado en repetidas ocasiones su Derecho privado para aproximarlo al *Uniform Commercial Code*. La inclusión del principio de buena fe es una de sus aportaciones más llamativas y de mayor importancia. Véase la traducción y comentarios de GARRIDO, J.Mª *Código uniforme de comercio de los Estados Unidos*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, pp. 38 y 53.

Sin embargo, la doctrina ha puesto de relieve que, si bien suele establecerse una dicotomía entre los ordenamientos jurídicos en los que existe la noción de buena fe, heredada de la tradición romanista, y los sistemas jurídicos del *common law*, en los que esta idea no es conocida, esta clasificación es reductiva.[15] Otros autores se refieren a la coincidencia del concepto de buena fe en el Derecho francés o belga y las nociones equivalentes en los sistemas anglosajones que, al ser más pragmáticos, han deducido caso por caso otros criterios para evitar el perjuicio que pueden sufrir las partes implicadas en un contrato internacional, tanto en el momento de la formación como en el momento de su ejecución.[16]

En todo caso, cada ordenamiento ha recogido el principio de buena fe de forma distinta en el ámbito de los contratos, de conformidad con las características de su sistema económico y social.[17] Si bien todos partieron de la idea liberal de la «autonomía privada», que favorece o propicia la seguridad jurídica en los contratos, Rudolf von Ihering introdujo en la Ciencia del Derecho (método de la «jurisprudencia de intereses») la idea de que el contrato no se concibe estrictamente como la obra libre de los sujetos que se vinculan a través de él, sino que

---

15 Véase Van der Mensbrugghe, Fr. R. «Migrations juridiques de la bonne foi». *Revue de Droit international et Droit comparé*, 1999, p. 248. Este autor señala que la inexistencia en el Derecho británico de un principio general de buena fe se suple con un conjunto de nociones emparentadas con ésta y que cumplen esta misma finalidad (p. 249).

16 Véase Van der Mensbruggle, Fr. R. «La bonne foi dans le commerce international». *Revue de Droit international et de Droit comparé*, 2000, pp. 303 y ss.

17 Véase de forma detallada, Gil y Gil, J.L. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: CARL, 2003, pp. 61-144. Hay que mencionar también los sistemas jurídicos de los países árabe-musulmanes, en los que el Derecho romano no ha tenido una influencia clara en sus sistemas jurídicos, pero conocen y preservan un criterio de actuación de buena fe, que preside el ámbito de los negocios y del procedimiento. Véase Majeed, N. «Good faith and Due Process: Lessons from the Shari'ah». *Arbitration International*, 2004, vol. 20, n.º 1, pp. 97 y ss.

también tiene un contenido social, que recogieron los códigos civiles (por ejemplo, el Código alemán).[18]

Se va a analizar cómo actúa la buena fe en su función en orden a la interpretación y a la integración del contrato y, en particular, cuando se trata de un negocio internacional, cuyos elementos o aspectos están relacionados con distintos sistemas jurídicos estatales (por ejemplo, por razón del establecimiento de las empresas o de las partes en países distintos). El papel de la buena fe es aún más importante en tales casos —como se verá infra—, dado que conlleva un desplazamiento de la ley rectora del contrato internacional, determinada de conformidad con cada sistema estatal de Derecho internacional privado (DIPr), a favor de la aplicación del referido principio cuando se trata de aclarar las disposiciones recogidas por las partes en el concreto negocio o de integrar lo que han querido pero no han manifestado de forma expresa (cláusulas implícitas). También es importante la función normativa del referido principio en el actual comercio internacional, que permite deducir un conjunto de deberes exigibles a las partes (véase *infra*).

No obstante, la actuación del principio general de la buena fe en la contratación internacional pone de relieve la importante interrelación entre cada una de estas funciones (normativa, interpretativa e integradora) hasta el punto de que no siempre es fácil determinar o delimitar en una concreta ocasión cuándo actúa el referido principio general de una u otra manera. Su función o capacidad normativa, en particular, hace que se deduzcan del principio general un conjunto de deberes cuyo contenido es también el resultado de su función integradora en el ámbito de la contratación internacional, como se verá a continuación. Por último, como se sabe, la buena fe tiene carácter objetivo y subjetivo, esto es, se trata de un canon o criterio que tiene aplicación general (dimensión objetiva); pero también permite valorar la

---

[18] Véase KESSLER, E. y F. FIRE. «*Culpa in contrahendo*, bargaining in good faith and freedom of contract: A comparative study». *Harvard Law Review*, 1964, vol. 77, n.º 3, pp. 401-449 y LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 66.

conducta seguida por los particulares (dimensión subjetiva). En este último caso, se estará en presencia, en particular, de la función interpretativa del referido principio, que permitirá valorar si la actuación de las partes (del contrato) es contraria a las pautas de comportamiento aceptadas en el ámbito de que se trate (y, en particular, en el concreto sector del comercio internacional).

2. Carácter informador de la buena fe y su función normativa en la contratación internacional

Los principios jurídicos y, en particular, los principios generales del Derecho, constituyen fuente formal del ordenamiento, de conformidad con el artículo 1.1 del Código civil español, sin perjuicio de su carácter informador (artículo 1.4 del CC). Este último supone que la regulación dada por el legislador a una concreta materia está presidida por un concreto principio (general) con independencia de que se encuentre recogido o plasmado en una norma, esto es, que esté expreso o implícito. Sin embargo, en el momento actual, la buena fe es un principio general que está recogido —en particular, en el ámbito de los negocios—, en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo *(bonne foi*, *good faith*, *goede trow*, *Treu und Glauben (mit Rücksicht auf die Verkehrssitte))*,[19] así como en los textos de carácter internacional y en la *lex mercatoria*.[20]

Interesa de forma particular a los fines de este estudio el análisis de los textos internacionales y, en particular, de la *lex mercatoria*, con la finalidad de analizar si en el momento actual existe un principio general de buena fe que tenga carácter universal de forma que su aplicación sea independencia del contenido de determinado ordenamiento que regule el contrato. Como se sabe, el Convenio de Viena, de 10 de abril

---

[19] Véase, en particular, de forma muy detallada, Gil y Gil, J.L. *Ob. cit*., pp. 61-144.

[20] Véase extensamente, Robin, G. «Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux». *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2005, n.º 6, pp. 695 y ss.

de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías (CV) constituye un texto que recoge disposiciones de Derecho uniforme. Su artículo 7.1 prevé que «en la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional».[21] Hay que indicar la falta de acuerdo acerca de si la noción de buena fe que emplea esta disposición ha de ser considerada en sentido débil (como mero estándar o pauta de conducta) o en sentido fuerte (norma jurídica/principio general), es decir, si cumple también una función normativa e integradora del contenido del contrato (segundo caso) o sólo tiene una función interpretativa (primer caso).[22]

Como se ha señalado, si bien su génesis histórica no permite entender que este concepto puede dar lugar a concretos deberes para las partes (función normativa), el alcance de esta disposición dependerá de su concreta aplicación por cada autoridad judicial nacional o por los árbitros (en el medio internacional).[23] Y, en este sentido, cabría considerar que su alcance es independiente de lo que indique un concreto ordenamiento, esto es, de la función que desempeñe la buena fe en el seno del mismo.[24] Como ha señalado la doctrina, los trabajos previos y preparatorios del CV indican que la noción de buena fe que recoge el actual artículo 7 del referido texto convencional no tendría que tener el mismo sentido en el que es empleada por los ordenamientos de los

---

[21] *B.O.E.* n.º 26, de 30 de enero de 1991. Corr. de err. *B.O.E.* n.º 282 de 22 de noviembre de 1996. Véase DIESSE, F. «La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises (CVIM)». *Journal du Droit international*, 2002, n.º 1, pp. 55 y ss.

[22] Véase MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*. Convención de Viena del 12 de marzo al 11 de abril de 1980. Granada: Comares, 2004, pp. 148 y ss.

[23] *Ibíd*.

[24] Véase en sentido contrario, CALVO-CARAVACA, A. «Artículo 7». En DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 1998, p. 110.

Estados nacionales, sino que ha de ser valorada por la concreta autoridad judicial para verificar su compatibilidad con el principio de la cooperación internacional.[25]

La Sentencia del Tribunal Supremo español —Sala de lo Civil, Sección 1ª— n.º 18/2008 de 17 de enero de 2008, presenta interés para examinar la aplicación del citado artículo 7 del CV, dado que el TS acude a esta disposición (en concreto, a su párr. 2º), para considerar que el estado de los vehículos objeto del contrato de compra-venta ha de ser examinado de conformidad con el uso previo al que habían estado destinados, como vehículos de alquiler; así como teniendo en cuenta el precio de los mismos estipulado en el contrato.[26] El Alto Tribunal no estima el recurso de casación por vulneración de los arts. 35, 36, 38 y 39 del CV, al considerar que no hay falta de conformidad con lo pactado que legitime la reclamación, dado que la parte vendedora (Autos Cabrera Medina, SL) se comprometía a entregar a la parte compradora (Imporgess GmbH) los vehículos usados en buen estado, salvo los desperfectos propios de su utilización normal y sin accidentes (cláusula novena del contrato).

En esta ocasión podría entenderse que la buena fe está actuando más como pauta o parámetro de conducta, que como auténtico principio general, del que derivan un conjunto de deberes para las partes. Sin embargo, como se verá infra, la citada buena fe constituye un principio general en el actual tráfico comercial internacional, que despliega en este medio las funciones propias y específicas de las referidas normas: función informadora, normativa, interpretativa e integradora del contenido del contrato. A favor de esta interpretación ha de mencionarse el artículo. 8, 1º del CV —que también aplica el TS en la sentencia citada—, dado que la interpretación del contrato de conformidad con la común intención de las partes ha de realizarse atendiendo a

---

25 Véase Martínez Cañellas, A. *Ob. cit*., p. 138.

26 Véase texto de la decisión en Base de Datos de Jurisprudencia Aranzadi (JUR\2008\38038).

«los cánones de corrección, responsabilidad y protección de la confianza que deben inspirar sus relaciones, de acuerdo con el principio de buena fe».[27] Esto es, la buena fe no es sólo un estándar de conducta (dimensión subjetiva), sino que tiene también una dimensión objetiva en el citado CV, como ha puesto de relieve la jurisprudencia (que le permite desplegar un alcance general).[28]

De otro lado, se observa con carácter general esta exigencia de buena fe en el ámbito contractual en la nueva *Lex Mercatoria* (en particular, de origen académico) pudiendo citar, entre otros textos pertenecientes a este nuevo Derecho del comercio de origen transnacional, los Principios UNIDROIT para los contratos internacionales, en su versión de 1994 y en su actual redacción de 2004.[29] En concreto, el artículo 1.7 dispone que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional (párr. 1º); que hay que poner en relación con el artículo 2.1.15.[30] Si bien la primera de las disposiciones citadas se refiere al deber de buena fe, la doctrina considera de forma mayoritaria que constituye en el momento presente un «fondo común» aceptado en el comercio internacional, que rige la formación, la validez, la interpretación, el cumplimiento y el incumplimiento de los contratos,

---

27 Véase en este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, A. «Artículo 8». En DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.). *Ob. cit*., p. 117.

28 Para esta evolución de la comprensión de la buena fe en el marco del CV, con abundante aportación y análisis de la jurisprudencia véase, MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Ob. cit*., pp. 148 y ss.

29 Para un detenido análisis del significado del principio general de la buena fe en el articulado de los Principios, véase HARTKAMP, A. «The concept of Good faith in the Unidroit Principles for international commercial contracts». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n.os 1-2, 1994, pp. 65 y ss.

30 Este artículo señala que: «1. Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. 2. Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. 3. En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúa negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo». Véase texto (versión de 2004) recogido en SÁNCHEZ LORENZO, S. (dir.). *Legislación de los negocios internacionales*. Madrid: Tecnos, 2008, p. 47.

tanto en el ámbito de los sistemas de *civil law* como de *common law*.[31] Y, por tal motivo, ha de considerarse no sólo un concreto deber, ni una cláusula general, sino un principio general, con las consecuencias que de ello se derivan en orden a su función en el ordenamiento transnacional del comercio internacional (véase *infra*).

Los —más modernos— principios del Derecho europeo de los contratos (PDCE) recogen también este deber general de actuar de buena fe (artículo 1.201).[32] Además, el deber de comportarse de buena fe es una norma imperativa en los PDCE (artículo 1.201, párr. 2º).

Como principio general, la buena fe es fuente de obligaciones (función normativa) y actúa de forma más creativa en la medida en que el ordenamiento no cuente con otros principios expresamente reconocidos.[33] También cumple una función flexibilizadora cuando las relaciones entre las partes están hiperdetalladas, lo que puede suceder en el caso de los contratos complejos, en los que las asociaciones profesionales o los actores que intervienen en estas relaciones fijan su contenido de forma exhaustiva (por ejemplo, contratos de transferencia de

---

[31] Véase en ese sentido, Oppetit, B. «Éthique et vie des affaires». En *Mélanges offerts á André Colomer*. París: Litec, 1993, p. 324; y Fontaine, M. «Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par Unidroit». *Revue de Droit international et Droit comparé*, 1991, p. 25 y ss.

[32] Esta regla señala «*buena fe y lealtad. a) cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y lealtad. b) Las partes no pueden excluir o limitar este deber*». Véase texto en Díez Picazo, L., E. Roca Trías y A. M. Morales. *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas, 2002. Para una extensa explicación de la génesis de los PECL y de su función unificadora en el actual marco del Derecho contractual europeo véase, Sánchez Lorenzo, S. *Derecho privado europeo*. Granada: Comares, 2002, p. 293 y ss.; así como los materiales de los seminarios organizados en Roma, en junio de 1999 y en junio de 2000 por el *Consiglio Nazionale Forense*, relativos a la redacción del Código civil europeo, publicados en *Rassegna forense* (Cuaderno 5), G. Alpa y E. N. Buccico. Milán: Giuffrè, 2001.

[33] En este sentido, Vallet de Goytisolo, J. B. se refiere a la «atmósfera necesaria para el desenvolvimiento normal de la conducta». En «Prólogo» a D. M. Ferreira Rubio, *La buena fe…*, *ob. cit.*, p. 10.

tecnología, operaciones de construcción de plantas «llave en mano», operaciones de joint-venture, etcétera). Esto es, el ámbito de actuación de este principio general no llega donde existe otro principio jurídico específico, reconocido de forma expresa o implícita en el ordenamiento, pues la buena fe ya no ha de cumplir su función integradora. Así sucede en el caso de la cooperación y de la lealtad.

El primero constituye, en sí mismo, un principio existente, tanto en el plano internacional, como en el marco de los ordenamientos jurídicos internos.[34] Los PDCE recogen expresamente este principio en el artículo 1.202 («cada una de las partes está obligada respecto de la otra, a cooperar para conseguir la pena efectividad del contrato»).[35] De la misma forma sucede con el principio de lealtad, que inspira el ordenamiento comunitario y que se encuentra expresamente reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como en los ordenamientos y en la jurisprudencia nacionales.[36]

Por tanto, si tales deberes se encuentran ya plasmados en el ordenamiento, no será necesario acudir a este principio general para justificar su existencia y, por tanto, su aplicación. Dichos deberes que hacen nacer el principio de buena fe tienen una mayor trascendencia cuando el contrato internacional se encuentra en la fase de negociación, que tiene una desigual consideración en los distintos sistemas jurídicos, de un lado, y, de otro, no cuenta con una regulación tan

---

[34] Véase DIESSE, F. «Le droit de coopération comme principe directeur du contrat». *Archives de philosophie du Droit*, tomo 43, 1999, p. 259 y ss.; y MORIN, G. «Le devoir de coopération dans les contrats internationaux. Droit et pratique». *Droit et Pratique du Commerce International*, t. 6, n.º 1, 1980, pp. 9-28 (concr. p. 9).

[35] Texto recogido en DÍEZ PICAZO, L., E. ROCA TRÍAS y A.M. MORALES, *ob. cit*.

[36] B. Oppetit considera que cabe deducir este deber de la actual jurisprudencia francesa que aplica el art. 1134, párr. 2 del Code civil e incluso considera que la sentencia del T.J.C.E., en el conocido asunto Cassis de Dijon, del 20 de febrero de 1979, es otro ejemplo, en el que se pone de relieve la importancia del deber de lealtad en las actuales relaciones comerciales (véase «Éthique…», *loc. cit*., p. 323).

específica en la mayoría de ellos. En esta fase del contrato, como regla de conducta de una persona que se compromete contractualmente con otra, el principio de la buena fe hace nacer la «obligación de informar a la otra parte» acerca de los elementos relevantes que hay que tomar en cuenta de cara a la realización del negocio, así como entregar toda la documentación, de tal forma que pueda conocer previamente a qué se compromete.

También deriva de este principio general un «deber de sinceridad», que se pone de manifiesto, en especial, cuando la negociación requiere desvelar información que puede ser relevante para la realización de las operaciones. Ahora bien, su contenido debe ser delimitado si las partes consideran que su cumplimiento debe ser exigible en todo caso. Este deber adquiere una significativa importancia en el caso de las negociaciones paralelas. Las partes pueden acordar un «pacto de exclusividad», en virtud del cual: «cada una de las partes se compromete con respecto de la otra, durante la vigencia del presente protocolo, a no entablar ni mantener conversaciones o negociaciones con terceros relacionadas con el proyecto sobre el que las partes han concluido el presente Protocolo».[37] Si no es posible introducir un pacto en este sentido, puede redactarse una «cláusula de sinceridad», que obligue a la otra parte a desvelar la existencia de negociaciones paralelas y el nombre e identidad del tercero en cuestión.[38]

La buena fe impone también un «deber de transparencia», que obliga a las partes que intervienen en la negociación a informarse mutuamente acerca de los elementos y aspectos relevantes que han de valorar para tomar su decisión.[39] El «deber de confidencialidad» acerca de

---

37 Véase este modelo de cláusula, también denominada «lock-out-agreement», en Vandomme, L. «La négociation…». *Loc. cit.*, p. 493.

38 *Ibíd.*

39 Véanse sentencias de la *Cour de Cassation* de 27 de abril de 1991 (Primera Sala de lo Civil); y de 27 de febrero de 1996 (Sala de lo Mercantil). Para la jurisprudencia francesa, tanto judicial como arbitral, en este sentido de considerar la existencia de un deber general de buena fe durante la fase de negociación del

la información suministrada durante el curso de las negociaciones también nace de forma directa del principio general de buena fe, con independencia de que las partes lo hayan acordado expresamente en el «contrato para negociar» o en una carta de intención, que hayan redactado en un primer momento de toma de contacto, y del sistema jurídico que resulte de aplicación al citado acuerdo.[40] Así se recoge expresamente en el artículo 2.16 de los Principios Unidroit.[41]

La buena fe hace nacer un «deber de coherencia», en virtud del cual, por ejemplo, cuando la negociación se encuentra avanzada y ha creado en la otra parte una apariencia firme y definitiva de llegar a celebrar el contrato, su ruptura súbita es signo de deslealtad y, por tanto, fuente de responsabilidad extracontractual (Sentencias de la Cour de Cassation de 7 de enero de 1997 —Sala de lo Civil—, de 22 de abril de 1997 y de 6 de enero de 1998 —Primera Sala de lo Civil—).[42] Por último, el principio de buena fe también conlleva el «deber de continuar la negociación de buena fe» desde el momento en que se han llevado a cabo determinados proyectos iniciales *(affectio contrahendi)*. Se trata de una obligación que se va ampliando a medida que avanzan las negociaciones. Impone, entre otros comportamientos, dar a la otra parte la información requerida, abstenerse de hacer propuestas inaceptables con la exclusiva finalidad de retrasar la decisión o de ocasionar la ruptura de las negociaciones, no mantener la apariencia de

---

contrato, que conlleva la obligación de transparencia, con la finalidad de que cada parte pueda comprender efectivamente cuáles serán sus obligaciones futuras véase, FLÉCHEUX, G. «Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats». En *Études offertes à Jacques Guestin. Le contrat au début du XXI siècle*. París: LGDJ, 2001, pp. 341-345.

40 Véase WHITTAKER, S. y R. ZIMMERMAN. *Ob. cit.*, p. 36.

41 Dicho principio señala expresamente que: «Si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor».

42 Da cuenta de la jurisprudencia, MAZEAUD, D. *Ob. cit.*, p. 642, notas n.os 8 y 9.

que se está negociando de forma seria sin que así sea y poner el empeño necesario para que la decisión final se produzca en un tiempo razonable.[43]

Sin embargo, en la fase de negociación del contrato, la buena fe no cumple dicha función normativa en el caso del «deber de información previa», que los legisladores han regulado de forma prolija, en particular, en el caso de los contratos de consumo, con la finalidad de proteger la posición del consumidor, considerado como la parte débil o desprotegida de la relación.[44]

3. Función interpretativa de la buena fe en la contratación internacional

3.1. Planteamiento

En principio, sin duda, el principio general de buena fe desempeña una importante función en la interpretación del contrato internacional, esto es, con la posibilidad de que la autoridad judicial o arbitral precise, concrete o aclare el sentido de los concretos términos empleados por las partes en el clausulado del negocio, dado que puede tratarse de una disposición cuyo sentido requiere ser precisado o hay que determinar su alcance en relación con otras cláusulas del contrato.[45] No obstante, llegado el caso no siempre es sencillo diferenciar entre la función interpretativa e integradora de la buena fe, dado que todo proceso de interpretación supone o conlleva indicar en el contrato algún aspecto

---

[43] Véase en este sentido, Tallon, D. y D. Harris (dirs.). *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*. París: LGDJ, 1987.

[44] Para una reflexión actual sobre este tema véase Sirena, P. «La categoría dei contratti d'impresa e il principio della buonna fede». G. Alpa y G. Capilli (eds.). *Lezioni di Diritto privato europeo*. Padova: CEDAM, 2007, pp. 425 y ss.

[45] Como indica F. de Castro, apoyándose en la tradicional definición de Aristóteles, la interpretación ha de ser entendida como medio de colegir la voluntad a través de los signos (véase *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 77).

que, al no estar manifestado de forma nítida, es necesario perfilar y en este sentido cabe decir que conlleva también su integración.[46]

Interpretar requiere aclarar el sentido de las expresiones y de los términos empleados por las partes en un concreto contrato, de tal forma que delimita el alcance o extensión de las obligaciones de las partes, contraídas a través del contrato. Así, en puridad de sentido, la interpretación ha de realizarse con respecto a los concretos términos o aspectos del contrato, tanto de lo que indica expresamente como de lo que indica de forma implícita. La integración, sin embargo, exige un proceso de deducción de la voluntad de las partes, que no se recogió de forma expresa en el referido documento, pero que puede inferirse de los demás elementos que rodean la vida del contrato así como del tráfico mercantil en el concreto sector considerado (y de la buena fe), del que derivan determinados efectos para el contrato.[47]

La función de la autoridad judicial o arbitral en el momento de la interpretación del contrato de conformidad con el principio general de la buena fe es más importante, sin duda —como se ha señalado—, cuando un concreto deber u obligación no está expresamente reconocida en el ordenamiento —que resulta de aplicación al contrato— y, lo

---

[46] De otro lado, la propia noción de interpretación y/o de integración de un contrato puede variar de un ordenamiento jurídico a otro, en atención —como ha señalado la doctrina— a la diversa regulación que exista en cada uno de ellos acerca de ambas. En este sentido, la falta de normas específicas que indiquen los criterios que permiten la interpretación de los contratos en el Código civil alemán de principios de siglo hizo que la doctrina de este país desarrollara la diferencia entre interpretación, integración e interpretación integradora del contrato. Para la posición de los distintos autores alemanes, así como su influencia en la doctrina italiana véase el detenido estudio que realiza SERRANO FERNÁNDEZ, Mª. *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 110 y ss.

[47] En este sentido es claro el art. 1258 del Código civil español, al prever que: «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Se trata de una disposición que regula claramente cómo ha de realizarse la integración del contrato, recogiendo la buena fe como primer criterio.

que es más relevante, cuando el negocio proyectado no se enmarca aún en un concreto sistema jurídico (como sucede cuando se está realizando la negociación del contrato internacional). En tales casos, el principio general de buena fe, universalmente reconocido, despliega toda su operatividad para prevenir las conductas contrarias a las pautas de comportamiento aceptadas en la comunidad internacional de comerciantes, y ello con independencia de lo que indique un concreto sistema jurídico.

Es importante subrayar de forma muy específica esta última consideración, dado que —como se sabe—, en principio, la ley rectora del contrato *(lex contractus)* determinada de conformidad con el sistema de DIPr rige no sólo las obligaciones de las partes, sino también los criterios de conformidad con los que se realiza la operación de interpretación de las estipulaciones del contrato. Puede verse en este sentido el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR), cuyo artículo 10.1 expresamente señala que: «la ley aplicable al contrato en virtud de los artículos 3 a 6 y del artículo 12 del presente convenio regirá, en particular: a) su interpretación [...]».[48]

Sin embargo, hay que matizar esta afirmación desde dos perspectivas: en primer lugar, el citado CR sólo se aplica cuando existe un contrato, esto es, no regula las fases previas o anteriores a su formación y perfeccionamiento; y, en segundo extremo, la utilización del criterio de la buena fe para la interpretación del contrato no depende de lo que indique un concreto ordenamiento que le resulte de aplicación. Esto es, el principio general de la buena fe como criterio de interpretación del contrato y, en particular, de la conducta de las partes, en orden a determinar sus consecuencias o efectos sobre el referido negocio se aplica sin tomar en consideración cuáles sean los criterios de interpretación de los contratos recogidos en cada concreto ordenamiento

---

[48] Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 28-29 de noviembre de 2007 (Bruselas, 3 de diciembre de 2007).

jurídico y, en particular, en la *lex contractus* determinadas por los arts. 3 y 4 del referido CR.

Se trata de la dimensión subjetiva de la buena fe que permite valorar el comportamiento de la parte, de conformidad con lo que se podría esperar atendiendo a un criterio general de la conducta usualmente seguida y habitualmente esperable en las concretas circunstancias concurrentes y, en particular, en el medio y/o sector del tráfico comercial considerado, tomando siempre en consideración la posición e interés de la otra parte.[49] No obstante, la buena fe como criterio de interpretación del contrato no sólo tiene esta dimensión subjetiva, sino también objetiva, indicando en este caso las pautas de comportamiento usualmente seguidas por la comunidad de comerciantes y, por ende, aplicables con independencia de cualquier concreta actuación o conducta de una de ellas. Esta dimensión de la buena fe está presente, por ejemplo, cuando se trata de valorar si dos o más negocios tienen una unidad de sentido, esto es, están vinculados, a pesar de que las partes no hayan hecho ninguna referencia a la existencia de una relación entre ellos.[50]

3.2. En particular, en la fase de negociación del contrato internacional

La función interpretativa de la buena fe está directamente relacionada con su función normativa, a la que acaba de hacerse referencia. Y, en concreto, en la fase de negociación del contrato es preciso aclarar el sentido o comprender el alcance de las concretas obligaciones de las partes. En la medida en que tales deberes no estén expresamente previstos (por ejemplo, cláusula de confidencialidad) en esta fase del desenvolvimiento del negocio, la función normativa de la buena fe —como se ha señalado— permitirá deducir tales obligaciones de

---

[49] Se trata de la «función tópica» de la buena fe, a la que se refiere DE LOS MOZOS, J.L. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

[50] Véase en este sentido, la Sentencia de la *Corte de Cassazione* italiana de 25 de febrero de 2002.

forma directa del referido principio general, lo que hará que el contrato se interprete de conformidad con el deber que conlleva.

Si bien la lealtad está recogida en el momento actual como un principio jurídico específico en determinados contextos y ámbitos del derecho, cabe considerar que se deduce el referido deber en relación con la fase de negociación de un contrato internacional. En el ámbito de la contratación internacional este deber puede tener un contenido específico, que se centra en la obligación de no mantener negociaciones que no tienen la finalidad real de llegar a celebrar un contrato (negociaciones de mala fe); esto es, su contenido se desdobla en dos obligaciones concretas: a) obligación de entablar negociaciones de forma sincera y b) obligación de no equivocar a la otra parte.[51]

En este sentido, la jurisprudencia pone de relieve que la ruptura de la negociación de los contratos llevada a cabo de buena fe, esto es, cuando existen motivos legítimos, no conlleva ningún tipo de responsabilidad. Por el contrario, incluso puede considerarse, como indica la doctrina y reconoce la jurisprudencia, que el fracaso de las negociaciones se contempló desde el primer momento.[52] En cambio, cuando las negociaciones no se han llevado a cabo de conformidad con este deber general de buena fe, su ruptura puede dar lugar a responsabilidad, si la negociación se encontraba en un estado avanzado —pese a la inexistencia de un precontrato o acuerdo preliminar— y tal ruptura no tiene justificación, pues el comportamiento mantenido por una de las partes hizo crear en la otra la idea de que el contrato se llevaría a cabo.[53]

---

[51] P. Mousseron hace una detallada relación del conjunto de deberes, que nacen del principio general de buena fe en el momento de la negociación del contrato, con abundante aportación de jurisprudencia, tanto francesa como comparada (véase «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle». *Revue trimestrielle de Droit commercial*, vol. 51, n.º 3, 1998, pp. 251-257).

[52] Véase Loncle, J.M. e Y. Trochou. «La phase de pourparlers dans les contrats internationaux». *Revue de droit des Affaires internationales*, n.º 1, 1997, pp. 33-34.

[53] Véanse las sentencias ya citadas de la *Cour de cassation* francesa, de 7 de enero de 1997, de 22 de abril de 1997 (sala de lo mercantil) y 6 de enero de 1998 (sala

Por tanto, en tales casos, existe responsabilidad civil por el solo hecho de la ruptura injustificada de las negociaciones, que se encontraban en un estadio avanzado. La jurisprudencia y la doctrina han considerado que tal responsabilidad civil deriva de la ruptura culposa de las negociaciones y genera, tanto daño material como daño moral.

En lo que concierne a las obligaciones de confidencialidad o de secreto que, en ocasiones, las partes se imponen durante la fase de negociación, la jurisprudencia francesa ha puesto de relieve que, salvo que existiera entre las partes una obligación en este sentido indicada en un acuerdo de negociación, no puede derivarse responsabilidad si una de las partes mantiene negociaciones paralelas ni tampoco si no informa a la otra parte acerca de tales negociaciones al no existir tales compromisos de exclusividad y de sinceridad.[54]

Por último, el principio general de buena fe en el ámbito de la contratación internacional permite exigir la renegociación del contrato en caso de que sea necesario, expresando en este caso el necesario equilibrio de las prestaciones entre las partes.[55] Así lo ha puesto de relieve la jurisprudencia comparada, en una reciente decisión de la Cour de Cassation (primera cámara civil), de 16 de marzo de 2004.[56] Son dos los elementos que es importante resaltar de la decisión de la Cour de Cassation: de un lado, que la obligación de renegociación del contrato es consecuencia de la irrupción en el contrato de circunstancias

---

de lo civil) cit. por MAZEUD, D. «Mystères et paradoxes de la période précontractuelle». *Études ofertes á J. Guestin, Le contrat au début du XXI siècle*. París: LGDJ, 200, p. 642 (nota 9).

54 Véanse en este sentido las sentencias de la *Cour de cassation*, de 15 de diciembre de 1992 (sala de lo mercantil) y del Tribunal de Versalles, de 5 de marzo de 1993 y de Bordeaux, de 11 de junio de 1996, citadas por D. MAZEAUD. «Mystères et paradoxes…». *Ob. cit.*, p. 643 (notas 16 y 17).

55 Véase en este sentido la jurisprudencia de la Cámara de comercio internacional citada por MOUSSERON, P. «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle». *Revue trimestrielle de Droit commercial*, vol. 51, n.º 3, 1998, p. 244 (nota 5).

56 Texto publicado en *Recueil Dalloz*, n.º 25, 2004, pp. 1754 y ss.

sobrevenidas, esto es, no debidas al comportamiento de las partes; y, de otro, ha de tratarse de un desequilibrio, que no existiera en el momento de la preparación o negociación, que haya descompensado las prestaciones de las partes con respecto a la situación inicial.

A juicio de la doctrina, tras éste y otros pronunciamientos del citado Tribunal puede afirmarse que el deber de buena fe conlleva una obligación de renegociar todo contrato que ha llegado a ser profundamente desequilibrado como consecuencia de un cambio imprevisto de las circunstancias económicas que estuvieron presentes en el momento de su conclusión.[57] Como se aprecia, el deber de negociar el contrato de buena fe se muestra en esta ocasión en su dimensión objetiva, dado que la obligación de renegociar el contrato no se impone como consecuencia del comportamiento demostrado por una de las partes que actuó de mala fe, sino como la respuesta ante circunstancias sobrevenidas, que han alterado de forma significativa el equilibrio económico de la relación inicial.

La utilización de la buena fe en este caso por la Cour de Cassation pone de relieve la capacidad interpretativa e integradora del citado principio, que puede aportar soluciones nuevas, ajenas al ámbito de la responsabilidad civil en estos casos. Además, su aplicación puede incluso salvaguardar a la parte perjudicada en el contrato, a la que las nuevas circunstancias hacen más gravoso su cumplimiento, del riesgo que conlleva la aplicación de un ordenamiento que la obligue a ejecutar el contrato en tales casos (por ejemplo, Derecho francés).[58]

---

[57] Véase el comentario de la citada decisión por Mazeaud en *Recueil Dalloz*, n.º 25, 2004, p. 1757.

[58] Puede también mencionarse el asunto que cita Gautier relativo al contrato de distribución entre una empresa holandesa y el distribuidor francés tras la entrada en vigor del euro. Se había previsto una cláusula de fuerza mayor en el contrato, en virtud de la cual se habían comprometido las partes a volver a negociarlo en el caso de que se produjera un acontecimiento imprevisible para ellas e inevitable. Sin embargo, el citado autor considera que, en caso contrario, hubiera sido posible acudir a un arbitraje para cuestionar el precio del contrato atendidas estas nuevas circunstancias, en el que se aplicaría el principio de la

4. FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

4.1. La adaptación del contrato internacional

Como se ha señalado, en principio, la interpretación no va más allá de las concretas palabras o términos del contrato, esto es, de la determinación o precisión del sentido de las expresiones, así como de las omisiones; pero su integración requiere que exista una laguna y que sea preciso completar lo que la reglamentación contractual no sólo no dice de forma expresa, sino que requiere la incardinación del negocio en un concreto contexto normativo, que ya no está sujeto a la disponibilidad de las partes («términos implícitos»).[59] Esta función integradora de la buena fe está presente en el caso de los contratos internacionales complejos y de larga duración, en especial, cuando es preciso determinar cómo afectan a la vida del contrato las circunstancias que no han sido previstas por las partes o, aun habiendo sido previstas, alteran el propósito o fin práctico querido por ellas en el contrato (causa concreta).[60]

Como se sabe, hay una pluralidad de formas a través de los que las partes tratan de dar respuesta o prever la forma en la que repercuten en sus contratos estos acontecimientos imprevisibles e inevitables, a través de la denominada —y conocida— «cláusula de hardship», así como a través de la regulación de la fuerza mayor en la mayoría de los

---

buena fe para procurar el equilibrio económico del contrato. Esta solución ha sido acogida por la Corte suprema de Canadá, en el caso «Quintette» (véase «Les aspects internationaux de la négociation». *Revue Trimestrielle de Droit comercial et de Droit économique*, vol. 3, 1998, p. 499).

59 Véase LASARTE, C. «Sobre la integración del contrato…», *loc. cit.*, pp. 71-72.

60 Para un exhaustivo análisis de Derecho comparado acerca de la diversa comprensión de las causas y situaciones que impiden el cumplimento del contrato en los términos pactados inicialmente véase SÁNCHEZ LORENZO, S. «La frustración del contrato en el Derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, p. 45 y ss.

sistemas jurídicos del mundo.[61] Sin embargo, la aplicación de tales expedientes no es suficiente en el momento actual para dar respuesta a las necesidades que presenta la contratación internacional en tales casos, esto es, cuando se trata de relaciones negociales complejas. La adaptación de los contratos constituiría una manifestación de la función integradora del principio de buena fe, en el caso de los contratos internacionales complejos y de larga duración, en los que cabe considerar que las partes no sólo pactaron lo que expresamente se recoge en las concretas cláusulas del contrato, sino también aquello que se encuentra de forma implícita, que consiste en la continuidad de la relación adaptada a las nuevas circunstancias, sin necesidad de que tenga lugar un nuevo contrato.

Así, la adaptación sería una técnica o procedimiento de regulación, que aporta un conjunto de pautas o reglas concretas de actuación de conformidad con las cuales realizar un proceso de interpretación/integración de los contratos internacionales en atención a las necesidades del tráfico internacional actual, en el que es cada vez es más frecuente que se establezca entre las partes una relación que requiere no sólo un prolongado plazo de ejecución, sino el establecimiento entre ellas de deberes adicionales de cooperación en orden a su adecuado desarrollo. Esta técnica, por tanto, da respuesta a las necesidades que plantean las relaciones negociales complejas y de larga duración en el tráfico internacional en la actualidad Y satisface la exigencia de equidad, en la medida en que permite el mantenimiento del contrato si esta solución responde a los intereses de las partes, lo que habitualmente sucede cuando se trata de contratos de larga duración, que se encuentran en fase de ejecución, pues la terminación del contrato no suele ser una solución satisfactoria ni, por ende, querida por las partes.[62]

---

[61] Véase, en particular, Frignani, A. «La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law». *Rivista di Diritto civile*, 1979, p. 680 y ss.

[62] Véase, Frignani, A. «Le clausole di hardship». En U. Draetta, y C. Vacá (eds.). *Inadempimento, Adattamento, Arbitrato. Patologie dei Contratti e Rimedi*. Milán: Egea, 1992, pp. 329-346; Marchal Escalona, N. «La cláusula de hardship

Por ello, con independencia de lo que indiquen las partes en el contrato, la citada adaptación puede tener lugar como manifestación de los principios de cooperación (lealtad), equidad y buena fe que presiden la regulación e interpretación del contrato en su fase de cumplimiento.[63] Por tanto, la inclusión (o no) en el contrato de una cláusula de *hardship* no ha de impedir a la autoridad (judicial o arbitral) considerar que cabe adaptar el contrato, siempre que siga siendo útil para las partes. El criterio de la utilidad y el de la razonabilidad han de presidir la operación de ajuste. En todo caso, la adaptación requiere que hayan tenido lugar cambios o modificaciones con respecto al programa inicial del contrato, que suponen una alternación de su causa concreta.

Tales cambios se presentaron en el siguiente asunto, relativo a un contrato de suministro de gas natural y de construcción de una central destinada a la fabricación de productos lácteos, cuya duración estaba prevista para ocho años. Justo al inicio de la ejecución del contrato, la subida repentina del precio del gas natural hizo que la empresa suministradora intentase subir sus tarifas, previstas en el contrato mediante una cláusula de indexación vinculada con el precio del fuel. Tras mantener una primera negociación, la empresa de productos lácteos se negó a aceptar la firma de un nuevo contrato adaptado al nuevo precio del gas natural que solicitaba la empresa suministradora.[64]

---

en la contratación internacional». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, p. 75 y ss; ZACCARIA, E. C. «Sopravvenuto equilibrio delle prestazioni (hardship) e adattamento del contratto nel commercio internazionale». En ALPA, G. y G. CAPILLI. *Lezioni di Diritto privato europeo*. Padova: CEDAM, 2007, pp. 405 y ss.

63 Véase DERAINS, Y. «Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale». *Journal du Droit international*, n.º 4, 1993, p. 850. Y, con carácter general, PIDOC, Y. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. París: LGDJ, 1989.

64 Véase la Sentencia de la *Cour d'appel* de Angers, de 27 de abril de 2004, publicada en *RJDA*, n.º 1068, 2005, y comentada por MESTRE J. y B. PAGES en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, n.º 1, 2004, pp. 112-113.

La Sentencia de la Cour d'appel de Angers de 27 de enero de 2004, indica que a pesar de que el cumplimiento del contrato ha de realizarse de conformidad con el principio de buena fe (objetiva), el deber de negociación no conlleva la obligación de aceptar todo tipo de modificación (en este caso, la propuesta de un nuevo precio del *fuel*, de 18 a 140 francos) del contrato, que es ventajosa para una de las partes que, de otro lado, no ha iniciado su ejecución y parece ser la única responsable de la mala redacción de la cláusula relativa al precio del fuel. De otro lado, la Cour d'appel condena a la empresa suministradora al pago de una indemnización en reparación de los daños y perjuicios que ha causado a la empresa lechera por la pérdida económica que le debía procurar el suministro del gas natural.

Es interesante señalar que en el contrato se recogía una cláusula en virtud de la cual las partes acordaban mantener reuniones —como mínimo— una vez al año y también «en caso de un acontecimiento mayor que afecte a sus obligaciones respectivas en los términos del presente acuerdo de una manera tal que el equilibrio económico y financiero que prevalecía en el momento de su firma se encuentre gravemente modificado en su detrimento».[65] También cabe apreciar que la Cour d'appel establece un límite a la posibilidad de adaptar el contrato: que esté en fase de ejecución cuando surgen los acontecimientos que alteran (gravemente) su causa concreta (véase *infra*).

Son pocas, sin embargo, las decisiones arbitrales que pueden citarse en las que se haya procedido a la adaptación del contrato.[66] Cuando el

---

[65] Traducción propia de la cláusula reproducida en la Sentencia de la *Cour d'appel* de Angers de 27 de abril de 2004 (*ibíd.*): «en cas d'événement majeur affectant leurs obligations respectives aux termes du présent accord d'une façon telle que l'équilibre économique et financier qui prévalait lors de sa signature s'en trouve gravement modifié à son détriment».

[66] Véase el caso «Liamco c. Lybia» de 12 de abril de 1977. El árbitro consideró la existencia en el Derecho libio del principio «rebus sic stantibus», de tal forma que «el carácter obligatorio del contrato está sometido al mantenimiento de las circunstancias bajo las cuales se concluyó. Si tales circunstancias cambian de forma radical, entonces, debe pedirse su modificación o su resolución»

contrato recoge una cláusula de *hardship*, se considera que las partes no quisieron atender a otras circunstancias distintas de las previstas en la citada cláusula y a los efectos también pactados, de manera que se muestran particularmente timoratas en orden a tomar una actitud activa para adaptar el contrato.[67] Si, por el contrario, no se recoge una cláusula en este sentido, las jurisdicciones nacionales interpretan que su falta de inclusión pone de relieve que las partes aceptan o asumen el riesgo que conllevan los efectos que pueden tener sobre sus contratos los acontecimientos que alteren de forma extraordinaria la «base del negocio», que hayan sido imprevistos e imprevisibles para ellas, dado que podrían haber incorporado una cláusula en este sentido.[68]

Como puede apreciarse, en ambas situaciones se aplica de forma estricta el principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, cada vez con más frecuencia se encuentran pronunciamientos judiciales[69] (y arbitrales),

---

(traducción propia). Publicado en *Yearbook of Comercial Arbitration*, 1981, vol. VI, p. 103; y citado por PRADO, M.C.A. «Nuevas perspectivas…». *Loc. cit.*, p. 18.

67 Véase ZACCARIA, E. Ch. «The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade». *International Trade and Business Law Review*, 2005, vol. IX, p. 159.

68 Como ha señalado la *Cour de Cassation* en Sentencia de 30 de junio de 2004 (civil 1ª), «todo riesgo no previsto que hace más difícil el cumplimiento del contrato (pero no imposible) está implícitamente aceptado por las partes, porque tienen los medios para prevenir lo imprevisible (cláusula de hardship)». Véase texto en *Bull. civ.*, n.º 92; y comentario de MARGUENAUD, J.P. y P. REMY-CORLAY en *Revue Trimestielle de Droit civil*, 2005, n.º 2, marzo 8.

69 Véase, en la jurisprudencia americana el caso *Aluminium Co. of America (ALCOA) versus Grupo Essex Inc.*, en el que el Juez Teitelbaum consideró que la terminación del contrato no era una respuesta aceptable dadas las circunstancias del asunto, sino que es preciso, en primer lugar, permitir a las partes que se pongan de acuerdo acerca de las vías posibles para adaptar el contrato y, en su defecto, tal ajuste tendrá lugar por obra de la ley. El contrato se celebró en el año 1976, en virtud del cual ALCOA debía transformar determinadas materias primas en aluminio por un periodo de 16 años, a cambio del precio previsto en una cláusula de indexación. Sin embargo, la caída del precio del aluminio podría haber provocado a ALCOA unas pérdidas de 75.000.000 dólares. Véase ZACCARIA, E. Ch. «The effects of changed Circumstances…». *Loc. cit.*, pp. 145-146.

así como posiciones doctrinales, que entienden que tanto la existencia como la falta de una cláusula que prevea los efectos que pueden tener sobre el contrato los acontecimientos imprevistos, que tienen carácter imprevisible y que alteran su equilibrio económico, no impide la continuidad del negocio, debidamente adaptado.[70] Por el contrario, la propia idea de «imprevisión» que los caracteriza hace que pueda considerarse normal, no sólo no haberlos considerado inicialmente, sino que las partes no hayan previsto los efectos que podrían tener sobre su contrato.

Entonces, ¿existe un término implícito en el contrato en virtud del cual cabría proceder a su adaptación si el cambio de las circunstancias altera gravemente su causa concreta? En principio, la falta de una cláusula en la que las partes hayan previsto, aunque sea de forma sucinta, cómo consideran que ha de repartirse el riesgo en el caso de que tengan lugar determinado tipo de acontecimientos, que son imprevisibles en el momento de la preparación del negocio, no puede ser suplida —sin más— por la adaptación del contrato, en franca oposición al principio *pacta sunt servanda*, que preside el ámbito de los contratos.[71] Pero, al mismo tiempo, ha de tomarse en consideración, de un lado, que se trata de acontecimientos imprevisibles que, precisamente porque las partes no pueden ni tan siquiera pensar en la posibilidad de que tengan lugar (por ejemplo, situación de insolvencia), no cabe considerar que tendrían que haberlos tomado en cuenta. Y, de otro, los intereses que están presentes en este tipo de negocios de larga duración, que

---

[70] En la doctrina, U. Draetta señala en este sentido que la inclusión en el contrato de una cláusula de *hardship* significa que las partes eligen la continuidad del negocio para un período prolongado de tiempo, mediante su constante adaptación a las circunstancias (véase «Chapter 6. Changad Circumstances…». *Ob. cit.*, pp. 169-205, p. 174).

[71] Ha de tomarse en consideración, de otro lado, el INCOTERM previsto —en su caso— en el contrato, no sólo para verificar cómo se ha distribuido la asignación de riesgos entre las partes en el contrato, sino también en orden a realizar la operación de adaptación. En este sentido, véase Sánchez Lorenzo, S. «La frustración del contrato…». *Loc. cit.*, pp. 45-46.

hacen que sea preferible la continuidad del negocio, antes que su terminación.

Para que tenga lugar la citada continuidad, es preciso adaptar el contrato cuando el cambio de circunstancias ha determinado la imposibilidad de cumplirlo en sus exactos términos, se ha frustrado su causa o ha tenido lugar una circunstancia que lo ha hecho excesivamente gravoso para una de las partes. Sin embargo, la adaptación tiene carácter excepcional y sólo puede tener lugar cuando concurran los siguientes requisitos: en primer extremo, ha de tratarse de un contrato complejo, de larga duración y de tracto sucesivo; en segundo término, ha tenido que tener lugar una alteración de la causa concreta del negocio;[72] en tercer lugar, el ajuste no ha de suponer la novación del contrato, sino sólo el establecimiento de un nuevo equilibrio económico con respecto al contrato inicial; y, por último, ha de estar pendiente de ejecución y ha de seguir siendo útil para las partes. Esto es, ha de seguir cumpliendo la función socio-económica que le resulta propia, tras el ajuste o adaptación.

4.2. El principio de adaptación de los contratos internacionales

Podría plantearse la existencia en el comercio internacional del «principio de adaptación» de los contratos, de conformidad con el cual pueda considerarse que, con independencia de lo que indique un concreto ordenamiento, que sea de aplicación al contrato y también con independencia del contenido de una concreta cláusula recogida en el mismo (de *hardship* o de adaptación), pueden ser adaptados los contratos de larga duración y cuyo cumplimiento es especialmente complejo, por las autoridades arbitrales o judiciales en caso de que las partes no se pongan de acuerdo en la forma de hacerlo, cuando concurran las circunstancias supra descritas.

---

[72] Un ejemplo de circunstancia sobrevenida e imprevisible susceptible de alterar la causa concreta del contrato puede ser una situación de insolvencia.

A favor de la existencia de este principio puede decirse que, atendiendo a los instrumentos internacionales actualmente existentes y a la evolución que experimenta la práctica y —aunque en menor medida— la jurisprudencia arbitral en este sentido podría inferirse de los siguientes elementos: en primer lugar, de la evolución que están experimentando las nociones de fuerza mayor y de *hardship* en el momento actual en el comercio internacional, de tal forma que empieza a tener cabida un criterio de conformidad con el cual ha de proceder la citada adaptación siempre que se den las circunstancias *supra* descritas. En segundo extremo, la mayor especificidad que presentan los «contratos relacionales» *(relational contracts)* en virtud de los cuales las relaciones que se establecen entre las partes no son de puro o mero intercambio, sino que están basadas en una cooperación o colaboración específica entre ellas que, además, ha de prolongarse en el tiempo.[73]

Y, de otro lado, la buena fe, como principio general, que actúa aquí más en su función integradora del negocio que con una finalidad interpretativa, pues cabe considerar que las partes aceptaron que la vida del contrato perduraría, a pesar del cambio de las circunstancias, siempre que resulte útil (eficiente) para ellas, de conformidad con un criterio de razonabilidad.[74]

Así, el papel fundamental que estaría destinada a desempeñar la adaptación en el comercio internacional consiste en su función integradora

---

[73] La larga duración de tales relaciones, la finalidad que están destinados a cumplir tales contratos, así como la cooperación que se entabla entre las partes, están poniendo en tela de juicio el sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad que preside el ámbito de los contratos, a favor de una compresión de los mismos con una dimensión social. Véase extensamente, Macneil, I.R. «Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law». *Northwestern University Law Review*, n.º 72, 1978, pp. 854-901.

[74] Véase de forma más detenida, Esteban de La Rosa, G. «La adaptación de los contratos en el comercio internacional». *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2007 (en prensa).

del contrato, al tratarse de un principio jurídico, que deriva del principio general de la buena fe (aunque no sólo), pero que también está relacionado con la actual evolución que experimenta el Derecho de los contratos, en especial cuando se trata de operaciones de larga duración, esto es, contratos cuya vigencia no se agota de forma puntual (véase infra). Esto es el principio de la adaptación permite inferir de la voluntad de las partes que no sólo quisieron lo que expresamente pactaron, sino que aceptaron también (de forma implícita) la continuidad del negocio adaptado a las nuevas circunstancias.[75]

De dicho principio de adaptación (en relación con el principio de buena fe) se deducirían un conjunto de deberes, entre ellos: en primer lugar, deber de información previa en orden a detectar de forma anticipada cuáles pueden ser esas circunstancias que, habiendo resultado imprevisibles, pueden alterar el equilibrio económico del contrato. Y, en segundo extremo, deber de mantener negociaciones (de buena fe) en orden a la adaptación o ajuste del contrato, una vez que han tenido lugar las circunstancias extraordinarias e imprevisibles que han perturbado de forma significativa su equilibrio económico.[76]

5. CONCLUSIONES

El principio de la buena fe se recoge en momento actual en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo así como en las normas de origen convencional y en la *lex mercatoria*. Consiste en observar las normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda

---

[75] Esta interpretación es compatible con el art. 6.102 (Cláusulas implícitas) de los Principios del Derecho europeo de contratos, de conformidad con el cual: «además de las cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que deriven de: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y finalidad del contrato; y c) la buena fe y la lealtad». Véase texto y comentario en DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, E. ROCA TRÍAS y A.M. MORALES. *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas, 2002.

[76] Véase en este mismo sentido, PRADO, M.C.A. «Nuevas perspectivas….». *Loc. cit*., pp. 25-26.

conciencia sana y honrada,[77] de un lado, y, de otro, en ponerse en la posición de la otra parte del contrato y despliega en el actual Derecho del comercio internacional una triple función: normativa, interpretativa e integradora de la voluntad de las partes en el contrato. También cabe destacar una cuarta función, limitativa, que despliegan los principios generales, que cumpliría la buena fe, en la medida en que puede actuar para impedir la aplicación estricta del clásico principio *pacta sunt servanda*, cuando las circunstancias concurrentes hayan cambiado o alterado de forma importante la causa concreta del negocio, como se ha puesto de relieve en las situaciones que permiten el recurso a la técnica de la adaptación.

No obstante, dichas tres funciones están muy relacionadas, hasta el punto de que no cabe apreciar diferencia entre ellas en determinados casos, en particular, cuando del principio de la buena fe se derivan un conjunto de deberes (función normativa y/o integradora), que marcan además la interpretación del contrato en este sentido. De otro lado, en la medida en que en el concreto ordenamiento que resulte de aplicación al contrato o en el propio texto del negocio se recojan las obligaciones que han de cumplir las partes, restará ámbito de operatividad a la citada función normativa del principio de buena fe, pero adquirirá más importancia su dimensión interpretativa, bien por la autoridad judicial bien por la autoridad arbitral. No sólo en el caso de cláusulas oscuras, sino también cuando se trata de dotar de un contenido más específico a los citados deberes.

La función normativa así como interpretativa del principio general de la buena fe tiene gran importancia en la fase de negociación del contrato internacional, con especial trascendencia, en particular, si tiene lugar la ruptura de las negociaciones. La práctica arbitral, así como las decisiones judiciales de los distintos países ponen de relieve la importante función que cumple el citado principio general en orden a la preparación del contrato, esto es, de cara a su negociación. En este sentido,

---

[77] Véase, Lasarte, C. «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación». *Revista de Derecho Privado*, 1980, p. 76.

Bibliografía

Calvo-Caravaca, A.
1998 «Artículo 7». En L. Díez-Picazo y Ponce de León (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías*. Comentario de la Convención de Viena. Madrid: Civitas, pp. 102 y ss.

Camacho Evangelista, F.
1962 *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*. Universidad de Granada.

Cannata, C. A.
1996 *Historia de la ciencia jurídica europea*. Madrid: Tecnos.

Castresena, A.
1991 *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*. Madrid: Tecnos.

Dabin, J. (ed.)
1976 *Le contrat économique international. Stabilité et evolution*. Bruselas-París: Etablissement Emile Bruylant S.A.

De Castro, F.
1985 *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.

De los Mozos, J.L.
1965 *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona: Bosch.

Diesse, F.
2002 «La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises (CVIM)». *Journal de Droit international*, n.° 1, pp. 55 y ss.

DÍEZ PICAZO, L., E. ROCA TRÍAS y A.M. MORALES
2002 *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.

DRAETTA, U., R. B. LAKE y U.P. NANDA
1992 «Chapter 6. Changed Circumstances and Contract Adaptation». *Breach and Adaptation of international contracts. An Introduction to the Lex Mercatoria*. Butterworth Legal Publishers, pp. 169 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.
2005 *Comercio internacional compensado (Normas y estrategias empresariales)*. Barcelona: Atelier.

2007 «La adaptación de los contratos en el comercio internacional». Anuario Español de Derecho Internacional Privado (en prensa).

FERREIRA RUBIO, D. M.
1984 *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*. Madrid: Montecorvo.

FLÉCHEUX, G.
2001 «Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats». *Études offertes à Jacques Guestin. Le contrat au début du XXI siècle*. París: L.G.D.J., pp. 341 y ss.

FONTAINE, M.
1991 «Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par Unidroit». *Revue de Droit International et Droit Comparé*, p. 25 y ss.

FRIGNANI, A.
1979 «La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law». *Rivista di Diritto civile*, pp. 680-712.

1992 «Le clausole di hardship». En U. Draetta y C. Vacá (eds.). *Inadempimento, Adattamento, Arbitrato. Patologie dei Contratti e Rimedi*. Milán: Egea, pp. 329-346.

Garrido, J.Mª
2002 *Código uniforme de comercio de los Estados Unidos*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

Gautier, P.Y.
1998 «Les aspects internationaux de la négociation». *Revue Trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique*, vol. 3, p. 493 y ss.

Gil y Gil, J.L.
2003 *Principio de buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: CARL.

Gordley, J.
2000 «Good faith in contract law in the medieval ius commune». En R. Zimmernann y S. Whittaker (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge Univ. Press, p. 93 y ss.

Hartkamp, A.
1994 «The concept of Good faith in the Unidroit Principles for international commercial contracts». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n.os 1-2, pp. 65 y ss.

Kessle, E. y F. Fire
1964 «Culpa in contrahendo, bargaining in good faith and freedom of contract: A comparative study». *Harvard Law Review*, vol. 77, n.° 3, pp. 401 y ss.

Larenz, K.
1994 *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

Martínez Cañellas, A.
2004 *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*. Conferencia diplomática de Viena del 10 de marzo al 11 de abril de 1980. Granada: Comares.

Mestre, J. y B. Pages
2004 «Comentario a la sentencia de la Cour d'appel de Angers, de 27 de abril de 2004». *Revue Trimestrielle de Droit civil*, n.° 1, pp. 112 y ss.

Morin, G.
1980 «Le devoir de coopération dans les contrats internationaux. Droit et pratique». *Droit et pratique du Commerce International*. Tomo 6, n.° 1, pp. 9 y ss.

Mousseron, P.
1998 «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle». *Revue trimestrielle de Droit commercial*, vol. 51, n.° 3, pp. 251 y ss.

Opettit, B.
1974 «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship». Journal du Droit international (Clunet), pp. 797 y ss.

1993 «Éthique et vie des affaires». *Mélanges offerts á André Colomer*. París: Litec, pp. 319 y ss.

Pidoc, Y.
1989 *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. París: LGDJ.

Prado, M.C.A.
2003 «Nuevas perspectivas de reconocimiento y aplicabilidad del *hardship* en la jurisprudencia arbitral». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, pp. 13 y ss.

PUGLIESE, G.
1990 «Ius honorarium and English Equity». En D.S. Clark. *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of J.H. Merryman on his 70th birthday*. Berlín: Duncker and Humblot, pp. 275 y ss.

ROBIN, G.
2005 «Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux». *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n.° 6, pp. 695 y ss.

ROJO, A.
1980 «El Derecho económico como categoría sistemática». *Revista General de Legislación y de Jurisprudencia*, n.° 1, pp. 249 y ss.

SÁNCHEZ LORENZO, S.
2002 *Derecho privado europeo*. Granada: Comares.

2005 «La frustración del contrato en el Derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, pp. 45 y ss.

2008 (dir.). *Legislación de los negocios internacionales*. Madrid: Tecnos.

SCHERMAIER, M.J.
2000 «Bona fides in Roman contract law». En R. Zimmermann y S. Whittaker (eds.), pp. 83 y ss.

SERRANO FERNÁNDEZ, Mª
2005 *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SIRENA, P.
2007 «La categoría dei contratti d' impresa e il principio della buonna fede». G. Alpa y G. Capilli (eds.). *Lezioni di Diritto privato europeo*. Padova: CEDAM, pp. 425 y ss.

Tallon, D. y D. Harris (dirs.)
1987 *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*. París: L.G.D.J.

UNIDROIT
1995 *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma.

Van Der Mensbrughe, Fr. R.
1999 «Migrations juridiques de la bonne foi». *Revue de Droit international et Droit comparé*, p. 248.

2000 «La bonne foi dans le commerce international». *Revue de Droit international et de Droit comparé*, pp. 303 y ss.

Whittaker, R. y S. Zimmermann
2000 «Good Faith in European Contract Law, surveying the legal landscape». En R. Zimmermann y S. Whittaker (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge Univ. Press, pp. 36 y ss.

Zaccaria, E.CH.
2005 «The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade». *International Trade and Business Law Review*, vol. IX, pp. 135-175.

2007 «Sopravvenuto equilibrio delle prestazioni (hardship) e adattamento del contratto nel commercio internazionale». En Alpa, G. y G. Capilli. *Lezioni di Diritto privato europeo*. Padova: CEDAM, pp. 405 y ss.

Zimmerman, R. y S. Whittaker (eds.)
2000 *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge Univ. Press.

La convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías

Dr. David Ramos Muñoz

La Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías

David Ramos Muñoz

Sumario: 1. Introducción.— 2. Ámbito de aplicación y disposiciones generales.— 2.1. Ámbito de aplicación.— 2.2. Disposiciones generales.— 3. Formación del contrato.— 3.1. La oferta contractual. Contenido y dinámica.— 3.2. La aceptación: significado y problemas.— 4. Obligaciones de las partes.— 4.1. Obligaciones del vendedor y transmisión del riesgo.— 4.2. Obligaciones del comprador.— 5. Derechos y acciones por incumplimiento.— 5.1. Introducción.— 5.2. Cumplimiento específico.— 5.4. Resolución y remedios similares.— 5.5. Daños y perjuicios, e intereses.—

1. Introducción

Las referencias a la «globalización del Derecho», a la «imparable permeación de los ordenamientos jurídicos» o a la «uniformización jurídica y legislativa» han pasado de ser un rasgo original a un lugar común. En este tipo de discursos, la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, figura como el ejemplo paradigmático de una historia de éxito. Pocos podían anticipar a Ernst Rabel y Vittorio Scialoja, a los redactores de las Leyes Uniformes de La Haya sobre Formación del Contrato y Venta Internacional, a los delegados en la Comisión de Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional reunidos en las sesiones preparatorias de la Convención, que el fruto de sus esfuerzos llegaría a ser, hoy, la ley de compraventas internacionales de 70 países, que representan más de dos tercios del comercio mundial, la ley que

rige las transacciones entre comerciantes estadounidenses y chinos, españoles y rusos.

Después de 28 años, no podemos analizar el texto uniforme de la Convención con el entusiasmo juvenil de quien encuentra un nuevo objeto de interés. La Convención es un texto consolidado, de peso, y de una importancia extraordinaria no sólo por su aplicación, sino por su papel en los desarrollos internacionales más modernos del Derecho de contratos,[1] sin perder por ello de vista que se trata de una ley interna en numerosos países. En este capítulo analizamos, con rigor científico y de fuentes, los problemas fundamentales de la venta internacional, sin dejar por ello de utilizar un lenguaje comprensible, destinado a aquellos que entran por primera vez en contacto con la Convención. Esperamos resulte comprensible e instructivo.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

2.1. Ámbito de aplicación

a. La aplicación territorial y la exclusión de la Convención de Viena

Según su artículo 1.1.a) la Convención de Viena será aplicable cuando ambas partes contratantes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, que sean parte de la Convención. Por ejemplo, en caso de que un empresario estadounidense adquiera una partida de transistores a un empresario chino. Es lo que se denomina la «aplicación directa» de la Convención. Asimismo, lo relevante no es la nacionalidad de las partes (artículo 1.3), sino dónde se encuentra el establecimiento relevante para el contrato (artículo 10.a) CNUCCIM).

---

[1] Pensemos, por ejemplo, en los Principios de UNIDROIT, el Grupo de Trabajo para un Código civil europeo, o la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Si la Convención no es aplicable según su artículo 1.1.a), aún puede serlo en virtud del 1.1.b), si las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante (aplicación «indirecta»). Tal sería el caso si, por ejemplo, un vendedor español y un comprador inglés suscriben un contrato de compraventa, y el Derecho español resulta aplicable, en virtud del Derecho Internacional Privado.[2]

Puede ocurrir, sin embargo, que las partes no deseen aplicar la CNUCCIM a sus relaciones contractuales. La Convención permite, en su artículo 6, que las partes excluyan la Convención, total parcialmente, o modifiquen alguna disposición.[3] Ahora bien ¿qué tipo de declaración deben realizar las partes para excluir la aplicación de la Convención? La forma más obvia sería mediante una cláusula del tipo: «Las partes acuerdan que la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no resulta aplicable a este contrato» ¿Y si la exclusión es implícita? Si bien esta posibilidad se admite, no basta cualquier declaración para excluir la aplicación de la CNUCCIM.[4]

---

[2] En este caso sería la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, la cual, en su artículo 4.2., establece la aplicación de la ley del país donde se encuentre la parte que ejecuta la prestación característica (en el caso de la compraventa, el vendedor). Con todo, algunos Estados (como Alemania) han realizado una reserva al artículo 1.1.b) de la CNUCCIM, de modo que, de no resultar ésta aplicable en virtud del artículo 1.1.a) (aplicación directa) los tribunales aplicarán el Derecho interno del país que resulte seleccionado en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado.

[3] Es posible que las partes realicen el proceso inverso: pactando la aplicación de la CNUCCIM en un supuesto donde la misma no resultaría aplicable. Illescas Ortiz, Rafael y Pilar Perales Viscasillas. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002 pp. 107-110; Honnold, John O. *Uniform Law for International Sales* § 56, p. 102.

[4] Una posibilidad admitida es mediante la remisión al Derecho de un Estado no miembro. Véase el caso CLOUT 49, Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 2 de julio de 1993. Sin embargo, la remisión al Derecho de un Estado parte en la Convención no podrá excluir su aplicación, en la medida en que aquella forma parte de su Derecho interno. Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, *ob. cit.*,

Para la exclusión parcial, o modificación, bastará la inclusión de cláusulas contractuales de contenido distinto al de la CNUCCIM. No obstante, existen limitaciones al ejercicio de dicha autonomía; limitaciones que derivan de determinadas reglas específicas de la Convención, o bien de principios básicos, sin los cuales no puede defenderse que exista una verdadera aplicación de la Convención.[5]

b. Exclusión por tipos de contratos

Los artículos 2 y 3 excluyen la aplicación de la Convención de Viena a determinados tipos de compraventas. El artículo 2 se refiere a las compraventas para uso personal, familiar o doméstico, las realizadas en subastas, las compraventas judiciales, de activos financieros como valores mobiliarios, las compraventas de embarcaciones o aeronaves, y las compraventas de electricidad. Por su parte, el artículo 3 CNUCCIM excluye su aplicación a los denominados «contratos mixtos». Por un lado, se excluyen los contratos en los que la parte que encarga las mercaderías se comprometa a proporcionar una parte *sustancial* de los materiales necesarios para esa manufactura o producción[6] (artículo 3

---

pp. 108-109 y jurisprudencia citada. Para ello sería precisa una referencia al Derecho interno no uniforme del Estado en cuestión (por ejemplo, mediante una cláusula del tipo *El presente contrato se regirá por lo dispuesto en el Código de comercio español y, en lo no cubierto por éste, por el Código civil*). Véase Oberlandesgericht Frankfurt, 30 de agosto de 2000; caso CLOUT 270 Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán) 25 de noviembre de 1998; caso CLOUT 206 Cour de Cassation (Francia) 17 de diciembre de 1996; *B.P. Petroleum International Ltd. v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador (Petroecuador)*, United States Court Of Appeals For The Fifth Circuit, 2003 U.S. App. (11 de junio de 2003).

5 Caso de la buena fe (artículo 7 (1) CNUCCIM), interpretación de lo declarado y actuado por los contratantes (artículo 8) usos y prácticas (artículo 9). ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.*, p. 107; BONNELL, Michael Joachim. «Article 6». En Cesare Massimo Bianca y Michael Joachim Bonnell (eds.). *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, § 3.3, pp. 59-60.

6 CISG-AC Opinion 4 «Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)»; ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.*, p. 97; PERALES VISCASILLAS, Pilar. «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa

(1): típicamente, los contratos de maquilas.[7] Por otro, contratos donde la obligación *principal* de la parte «vendedora» sea el suministro de mano de obra o servicios (artículo 3 (2).[8]

c. Exclusión por materias

Los artículos 4 y 5 dejan fuera de la Convención materias que, si bien podrían constituir problemas de una transacción de compraventa, se decidió dejar fuera, generalmente por la dificultad de alcanzar un consenso sobre las mismas. El artículo 4 deja fuera la validez del contrato, o las reglas de transmisión de la propiedad. El problema del precepto estará en determinar qué debemos entender por «validez del contrato».[9] Por su parte, el artículo 5 CNUCCIM excluye la responsabilidad

---

internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo». *Anuario de Derecho Civil*, 47-48, 15 al 28 de diciembre de 2003, pp. 1199-1224.

7 En virtud de ellos, cuales una empresa, situada en un país, digamos Estados Unidos, proporciona las materias primas a otra situada en otro país, digamos Méjico, de modo que la segunda se encarga de manufacturar el producto definitivo y entregárselo de vuelta a la primera empresa. La cuestión de la interpretación del término «parte sustancial» incluido en el artículo 3 (1) CNUCCIM ha sido, tradicionalmente, objeto de controversia. Illescas Ortiz y Perales Viscasillas. *Ob. cit.*, pp. 97-98. En la actualidad parece que se va alcanzando un consenso en torno a la regla del «valor económico» como rectora de la «sustancialidad», si bien el criterio de la «esencialidad» puede utilizarse cuando el del valor económico no resulte adecuado o sea imposible de aplicar. Véase CISG-AC Opinion 4 «Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)», §§ 2.1-2.7.

8 La Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale (Francia), 26 de abril de 1995, entendió que la Convención resultaba aplicable a un contrato para la compraventa de un hangar de segunda mano, compraventa que comprendía también el servicio de entrega y desmontaje, ya que la prestación de servicio tenía un valor muy inferior al del hangar.

9 La noción de validez no deberá responder al contenido que dicho concepto posea en el Derecho interno, sino que deberá extraerse de una interpretación negativa de la Convención de Viena, en modo tal que, aquellas materias cubiertas por la CNUCCIM y que, sin embargo, el Derecho interno considere como cuestiones de validez, no deberán entenderse excluidas del ámbito de la Convención.

del vendedor por muerte o las lesiones corporales causadas por las mercaderías, pues los redactores no deseaban interferir con las regulaciones imperativas sobre productos defectuosos.[10]

2.2. Disposiciones generales

a. La interpretación de la Convención y la integración de las lagunas

Al ser la Convención un texto ratificado por numerosos Estados, es susceptible de interpretaciones divergentes. Para frenarlas, la CNUCCIM establece en su artículo 7 que se deberá tener en cuenta su carácter internacional, y naturaleza uniforme. El «carácter internacional» exige que los tribunales no recurran a precedentes y conceptos nacionales para interpretar la Convención. Ello, junto con la exigencia de «uniformidad», implica que deberá recurrirse a fuentes como los trabajos preparatorios de la Convención, la doctrina internacional, el Comentario de la Secretaría de UNCITRAL, o las decisiones de tribunales extranjeros.[11] La Convención también establece la interpretación de sus disposiciones con arreglo a la buena fe. Este principio, si bien

---

HARTNELL, Elisabeth. «Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods». *Yale Journal of International Law*, 1993, vol. 18, p.14 y ss.; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Tercera edición. The Hague: Kluwer Law International, 1999, § 64, pp. 65 y ss; ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS. *Ob. cit.*, pp. 104-106. Con todo, existirán materias de difícil análisis, como es, por ejemplo, el caso de los vicios del consentimiento, en particular, el error. HARTNELL. *Ob. cit.*, notas 250-320 y texto correspondiente.

[10] No obstante, el Oberländesgericht de Düsseldorf (Alemania), 2 de julio de 1993 entendió que la Convención se aplicaba a los daños y perjuicios sufridos cuando una máquina defectuosa causó la muerte a un operario.

[11] El mejor exponente en la determinación de estas «fuentes» interpretativas y su uso es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 7 de junio de 2003. Destaca la compilación de sentencias de los diversos tribunales realizada mediante el sistema del *Case Law on UNCITRAL Texts* (CLOUT) llevado a cabo por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y que otorga un número a cada decisión sobre la CNUCCIM que haya sido compilada (por ejemplo, caso CLOUT 217).

expresamente recogido sólo en el artículo 7 (1) CNUCCIM, implícitamente está presente en un número amplio de sus disposiciones.[12] Finalmente, el artículo 7 (2) establece reglas para colmar las lagunas mediante sus principios generales o, en su defecto, el Derecho interno.[13]

El artículo 7 CNUCCIM, pues, dota a la Convención de criterios interpretativos, sistemática, y reglas para colmar las lagunas, lo que lo convierte al precepto en una de las disposiciones más importantes de la Convención.

b. La interpretación de la intención de las partes

El artículo 8 CNUCCIM establece los principios de interpretación de los actos y declaraciones de las partes y del contrato.[14] Primeramente, deberá estarse a la intención subjetiva manifestada por una parte, cuando la otra parte conociese, o no hubiese podido ignorar, dicha intención (artículo 8 (1). En segundo lugar, se procederá a la interpretación objetiva, mediante el criterio de una «persona razonable» (artículo 8 (2), criterio utilizado con profusión por la jurisprudencia.[15]

---

[12] Véanse los ejemplos recogidos en el «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías» A/CN.9/SER.C/ DIGEST/CISG/ 7 pp. 3-4, relativos a disposiciones como los artículos 16, 21, 29, 40, 47, 48, etc.

[13] Los principios generales han sido utilizado para determinar el lugar o la moneda del pago de la obligación (*Infra* § IV.2.A), o el tipo de interés (*Infra* § V.5.C.).

[14] Aunque se refiere exclusivamente a los actos unilaterales de las partes, podemos concluir que sus principios se proyectan también a la interpretación del contrato. Bundesgericht (Tribunal Supremo suizo), 22 de diciembre de 2000.

[15] El recurso al estándar de la persona razonable, o su consecuencia inmediata, la «interpretación razonable» (caso CLOUT 273, decidido por el Oberlandesgericht Munich (Alemania) el 9 de julio de 1997) han sido reiteradamente utilizados para determinar la voluntad de una parte de quedar obligada por el contrato (caso CLOUT 215, decidido por el Bezirksgericht St. Gallen (Suiza) el 3 de julio de 1997), para fijar si una oferta tenía el contenido necesario (caso CLOUT 106 Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco) decidido el 10 de noviembre de 1994), para establecer la calidad de las mercaderías que debían ser

Por último, tanto para interpretar la intención unívoca de las partes, como para determinar la interpretación que una persona razonable le habría dado, se deben tomar en consideración todas las circunstancias del caso, incluyendo usos, prácticas, negociaciones y el comportamiento ulterior de las partes (artículo 8 (3).[16]

c. *La influencia de los usos y prácticas en las obligaciones de las partes*

La Convención establece, por un lado, la vinculación de las prácticas entre las partes,[17] y de los usos cuya aplicación haya sido convenida

---

entregadas (en el caso decidido por el Bundesgerichtsof (Tribunal Supremo alemán) el 22 de diciembre de 2000, se trataba de determinar si la maquinaria entregada era conforme al contrato. El tribunal entendió que, siendo el comprador un experto, debía saber que la maquinaria que se le había ofrecido no era nueva, sino de segunda mano, pues es lo que habría entendido una persona razonable en su situación. Por ello, el tribunal entendió que la maquinaria era conforme), o para decidir si las condiciones generales de una de las partes se incorporaban como términos del contrato (Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán) el 31 de octubre de 2001. El tribunal afirmó que la cuestión de la incorporación de las condiciones generales al contrato debe interpretarse de acuerdo con el estándar de una persona razonable, lo que significa que el destinatario de la oferta en este caso, debía haber podido conocer dichas condiciones de forma razonable, y que la voluntad del oferente de incluir los términos contractuales estuviese clara desde el principio).

16 Ello impide la aplicación de reglas como la *parol evidence rule*, que excluye toda evidencia fuera del documento escrito. CISG Advisory Council Opinion 3 «Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG» §§. 2.1-2.8. Ello viene reforzado por el denominado «principio de libertad de forma» o «principio de informalidad», recogido en el artículo 11 CNUCCIM. *Infra* § II.D. Las partes pueden derogar esta regla, introduciendo una cláusula en virtud de la cual las partes no podrán invocar declaraciones y acuerdos que no se encuentren por escrito (*merger clause*). No obstante, la propia interpretación de dicha cláusula se realizará de acuerdo con las circunstancias del caso. CISG Advisory Council Opinion 3 «Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG» §§ 4.1-4.7.

17 El tipo de prácticas variará tanto como las propias relaciones entre las partes: entrega pronta de piezas de recambio (Corte de Arbitraje de la CCI, laudo 8611/HV/JK), necesidad de objetar con prontitud al envío del pedido (caso CLOUT

(artículo 9 (1). Sin embargo, a falta de acuerdo expreso o tácito, aún existen usos que pueden vincular a las partes: son los usos de comercio ampliamente conocidos y aceptados en el tráfico internacional (artículo 9 (2). Este tipo de usos prevalecerían, incluso, sobre las disposiciones de la Convención, y únicamente podrían dejar de resultar aplicables si las partes lo acordaran.[18] En el contexto de la Convención, los usos han servido para establecer elementos como la revisión del precio,[19] la modificación de la fecha de pago,[20] la presencia de la otra parte durante el proceso de inspección[21] o la determinación del tipo de interés aplicable a una suma adeudada,[22] para la aplicación de los Incoterms,[23] o los Principios de UNIDROIT.[24]

d. El principio de libertad de forma en la CNUCCIM

La Convención de Viena acoge el principio de libertad de forma, de modo que no se necesita ningún requisito de forma o prueba para determinar la existencia o validez de las declaraciones de voluntad (artículo 11 CNUCCIM). La informalidad, por tanto, es tanto *ad solemnitatem*

313, decidido por la Cour d'appel Grenoble (Francia) el 21 de octubre de 1999), etc. En todo caso, es preciso que las relaciones comerciales entre las partes hayan durado un cierto tiempo. Según algún tribunal, por ejemplo, dos entregas son insuficientes para establecer una práctica en el sentido del artículo 9 (1) CNUCCIM. Véase el Caso CLOUT 360, decidido por el Amtsgericht Duisburg (Alemania) el 13 de abril de 2000.

18 Caso CLOUT 240, Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco) 15 de octubre de 1998.

19 Corte de Arbitraje de la CCI, laudo 8324.

20 Caso CLOUT 5, decidido por el Landgericht Hamburgo (Alemania) 26 de septiembre de 1990.

21 Tribunal de Apelación de Helsinki (Finlandia) 29 de enero de 1998.

22 Casos CLOUT 93 y 94, ambos laudos arbitrales decididos por la Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Viena) el 15 de junio de 1994.

23 Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo 406/1998.

24 Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo 229/1996.

como *ad probationem*. Ello permite, por ejemplo, que el contrato o su modificación puedan celebrarse de forma oral.[25] Incluso se ha considerado la posibilidad de que un contrato celebrado por escrito pueda modificarse de forma oral.[26]

El artículo 11 CNUCCIM excluye, por tanto, los requisitos de forma previstos por el Derecho interno;[27] eso sí, con dos excepciones: por un lado, no excluirá los requisitos de forma cuando el Estado haya realizado una declaración de acuerdo con el artículo 96 CNUCCIM.[28] Por otro lado, la Convención no puede influir en las reglas del Derecho procesal relativas a la valoración de la prueba.[29] No obstante, las reglas según las cuales únicamente deberá atenderse a la evidencia escrita quedan descartadas cuando la CNUCCIM resulta aplicable.

e. Las comunicaciones en el contexto de la CNUCCIM

La contratación es un proceso de comunicación entre las partes: negociación, oferta, aceptación, detalles del cumplimiento, problemas, etcétera, todos exigen comunicación. La CNUCCIM tiene en cuenta esta trascendencia, estableciendo numerosas disposiciones sobre la notificación, así como, según algunos autores, un deber general de comunicación-cooperación.[30] En el presente capítulo deseamos resaltar esta faceta estudiando por separado, y con carácter general, aspectos de las comunicaciones: por un lado, las reglas de distribución del riesgo de las comunicaciones; por otro, el empleo de las comunicaciones electrónicas.

---

[25] Caso CLOUT 176, Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco), 6 de febrero de 1996.

[26] *Ídem*.

[27] Caso, por ejemplo, de la *parol evidence rule* de los países de *common law*. *Supra* § II.2.B.

[28] Rechtbank van Koophandel (Bélgica) 2 de mayo de 1995; Rechtbank Rotterdam (Países Bajos) 12 julio de 2001.

[29] Rechtbank van Koophandel de Hasselt (Bélgica) el 22 de mayo de 2002.

[30] HONNOLD, *ob. cit.* § 100, p. 107.

i. Comunicaciones relativas al proceso de formación, y otros tipos de comunicaciones

En la Convención existen dos reglas principales que distribuyen el riesgo en las comunicaciones. La primera, aplicable a las comunicaciones realizadas en la formación del contrato, es la «regla de la recepción»: la comunicación será efectiva cuando «llegue» a la otra; cuando le sea comunicada en persona (verbalmente) o se entregue en su dirección postal (artículo 24 de la CNUCCIM). La otra, relativa las demás comunicaciones, es la «regla de la expedición» (o *mailbox rule*): la comunicación será efectiva en la medida en que haya utilizado los medios adecuados para transmitirla, con independencia de que se retrase o no llegue a su destino (artículo 27 CNUCCIM).

Cuestión distinta, pero relacionada con las anteriores, es la del idioma en el cual se realizan las modificaciones. Si bien este problema debería dirimirse sobre la base del artículo 8 CNUCCIM (interpretación de las declaraciones de las partes, con arreglo a su significado, y con arreglo a lo que una persona razonable entendería) algún tribunal ha afirmado que una comunicación dirigida en un idioma que no ha sido convenido por las partes, no ha sido usado por las partes en anteriores tratos, o no es usual en el comercio, no puede considerarse que «llega» a la otra parte.[31]

ii. Comunicaciones electrónicas y la Convención de Viena

La Convención de Viena consagra el principio de libertad de forma[32] y, por si esto fuese poco, establece expresamente, que la expresión «por escrito» comprende el telegrama y el télex (artículo 13 CNUCCIM). La ausencia de la mención a las comunicaciones electrónicas se ha suplido mediante interpretaciones correctoras, como la Opinión 1 del

---

[31] Caso CLOUT 132, Oberlandesgericht Hamm (Alemania), de 8 de febrero de 1995. El tribunal también argumenta en relación al «riesgo lingüístico» sobre la base del artículo 8 CNUCCIM.

[32] *Supra* § II.2.B.

Consejo Asesor de la CNUCCIM.[33] Ello ha supuesto también la necesidad de reinterpretar conceptos como el del «envío» y la «recepción», que se equiparan a los momentos en los que la comunicación electrónica deja el servidor del remitente y alcanza el del destinatario, respectivamente (con independencia, en el segundo caso, del momento en el cual se encuentre disponible para el propio destinatario, por ejemplo: en su cuenta de correo electrónico).[34]

3. Formación del contrato

El contrato de compraventa internacional se perfecciona en el momento en el que una oferta contractual es aceptada por la parte a la que va dirigida (artículo 23 CNUCCIM). La perspectiva de la Convención se rige por el principio de informalidad, de modo que únicamente se necesita la voluntad de las partes para entender por concluido el contrato, sin necesidad de cumplir con requisito de forma alguno.[35]

---

[33] La referencia al documento escrito incluirá cualquier comunicación electrónica en un medio perceptible y que sea recuperable. CISG-AC Opinion 1 «Electronic Communications under CISG» §§ 13.1-13.3. La comunicación electrónica deberá entenderse también funcionalmente equivalente cuando se haga referencia a una «notificación», «comunicación», y la referencia «oral» será equivalente al supuesto en el cual se realice una transmisión electrónica de la voz. CISG-AC Opinion 1 «Electronic Communications under CISG», *ob. cit.*, comentario al artículo 21.

[34] El destinatario soporta el riesgo de un fallo técnico en su servidor, y el remitente en el suyo. Véase CISG-AC Opinión 1 «Electronic Communications under CISG», *ob. cit.*, §§ 15.1-15.6 en cuanto a la interpretación de la «llegada», y §§ 16.1-16.2 en cuanto a la del envío. Véase, también, artículo 15 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico.

[35] Tampoco deberán cumplirse otro tipo de requisitos, como la exigencia de «causa» en los ordenamientos iuscivilistas, o de «*consideration*» en los ordenamientos anglosajones. «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 23». A/CN.9/SER.C/DIGEST /CISG/23, pp. 1-2 y 4.

3.1. La oferta contractual. Contenido y dinámica

a. La oferta contractual y su contenido

De acuerdo con el artículo 14 de la CNUCCIM, constituirá una oferta válida la propuesta de celebrar un contrato suficientemente precisa que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación, por ejemplo, con expresiones como «encargamos» y «entrega inmediata»,[36] o la indicación del tipo de mercaderías, o el momento de entrega.[37]

El problema es que la Convención exige también que la oferta sea lo suficientemente precisa, entendiéndose por tal la comunicación que indica las mercaderías, y, bien establece la cantidad y el precio, bien alguna manera de determinarlos (artículo 14 (1) CNUCCIM). Cuestiones de determinación se plantean habitualmente por la calidad de las mercaderías, aunque la interpretación suele ser a favor del contrato.[38] También han sido flexibles los tribunales con la interpretación del requisito de la cantidad, admitiendo expresiones relativamente abiertas,[39] especialmente si la parte que objeta aceptó las mercaderías sin poner objeciones,[40] y si la expresión vaga viene motivada por los usos

---

[36] Caso CLOUT 330, decidido por el Handelsgericht des Kantons St. Gallen (Suiza), 5 de diciembre de 1995.

[37] En el caso CLOUT 217, decidido por el Handelsgericht des Kantons Aargau (Suiza) el 26 de septiembre de 1997, el comprador especificó los modelos que quería (las mercaderías eran juegos de cuchillos) y la fecha de entrega, y el tribunal entendió que se había formulado una oferta contractual.

[38] No existirá oferta ni, por tanto, contrato, si las partes no se ponen de acuerdo en la calidad. Caso CLOUT 135, Oberlandesgericht Frankfurt a.M. (Alemania) 31 de marzo de 1995. No obstante, indicaciones como «calidad media» precedidas de una referencia al tipo de bienes, sí se han considerado suficientemente precisas. Caso CLOUT 106, Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco) 10 de noviembre de 1994 (las mercaderías eran pieles de chinchilla).

[39] Ejemplos: «tres camiones cargados de huevos» (Landgericht Oldenburg (Alemania) 28 de febrero de 1996), «10.000 toneladas +/- 5%» (Caso CLOUT 189 Oberster Gerichtshof, (Tribunal Supremo austriaco) 20 de marzo de 1997).

del sector,[41] o el tipo de contrato.[42] Para la fijación del precio, también se han admitido fórmulas flexibles.[43] El problema existe en los «contratos con precio abierto» (*open price contracts*), en los que éste no es determinado ni determinable. Ello plantea un conflicto entre el artículo 14 (1) CNUCCIM y el artículo 55 CNUCCIM, que establece que el precio será el generalmente cobrado en el tráfico mercantil, cuando las partes no hayan fijado precio alguno, y el contrato haya sido «válidamente celebrado». Ante este conflicto se han propuesto diversas soluciones.[44] Por un lado, se ha sugerido que el ámbito del artículo 55 CNUCCIM sólo se aplica a los países que han excluido la Parte II de la Convención mediante reserva.[45] Otros estiman que el precepto también

---

[40] Caso CLOUT 106 Oberster Gerichtshof, (Tribunal Supremo austriaco) 10 de noviembre de 1994 (pieles de chinchilla); Caso CLOUT 291, Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Alemania) 23 de mayo de 1995 (la oferta realizada por el comprador solicitaba 3.200 pares de zapatos. No obstante, esta oferta fue contraofertada por el vendedor, al enviar sólo 2.700 pares de zapatos; y ésta sí fue aceptada por el comprador, el cual recogió el pedido sin poner objeciones).

[41] Por ejemplo, en los casos de compraventa de gas, donde es normal que la oferta contenga expresiones como: «700 a 800 toneladas de gas natural». Véase el Caso CLOUT 176, decidido por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 6 de febrero de 1996.

[42] Pensemos, por ejemplo, en un contrato de suministro tipo *output contract*, en el que vendedor se compromete a vender al comprador la totalidad de su producción, o tipo *requirement contract*, donde el comprador adquiere del vendedor los bienes que necesite en cada momento. Caso decidido por la Federal (Southern) District Court of New York, (Estados Unidos), el 10 de mayo de 2002, *Federal Supplement (2nd Series)*, 201, 236 y ss.

[43] Por ejemplo, la referencia a un precio «de 35 a 65 marcos alemanes para las pieles de calidad media y superior» se aceptó como válida, por entenderse que permitía su determinación multiplicando el precio correspondiente a cada calidad por la cuantía de pieles correspondientes a dicha calidad. Caso CLOUT 106, decidido por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco) el 10 de noviembre de 1994.

[44] Para una sistematización de las mismas, véase PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 336-348.

[45] FARNSWORTH, Allan E. «Formation of Contract». En GALSTON, N.M. y H. SMITH. *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the*

se aplicaría cuando el Derecho nacional aplicable (no la Convención) considere válido el contrato,[46] y así la validez del contrato dependería del Derecho interno. Finalmente, la tesis más aceptada es que, si el término «validez» debe interpretarse por exclusión de las materias reguladas en la Convención,[47] no cabe el recurso al Derecho interno, y el artículo 55 CNUCCIM se aplicaría cuando las partes hubiesen derogado el requisito del artículo 14,[48] de manera expresa o implícita, mediante la conducta, por ejemplo, cuando, a pesar del precio abierto, las partes actúen para cumplir el contrato.[49]

b. Retirada y revocación de la oferta

Enviada la oferta, es posible que el oferente se arrepienta de ella. Las opciones son dos. El oferente puede «retirar» la oferta, eliminándola

---

International Sale of Goods. Parker School of Foreign and Comparative Law. Columbia University. Nueva York: Matthew Bender, 1984, pp. 3-9.

46 Cottino, Gastone. «Posizione del compratore». En *VV.AA. La Vendita Internazionale: la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980.* Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1981, n.º 39, pp. 150 y ss.

47 Todo ello haría depender el funcionamiento de la Convención (Derecho Uniforme) del Derecho nacional, lo que proporcionaría un archipiélago de diferentes soluciones, contrariamente al propósito del principio de uniformidad (artículo 7 (1) CNUCCIM). Ésta es una de las críticas que se han planteado a la postura anterior. Perales Viscasillas. *Ob. cit.*, pp. 339-340. El principio en que se basa es coherente con la postura que sobre el artículo 4 CNUCCIM mantuvimos más arriba. *Supra* § II.1.C.

48 Perales Viscasillas. *Ob. cit.*, pp. 339-340.

49 Tal fue la conclusión del tribunal en el caso CLOUT 215, decidido por el Bezirksgericht St. Gallen (Suiza), el 3 de julio de 1997, donde el tribunal entendió que la forma de obrar del comprador demostraba su intención de quedar vinculado, lo que, al final, supuso la primacía del requisito de la vinculatoriedad sobre el requisito de la determinación. En el resto de los supuestos, será preciso tomar en consideración muchas circunstancias si se pretende demostrar la intención de las partes de quedar vinculados por un contrato con precio abierto. Los tribunales han sido relativamente reacios en el pasado a aplicar el artículo 55. En el caso CLOUT 53 *Pratt & Whittney vs. Malev*, decidido por el Legfelsóbb Bíróság (Hungría) el 25 de septiembre de 1992, el tribunal entendió que no había precio de mercado para los motores de avión que la compañía americana alegaba haber vendido a la aerolínea húngara.

antes de que pueda resultar efectiva. Puesto que la oferta resulta efectiva cuando «llega» al destinatario, una comunicación que invalide la oferta, y que llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que aquélla servirá para anularla (artículo 15 CNUCCIM).

Cuando la oferta ha llegado a su destinatario, el oferente sólo puede «revocarla». En este punto existió un compromiso entre países anglosajones (revocabilidad de la oferta siempre, salvo en el caso de los contratos de opción) y países iuscivilistas (más a favor de la irrevocabilidad).[50] La CNUCCIM acoge, como regla general, la revocabilidad de la oferta contractual: tesis anglosajona (artículo 16 (1). No obstante, se admite como excepción la oferta irrevocable: tesis civilista (artículo 16 (2). Asimismo, los dos supuestos de irrevocabilidad del 16 (2) son uno sólo,[51] redactado conforme al lenguaje civilista (irrevocabilidad cuando haya plazo para aceptación), y anglosajón (cuando el destinatario actúe basándose en la oferta (*relying on that offer*).

3.2. La aceptación: significado y problemas

El destinatario tiene dos opciones básicas: aceptar la oferta o rechazarla. En el segundo caso, la oferta queda extinguida (artículo 17 CNUCCIM). En el primero, se concluye el contrato. Ahora bien ¿cuál es el contenido que debe tener la aceptación?

La manera más obvia será con una afirmación del tipo «Acepto la oferta».[52] El problema surgirá cuando la declaración no sea expresa. La Convención admite la aceptación tácita, generalmente de ejecución de

---

[50] PERALES VISCASILLAS. *Ob. cit.*, pp. 391-394.

[51] EÖRSI, Gyula. «Article 16». En Cesare Massimo Bianca y Michael Joachim Bonnell. *Commentary on the International Sales Law. Ob. cit.*, § p. 2.2, p. 156. No obstante, una vez el texto vienés ha recogido ambos supuestos, es preciso superar la visión de la Convención como una mera «recolectora» de reglas. Véase PERALES VISCASILLAS. *Op. cit.*, p. 435.

[52] Caso CLOUT 395, decidido por Tribunal Supremo español el 28 de enero de 2000.

la prestación,[53] pero no por silencio o inacción (artículo 18 (1) CNUCCIM). Sin embargo, los tratos previos entre las partes pueden dar lugar a expectativas que hagan del silencio aceptación.[54]

Otro problema existe cuando el destinatario de la oferta realiza una declaración de aceptación pero introduce algún tipo de modificación. La Convención aplica, en este punto, la denominada «regla del espejo» (*mirror image rule*) según la cual la aceptación, para ser considerada como tal, deberá adaptarse punto por punto a la oferta, sin modificarla, considerando contraoferta todo lo demás (artículo 19 CNUCCIM). Las modificaciones pueden producirse mediante remisión al clausulado de las condiciones generales de la parte aceptante.[55] ¿Qué ocurrirá si ambos clausulados poseen condiciones incompatibles entre sí? (problema de «batalla de formularios», o *battle of the forms*). La Convención no prevé una solución expresa. No obstante, si el artículo 19 CNUCCIM considera contraoferta toda aceptación con modificaciones, y el 18 CNUCCIM establece la aceptación por silencio, se entiende que la última comunicación realizada será la oferta (*last shot rule*)[56] que será

---

[53] Por ejemplo, la aceptación de las mercaderías (caso CLOUT 292 Oberlandesgericht Saarbrücken (Alemania) de 13 de enero de 1993), realización de gestiones para el pago (caso CLOUT 417, decidido por la Federal District Court, Northern District of Illinois (Estados Unidos de América), el 7 de diciembre de 1999 (apertura de carta de crédito); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Argentina, 14 de octubre de 1993 (firma de facturas) etc.

[54] En el famoso caso *Filanto v Chilewich*, el tribunal consideró que las partes habían instaurado una práctica según la cual era preciso objetar con prontitud, de modo que la falta de objeción se interpretó como aceptación *Filanto v Chilewich*, caso CLOUT 23, decidido por la Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, el 14 de abril de 1992.

[55] El primer problema será, sin embargo, en qué medida tales condiciones pueden incorporarse como parte del contrato. La postura parece ser favorable a la incorporación por referencia, siempre y cuando las condiciones a las que se hace referencia se encuentren a disposición de la parte a la cual se remite a ellas. Caso decidido por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán) el 31 de octubre de 2001.

[56] Aceptan esta teoría, por ejemplo, el Caso CLOUT 232, decidido por el Oberlandesgericht München (Alemania), 11 de marzo de 1998; el laudo de la CCI 8611,

aceptada mediante actos.[57] La *last shot rule* contrasta con la *knock out doctrine*, que elimina las cláusulas incompatibles, y usa el Derecho aplicable para las lagunas (artículo 2.22 de los Principios UNIDROIT).

4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

4.1. Obligaciones del vendedor y transmisión del riesgo

Las obligaciones principales del vendedor son: la de entrega de las mercaderías y la de los documentos necesarios para que el comprador pueda hacer uso de las mismas y la de que las mercaderías se encuentren libres de defectos y de derechos de terceros.

a. La obligación de entrega de las mercaderías y documentos

La obligación de entrega se regula en el artículo 31 y siguientes de la CNUCCIM. Este precepto establece las reglas que regirán la obligación, así como el lugar de la entrega. La cuestión de la entrega sirve tanto para determinar el cumplimiento de sus obligaciones por el vendedor, como para establecer la transmisión al comprador del riesgo de deterioro de las mercaderías.

i. Obligación de entrega y transmisión del riesgo

La CNUCCIM estipula en su artículo 31 tres posibilidades de cumplimiento de la obligación de entrega. En primer lugar, cuando existe transporte, se supone que éste se realiza por un tercero (el transportista); en este contexto, el vendedor habrá cumplido con la obligación de entrega cuando ponga las mercaderías en poder del porteador; y, en un

---

1997 (donde se sostiene la misma postura que explicábamos aquí: contraoferta según el artículo 19 CNUCCIM, y aceptación tácita según el artículo 18; en este caso, al hacerse cargo de las mercaderías); o la sentencia del Hof's Hertogenbosch (Países Bajos), de 19 de noviembre de 1996.

[57] PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.*, p. 728.

transporte con varios porteadores, del al primero de ellos.[58] En segundo lugar, cuando el comprador debe recoger las mercaderías, el vendedor entregará poniéndolas a su disposición en el lugar y fecha previstos por las partes. En cualquier otro caso (cuando las partes no hayan pactado transporte ni establecido nada respecto del lugar de entrega), la entrega consistirá en la puesta a disposición en el establecimiento del vendedor. Respecto del momento de la entrega, la CNUCCIM distingue cuando las partes hayan pactado una fecha de entrega (entrega en esa fecha[59]), un plazo de entrega (entrega dentro de ese plazo[60]), o nada en absoluto (entrega en un plazo razonable).

La importancia de la entrega reside en que fija el momento de transmisión del riesgo, de modo que, después, el comprador deberá pagar el precio pese al deterioro o pérdida de las mercaderías (artículo 66 CNUCCIM). La transmisión del riesgo es, pues, simétrica a la entrega:[61] en caso de transporte, transmisión con la entrega al primer porteador

---

58 Caso CLOUT 331, Handelsgericht des Kantons Zürich (Suiza) 10 de febrero de 1999. En todo caso, esta entrega supone un traspaso de la posesión de las mercaderías. Caso CLOUT 247, decidido por la Audiencia Provincial de Córdoba, el 31 de octubre de 1997. El tribunal entendió que el traspaso posesorio exigía que la carga pasara la borda del buque.

59 La jurisprudencia ha entendido que este precepto se aplica también al supuesto en el cual las partes no han determinado la fecha, pero han estipulado que la entrega se producirá a petición del comprador. Caso CLOUT 338, decidido por el Oberlandesgericht Hamm (Alemania) el 23 de junio de 1998.

60 En general, se entiende que el vendedor deberá poder escoger el momento, dentro de ese plazo, en el cual desea entregar. Véase Tribunal de Arbitraje de la CCI, Francia, laudo 9117; «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías» A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/33, p. 2.

61 Estableciendo dicha simetría, véase el caso CLOUT 360, Alemania, 2000, donde el tribunal puso de manifiesto que la palabra «porteador» tiene el mismo significado en el artículo 31 y en el artículo 67 CNUCCIM. Véase también, «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías» A/CN.9/SER.C/ DIGEST/CISG/67, p. 3.

(artículo 67 CNUCCIM);[62] cuando las partes no hayan establecido nada y, por tanto, la entrega se produzca mediante puesta a disposición del comprador, en el establecimiento del vendedor o en otro lugar,[63] el riesgo se transmitirá cuando el comprador se haga cargo de las mercaderías, o bien cuando éstas se pongan a su disposición y no cumpla su obligación de recogerlas (artículo 69 CNUCCIM). Si el contrato de compraventa se celebra en tránsito, el riesgo se transmitirá en el momento de celebración del contrato.[64]

Con el objetivo de evitar posibles abusos, la CNUCCIM establece dos reglas adicionales: por un lado, para que opere la transmisión del riesgo las mercaderías deben estar identificadas;[65] y, por otro, pese a la

---

62 Por tanto, el retraso en la entrega final causado con posterioridad a la entrega al primer porteador no es responsabilidad del vendedor. Véase caso CLOUT 219, decidido por el Tribunal Cantonal Valais (Suiza), el 28 de octubre de 1997. O bien, si el vendedor estuviese obligado a entregar las mercaderías al porteador en un lugar determinado, en ese lugar. La segunda frase del artículo 67 CNUCCIM establece: «Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar.

63 En el Caso CLOUT 104, de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, laudo n.º 7197 de 1993, el tribunal arbitral aplicó el artículo 69 (apartado (2) a un contrato en que el vendedor había aceptado entregar las mercaderías con arreglo al Incoterm DAF («entrega en frontera»).

64 O, si se desprendiese de las circunstancias, en el momento en el cual se transmitan al porteador que emita los documentos acreditativos del transporte. El artículo 68 CNUCCIM establece: «El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte...».

65 Ello tiene por objetivo evitar que el vendedor identifique las mercaderías con posterioridad a la ocurrencia del deterioro o pérdida. En el caso CLOUT 360, decidido por el Amtsgericht Duisburg (Alemania) el 13 de abril de 2000, el tribunal entendió que la identificación de las mercaderías realizada en los documentos de expedición era suficiente a los efectos del artículo 67 CNUCCIM.

objetividad de las reglas de transmisión del riesgo, el comprador se eximirá de sus obligaciones en caso de negligencia del vendedor (artículo 66 *in fine*).[66]

ii. Los documentos de la compraventa

Junto con la entrega de las mercaderías, la Convención establece la obligación del vendedor de facilitar la recepción de las mercaderías por el comprador, colaborando para identificar as mercaderías en manos del transportista, actuando con diligencia si debe procurar el transporte, y prestando la ayuda necesaria si el comprador necesita información para asegurar las mercaderías (artículo 32 CNUCCIM). Asimismo, prevé la obligación de entrega de documentos para que el comprador pueda hacer uso debido de los bienes vendidos: conocimientos de embarque, certificados de depósito, etc., cuya posesión otorga control sobre las mercancías;[67] pólizas de seguro, certificados fitosanitarios etc., entrega que deberá producirse en el lugar, plazo y forma establecidos en el contrato (artículo 34 CNUCCIM).

---

[66] Por ejemplo, en un laudo de la CIETAC, de 1995 (disponible en Unilex) el tribunal arbitral entendió que el comprador no se encontraba obligado a pagar el precio aunque había operado la transmisión del riesgo, pues el vendedor no había dado al porteador las instrucciones necesarias sobre la temperatura a la que debían transportarse para evitar el derretimiento y el derrame. Igualmente, para el caso de mercaderías vendidas en tránsito, las pérdidas y deterioros serán responsabilidad del vendedor cuando hubiera conocido la existencia de los defectos y no lo hubiera revelado al comprador. El artículo 68 CNUCCIM establece, en su segunda frase: «...si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor».

[67] Caso CLOUT 216, decidido por el Kantonsgericht St. Gallen (Suiza) de 12 de agosto de 1997.

iii. Entrega, transmisión del riesgo y autonomía de la voluntad. Los INCOTERMS

Las partes pueden variar el régimen de entrega de las mercaderías y la transmisión del riesgo,[68] generalmente mediante cláusulas estándar producidas por la Cámara de Comercio Internacional: los Incoterms, que establecen el momento de la entrega (ExWorks: entrega fuera de las instalaciones del vendedor, FOB: entrega a bordo del barco) la asunción de costes (CIF: asunción de los costes de seguro y flete), o la obligación de entrega de documentos.[69] Los Incoterms y la CNUCCIM pueden resultar cumulativamente aplicables, lo que obliga a discernir si la cláusula inserta altera, o no, el régimen de entrega y transmisión del riesgo.[70]

b. La obligación de conformidad de las mercaderías

El artículo 35 CNUCCIM establece las condiciones que deben cumplirse para que los bienes entregados sean conformes. La Convención, pues, al igual que los sistemas anglosajones, establece la conformidad

---

[68] Por ejemplo, si las partes establecen que el vendedor deberá entregar las mercancías a otra empresa, que se encargará de procesarlas para el comprador. Véase caso CLOUT 340, decidido por el Oberlandesgericht Oldenburg (Alemania) el 22 de septiembre de 1998. Asimismo, si el vendedor tiene que instalar los bienes vendidos, se entenderá que el lugar de instalación es el lugar de entrega. Ver Corte di Cassazione, Italia, 10 de marzo de 2000.

[69] El Incoterm FOB supone la entrega de una factura en la que conste la cantidad y valor de las mercaderías (Arbitraje COMPROMEX, México, 29 de abril de 1996, Unilex). Asimismo, un tribunal decidió que la inclusión del Incoterm CFR (coste, flete) no suponía que el tiempo de entrega fuese un elemento esencial en el cumplimiento del contrato (Tribunal de Arbitraje de la CCI, Francia, marzo de 1995, laudo 7645).

[70] Los tribunales han considerado que la cláusula EXW no modifica el régimen previsto en el artículo 31 CNUCCIM (caso CLOUT 245, decidido por la Cour d'appel Paris (Francia) el 18 de marzo de 1998). La cláusula DDP (Delivery Duty Paid) se ha interpretado en el sentido de que modifica el lugar de entrega, estableciendo el establecimiento del comprador como tal (caso CLOUT 340, decidido por el Oberlandesgericht Oldenburg (Alemania) el 22 de septiembre de 1998).

de las mercaderías como una obligación del vendedor, a diferencia de los sistemas iuscivilistas, donde la obligación era la de entrega, y los defectos de conformidad se dirimían con arreglo al régimen de saneamiento por vicios ocultos.[71]

El párrafo (1) del artículo 35 CNUCCIM exige al vendedor la entrega de mercancías que correspondan a la calidad y descripción establecidas en el contrato.[72] En ausencia de estipulación expresa, la Convención establece las condiciones de conformidad implícitas:[73] el apartado 2 (a) del artículo 35 establece que las mercaderías vendidas deben ser «aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo»,[74] y el apartado (2) (b), que, si el comprador le ha hecho saber al vendedor un determinado propósito específico al cual piensa destinar las mercaderías, éstas deberán ser aptas para dicho propósito.

Un problema importante se plantea con las normas de calidad y fitosanitarias aplicables. Según la jurisprudencia, no se aplicarán las normas del país importador (comprador) salvo que el comprador hubiese señalado las normas al vendedor, las normas fuesen las mismas

---

71 La estela dejada por la Convención en cuanto a la adopción de la «obligación de conformidad» ha sido seguida por otros instrumentos, como la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo, que ha terminado de introducir la esta obligación en nuestro ordenamiento.

72 Este precepto asume la existencia de especificaciones técnicas, o de requisitos introducidos por las partes en el contrato. Por ejemplo, en el caso CLOUT 84, decidido por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 20 de abril de 1994, el tribunal entendió que, al no haber pactado las partes la cantidad de cadmio máxima que debían tener los mejillones vendidos, no existía falta de conformidad en virtud del artículo 35 (1) CNUCCIM.

73 Véase «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías» A/CN.9/SER.C/DIGEST /CISG/35, p. 3.

74 Los tribunales han articulado, principalmente, tres tests: que el bien sea de calidad razonable (*reasonable quality*), de calidad media (*average quality*) o, simplemente, vendible (*merchantable quality*). Véase la decisión del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, laudo arbitral 2319, 15 de octubre de 2002.

en el país del comprador y del vendedor, o el comprador hubiese confiado a la pericia del vendedor el cumplimiento con los estándares de calidad o sanitarios.[75]

Por último, la Convención exime de responsabilidad al vendedor cuando el comprador conociera, o debiera haber conocido, el defecto en la celebración del contrato (artículo 35 (3) CNUCCIM), pues si le se presenta un bien con defectos evidentes y, aun así, lo adquiere, lo acepta con sus defectos.[76] La excepción se da si existe engaño del vendedor: se protege antes al comprador negligente que al vendedor fraudulento.[77]

c. *La obligación de que el bien se encuentre libre de derechos de terceros*

Los bienes también pueden tener defectos jurídicos; por ejemplo, si se encuentran sujetos a derechos de terceros que impidan el libre disfrute del comprador. En los países civilistas, esto se regula en el saneamiento por evicción, pero no existe una obligación específica a cargo del vendedor. La Convención, aunque no cubre los problemas de transmisión de la propiedad (artículo 4 (b), sí establece la obligación del vendedor de entregar bienes no sujetos a derechos de terceros, como la propiedad (artículo 41), y de pretensiones relativas a la propiedad industrial-intelectual, basadas en el Derecho del país donde se va a operar la reventa, o en el Estado del comprador (artículo 42).[78]

---

[75] Caso CLOUT 123, decidido por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán) el 8 de marzo de 1995. Los mejillones entregados superaban los niveles de cadmio mínimos exigidos por la legislación del país del comprador. No obstante, el tribunal entendió que no podía asumirse que, por el hecho de saber el vendedor a qué mercado se encontraban destinados, debía también conocer el contenido de las normas.

[76] Se supone, pues, que el comprador adquiere el bien «tal como es» (*as is*). Véase el caso CLOUT 256, Tribunal Cantonal du Valais (Suiza) 29 de junio de 1998.

[77] Caso CLOUT 168, Oberlandesgericht Köln (Alemania) 21 de marzo de 1996.

[78] El supuesto típico sería, por ejemplo, aquél en el cual un comprador adquiere una serie de bienes para revenderlos en su país, y tales bienes infringen los derechos de un tercero (por ser bienes producidos con técnicas que infrinjan un

d. La comunicación de la falta de conformidad

Analizadas las obligaciones del vendedor, es necesario detenerse en el punto relativo a la comunicación del incumplimiento contractual, ya sea de la obligación de conformidad (artículo 39 CNUCCIM) ya de la obligación de entrega de bienes libres de derechos de terceros (artículo 43 CNUCCIM).

Esta notificación no se encuentra sujeta a criterios de forma,[79] pero sí se exige que la notificación especifique la falta de conformidad. Ello tiene por objeto permitir al vendedor adoptar las medidas adecuadas (enviar técnicos, reparar, sustituir, prepararse para la posible reclamación...[80]) evitando malentendidos, principalmente en cuanto al artículo en el cual cristaliza el incumplimiento.[81] La cuestión más controvertida es la del plazo de notificación, pues se hace referencia a «un plazo razonable», que debe comenzar a contar desde que se descubre, o debería haberse descubierto, el defecto.[82] Si bien algunos han intentado

---

derecho de patente, o por ser ellos o su signo distintivo similares a otros protegidos por la ley).

79 No obstante, la necesidad de probar su existencia puede demandar un medio que deje prueba escrita. Véase la decisión del Amtsgericht Kehl (Alemania) de 6 de octubre de 1995, o del Landgericht Kassel (Alemania) de 22 de junio de 1995.

80 Véanse los casos CLOUT 229 y 319, decididos por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán) el 4 de diciembre de 1996 y el 3 de noviembre de 1999.

81 *Ibíd*.

82 El *dies a quo*, pues, dependerá de la interpretación que realicemos del deber del comprador de inspeccionar las mercaderías a su llegada. Este aspecto se regula en el artículo 38 CNUCCIM, que dispone:
«1) El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias». En primer lugar, están los defectos que el comprador descubra, en cuyo caso el tiempo comienza a correr desde ese momento. En el caso de los defectos que el comprador debería haber descubierto con un examen normal de las mercaderías a su llegada, el tiempo comenzará a correr cuando finalice el tiempo razonable para el examen. Pese a que el artículo 38 CNUCCIM establece el deber del comprador de examinar las mercaderías, no existe una consecuencia negativa específica derivada del incumplimiento de este deber. Simplemente, el periodo para notificar la falta de conformidad comenzará a contar; lo que, en último término, supondría la pérdida

fijar un plazo fijo (14 días,[83] o un mes[84]), existe acuerdo en la necesidad de que lo «razonable» se interprete de acuerdo con las circunstancias de cada caso.[85] En todo caso, el artículo 39 (2) CNUCCIM establece un límite absoluto para comunicar la existencia de defectos: dos años desde la entrega de la mercadería.

La consecuencia de incumplir el deber de notificar es la pérdida de derechos y acciones. Ésta es una consecuencia muy drástica, por lo que la Convención establece límites o excepciones. Cuando el comprador posea una excusa razonable para no haber notificado, podrá reclamar la reducción del precio, o bien daños y perjuicios, sin lucro cesante (artículo 44). Asimismo, el vendedor no podrá invocar el precepto si conociera o debiera haber conocido la existencia de la falta de conformidad (artículo 40).

4.2. Obligaciones del comprador

Las obligaciones principales del comprador consisten en la recepción de las mercaderías y el pago del precio y (artículo 53 CNUCCIM). La segunda es la más importante, es la contraprestación a la entrega de las mercaderías, e incluye la adopción de las medidas y formalidades burocráticas y administrativas para que el pago sea posible.[86]

---

de los derechos y acciones por incumplimiento. No obstante, la sanción se refiere al incumplimiento del artículo 39 CNUCCIM, no del 38. Véase CISG-AC Opinion 2 «Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity. Articles 38 and 39», art. cit., Comentario Art. 38. Por último, en el caso de efectos latentes, que no se materialicen fácilmente, el periodo de examen irá más allá que el necesario para el examen rutinario inicial, y con ello se prolongará el *dies a quo* para computar el periodo en el cual debería haberse realizado la notificación.

83 Decisión del Oberster Gerichtsof (Tribunal Supremo austriaco) de 27 de agosto de 1999.

84 Decisión del Oberlandesgericht des Kantons (Lucerna) de 8 de enero de 1997.

85 CISG-AC Opinion 2 «Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity. Articles 38 and 39» art. cit. Comentario Art. 39, § 3.

86 Pensemos, por ejemplo, en los trámites de un medio altamente protocolizado, como el crédito documentario. Asimismo, pensemos en aquellos casos donde

Una duda que se plantea en este sentido se refiere a la cuestión de si la obligación del comprador es de medios o de resultado. El consenso parece ser favorable a la obligación de resultado en lo que respecta al medio de pago,[87] si bien se admitiría alguna excepción cuando deba obtenerse algún permiso administrativo.[88] Otra duda se plantea con respecto a la moneda de pago, para lo que se estará a la voluntad de las partes, o a los usos y prácticas vigentes.[89] En ausencia de ambos, se interpreta que el artículo 57 CNUCCIM (lugar de pago) establece una presunción a favor del lugar del vendedor, por lo que la moneda sería la de curso legal en el país del vendedor.[90]

El momento de pago será con arreglo a la voluntad de las partes[91] y, en su ausencia, cuando el vendedor ponga a disposición mercaderías y documentos (artículo 58 CNUCCIM: principio de ejecución simultánea). El comprador deberá satisfacerlo sin esperar una intimación del vendedor, pudiendo el vendedor ejercitar los remedios por incumplimiento en caso contrario: no existe régimen de la mora en la CNUCCIM.[92]

---

sea necesario algún tipo de autorización administrativa para realizar el pago (por ejemplo, derivada de la legislación de control de cambios).

87 CLOUT, caso 104 Laudo Cámara de Comercio Internacional 7197 1993. En el caso CLOUT 142, del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Federación de Rusia 123/1992, 17 de octubre de 1995, el tribunal decidió que el comprador era responsable porque se había limitado a dar instrucciones a su banco para que hiciera una transferencia, pero no había comprobado si el pago podía efectivamente realizarse en moneda convertible. «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías». A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/54, p. 2.

88 «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías», *ob. cit.*, p. 2.

89 *Supra* § II.2.D.

90 Caso CLOUT 281, Oberlandesgericht Koblenz (Alemania) de 17 de septiembre de 1993.

91 Caso CLOUT 194, Bundesgericht (Tribunal Supremo de Suiza) de 18 de enero de 1996.

92 Caso CLOUT 281, Oberlandesgericht Koblenz (Alemania) de 17 de septiembre de 1993.

Además del pago, la Convención establece la obligación del comprador de recepción de las mercaderías, que consiste, según el artículo 60, por un lado, en hacerse cargo de las mercaderías donde el vendedor deba entregarlas (retirándolas del establecimiento, recogiéndolas del proveedor, etcétera.) y, por otro, en realizar todos los actos que quepa esperar para que el vendedor realice la entrega (obligación de cooperación).[93]

5. Derechos y acciones por incumplimiento

5.1. Introducción

Este punto es crucial en el régimen de la CNUCCIM, pues establece el sistema de protección de la parte perjudicada (artículos 45-52, 61-65 y 74-78). Destaquemos los aspectos generales: es un régimen sistemático, con remedios ordenados metódicamente (en los sistemas iuscivilistas, para tener esta composición de lugar, deberíamos examinar las acciones generales por incumplimiento, el saneamiento por vicios ocultos y por evicción, el régimen de la mora, y la indemnización por daños y perjuicios, en lugares separados); es un régimen objetivo, en cuanto a la responsabilidad, (*strict liability*) como el de los países anglosajones (en los sistemas civilistas la responsabilidad depende del dolo o culpa);[94] y es un sistema que depende de la voluntad del perjudicado,[95] denegando al tribunal el poder de conceder periodos suplementarios de cumplimiento.[96]

---

[93] Un ejemplo sería la obligación, en aquellos casos donde la entrega se produzca en las instalaciones del comprador, en facilitar al personal del vendedor la entrada a dichas instalaciones. Véase el Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/60, p. 2.

[94] BEALE, Hugh (*et al.*). *Casebooks on the Common Law of Europe. Contract Law*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002, pp. 659-673.

[95] El lenguaje de los artículos 45 y 61 no puede ser más claro, en la medida en que afirman que «el comprador podrá» y «el vendedor podrá».

[96] Existía la tendencia, principalmente de los tribunales franceses, de facilitar este

5.2. Cumplimiento específico

La primera posibilidad que se ofrece a la parte perjudicada en caso de incumplimiento es la de reclamar el cumplimiento. Ello fue objeto de controversia entre los delegados civilistas y los anglosajones: para los primeros el derecho al cumplimiento es un remedio estándar; para los segundos, excepcional. Ello motivó la poco brillante solución de la CNUCCIM: por un lado, se establece el derecho al cumplimiento con carácter general (artículos 46 y 63: tesis civilista); por otro, la potestad del tribunal de denegarlo si ello es contrario a *su derecho interno* (artículo 28) (algo contrario a la uniformidad).

El derecho al cumplimiento posee diversas manifestaciones: el caso menos polémico es de pago del precio por el vendedor (artículo 62 CNUCCIM); el más, el derecho del comprador a la reparación-sustitución en caso de prestación defectuosa (desconocido en el Derecho *iuscivilistas* anglosajón).[97]

5.3. Reducción del precio

Una prestación defectuosa puede representar una pérdida en su valor, pero no justificar el fin de la relación contractual. En tal caso, el remedio

---

tipo de periodos. En su lugar, la Convención adopta la posibilidad para el perjudicado de establecer un periodo suplementario de tiempo para cumplir (*Nachfrist*) después del cual podrá resolver el contrato. Véase § V.4.B.

[97] No obstante, la adopción de estos derechos supone una necesaria reforma. Tanto es así, que los textos posteriores han seguido fielmente esta postura, consagrando el derecho del comprador a la reparación y a la sustitución del bien como parte integrante de las medidas de protección de su derecho. Tal es el caso de los Principios de UNIDROIT (su artículo 7.2.3 afirma que el derecho al cumplimiento incluirá el derecho a la reparación y a la sustitución), de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (artículo 9:102) y, finalmente, de la Directiva 1999/44/CE, del Consejo, relativa a la Garantía en la Venta de Bienes de Consumo, cuyo artículo 3 (2) establece la pretensión del consumidor a la reparación o a la sustitución del bien como un derecho primordial, que debe ejercitarse con preferencia a los demás (reducción del precio o resolución). No obstante, el que el tribunal pueda atenerse al Derecho interno para denegar el cumplimiento

adecuado es la reducción del precio (artículo 50 CNUCCIM). El cálculo de la reducción del precio se realiza de acuerdo con la proporción entre el valor de los bienes entregados, y el valor hipotético de las mercaderías conformes, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Precio reducido} = \frac{\text{Valor de los bienes entregados x Precio del contrato}}{\text{Valor hipotético de bienes conformes}}$$[98]

Por último, la Convención otorga preferencia al derecho del incumplidor a subsanar el cumplimiento defectuoso sobre el derecho del perjudicado a reducir el precio.

5.4. Resolución y remedios similares

a. Requisitos de la resolución: incumplimiento esencial y notificación

La resolución es el remedio más drástico, ya que pone fin a la relación contractual. Por ello, necesita de requisitos para su ejercicio. En primer lugar, la CNUCCIM exige que se notifique a la parte incumplidora la intención de resolver el contrato (artículo 26 CNUCCIM), poniéndose fin al problema de la «resolución automática» (*ipso facto avoidance*).[99]

---

frustra, en gran medida, el propósito de introducir este mecanismo en el seno del Derecho Uniforme.

98 MÜLLER-CHEN, Markus. «Commentary to Article 50». En Peter Schlechtriem y Ingebor Schwenzer. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, ob. cit., p. 600.

99 «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 26». A/CN.9/SER.C/ DIGEST/CISG/26 p. 1; caso CLOUT 176, decidido por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco) el 6 de febrero de 1996; caso CLOUT 294, Oberlandesgericht Bamberg (Alemania) de 13 de enero de 1999; caso decidido por la Corte de Arbitraje de la CCI, Francia, laudo 9887.

El propósito de la Convención es asegurar la certidumbre de la comunicación, sin imponer formalismos.[100] La comunicación tampoco debe hacer referencia explícita a la «resolución»,[101] sino dejar clara la intención de poner fin al contrato.[102]

En segundo lugar, la resolución no puede permitirse ante cualquier incumplimiento, sino que éste debe ser grave, o, en el lenguaje de la CNUCCIM, «esencial» (artículo 49): incumplimiento que priva a la parte que lo sufre de aquello que estaba dispuesta a esperar en virtud del contrato (artículo 25), que defrauda las expectativas contractuales justificadas del perjudicado,[103] y que resultase previsible para la parte

---

[100] No es necesaria ninguna formalidad en la comunicación (artículo 11). *Supra* § II.2.B. Tampoco se exige que el remitente deba asegurarse de que la resolución llega al conocimiento del destinatario, ni tan siquiera a su establecimiento, basta que la remita por los medios adecuados (artículo 27 CNUCCIM. *Supra* § II.2.E.a), si bien debe efectuarse en un tiempo razonable (caso CLOUT, caso 124 decidido por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán) el 15 de febrero de 1995), donde el tribunal entendió que la notificación realizada después de cinco meses era demasiado tardía

[101] Caso CLOUT 6 Landgericht Frankfurt am Maine (Alemania) 16 de septiembre de 1991.

[102] La declaración de que, en lo sucesivo, el perjudicado no se sentirá vinculado por el contrato debe ser categórica; esto es, no sujeta a condición alguna. No sirve, por tanto, la declaración de que se resolverá el contrato si la otra parte no reacciona. Véase el caso decidido por el Landgericht Zweibrücken (Alemania), de 14 de octubre de 1992. «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 26», *ob. cit.*, p. 2.

[103] «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 25» A/CN.9/SER.C/ DIGEST/CISG/25, p. 2. La cuestión, pues, estará en determinar qué expectativas contractuales se encontraban justificadas. A los efectos de determinar las expectativas que se ven defraudadas será preciso tomar en consideración tanto los términos del contrato (donde las partes pueden estipular aquellos aspectos que consideran esenciales en el contrato) como el propósito para el cual se adquirieron las mercaderías (si los bienes se adquirieron para la reventa, entonces será difícil justificar la existencia de un incumplimiento esencial cuando las mercaderías pueden revenderse, si bien a un precio más bajo. Si las mercaderías se adquirieron para su uso, el factor de la

incumplidora.[104] El supuesto más evidente es el incumplimiento total (no entrega o impago definitivos,[105] una parte declara expresamente su intención de no cumplir,[106] insolvencia o certeza de impago.[107] En los demás supuestos, existirán mayores dudas.[108] En el caso de una prestación defectuosa, existirá incumplimiento esencial cuando no pueda darse otro uso a las mercaderías ni revenderlas sin coste irrazonable.[109]

---

posibilidad de reventa deja de ser tan determinante). Véase CISG Advisory Council Opinion 5 «The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents» §§ 4.2-4.3. Asimismo, un ejemplo claro se encuentra en aquellos supuestos en los que las mercaderías no son aptas para el consumo por no superar las regulaciones fitosanitarias. Véase *supra* § IV.1.B. En tales casos, el que la expectativa defraudada del comprador sea legítima dependerá de si el vendedor sabía o debía conocer de la existencia y contenido de tales regulaciones. Véase el caso CLOUT 123, decidido por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán) el 8 de marzo de 1995.

104 Aunque existen dudas acerca del momento en el cual debe evaluarse dicha previsibilidad, una opinión extendida es la que considera que el momento de conclusión del contrato es el relevante. Caso CLOUT 275 decidido por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 24 de abril de 1997.

105 Caso CLOUT 90, por la Pretura circondariale de Parma (Italia) el 24 de noviembre de 1989.

106 Caso decidido por el Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional en la Cámara de Comercio de la Federación de Rusia, el 4 de abril de 1998, laudo 387/1995 (negativa a pagar el precio); Caso CLOUT 136, Oberlandesgericht Celle (Alemania) de 24 de mayo de 1995 (negativa a cumplir consistente en información al comprador de que los bienes objeto del contrato habían sido vendidos a un tercero).

107 Caso CLOUT 308, decidido por la *Federal Court of Australia* el 28 de abril de 1995.

108 Véase *infra* § V.4.B, C y E.

109 Véase, por ejemplo, el caso CLOUT 150, decidido por la *Cour de Cassation* francesa, el 23 de enero de 1996, donde el tribunal declaró el incumplimiento esencial, consistente en que el vino vendido había sido artificialmente azucarado. No existirá un incumplimiento esencial cuando los bienes vendidos puedan revenderse o utilizarse para otros usos, incluso aunque existan pérdidas en el proceso. Véase el caso CLOUT 171, decidido por el Bundesgerichtshof alemán Alemania, el 3 de abril de 1996. Véase también el caso CLOUT 248, decidido por el Schweizerisches Bundesgericht (Tribunal Supremo suizo) el 28 de octubre de 1998 (donde el tribunal entendió que el hecho de que la carne vendida tuviese dema-

Cuando existe un defecto de cierta entidad, se plantea un conflicto entre el derecho del comprador a resolver el contrato y el derecho del vendedor a subsanar (artículo 48 CNUCCIM).[110] En principio, de la referencia del artículo 48 CNUCCIM «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49...» parecería que el segundo se sujeta al primero. No obstante, esta sujeción es, más bien, teórica. Tal como lo han entendido los tribunales, un incumplimiento difícilmente será esencial (y difícilmente se podrá resolver el contrato) cuando el vendedor afirme poder subsanar el defecto,[111] por lo que el derecho del vendedor a subsanar sería prioritario sobre el derecho del comprador a resolver.[112]

b. Resolución y prestación tardía

El supuesto de la resolución por prestación tardía se regula separadamente del general, por incumplimiento esencial. La razón es la dificultad de determinar la existencia de un incumplimiento esencial cuando éste consiste en un retraso en la ejecución de la prestación.[113] Por ello, la Convención de Viena ha articulado un mecanismo alternativo,

---

siada grasa y humedad, y supusiese una merma de aproximadamente el 25% en el valor económico de la misma no suponía que existiera un incumplimiento esencial, en la medida en que el comprador podía revender la mercancía, si bien con una pérdida.

110 La Convención, sigue la estela de la § 2-508 del *Uniform Commercial Code* estadounidense, establece el derecho a subsanar cuando no ha transcurrido el plazo de cumplimiento (derecho incondicional: artículo 37 CNUCCIM) y cuando el plazo de cumplimiento ya ha pasado (derecho a subsanar sujeto a condiciones).

111 Tribunal de Arbitraje de la CCI, Francia, laudo 7754; Handelsgericht des Kantons Aargau (Suiza) caso de 5 de noviembre de 2002; CISG Advisory Council Opinion 5 «The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents», § 4.4.

112 La excepción la constituyen aquellos supuestos donde el vendedor sólo podría cumplir más allá del plazo estipulado, y el retraso constituiría un incumplimiento esencial. En tales casos, el derecho a la resolución prevalece. Comentario de la Secretaría al Proyecto de Convenio de 1978. Artículo 44 (futuro artículo 48), §§ 3-6. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/ secomm-48.html>.

113 Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, *ob. cit.*, pp. 206-207.

basado en el Derecho alemán: la *Nachfrist* (artículo 47). Ésta consiste en la concesión a la parte incumplidora de un periodo fijo[114] de tiempo suplementario para cumplir, al final del cual, el perjudicado podrá, tranquilamente, declarar resuelto el contrato, notificándolo a la otra parte (artículo 49.1.b). Naturalmente, sería contrario a la confianza generada en la parte incumplidora que el perjudicado resolviera el contrato, o ejercitara otra acción, mientras el periodo aún se encontrase vigente (artículo 47 (2).

Supuestamente, la *Nachfrist* es un mecanismo potestativo para resolver el contrato pues, en teoría, debería poder aplicarse la resolución por incumplimiento esencial al supuesto de retraso. No obstante, la jurisprudencia alemana, ha exigido en ocasiones el empleo de la *Nachfrist* para poder resolver el contrato (en Alemania la *Nachfrist* es obligatoria).[115]

c. Suspensión y resolución anticipadas, y contratos con entregas sucesivas

En el caso de incumplimiento previsible, debe respetarse un equilibrio que salvaguarde el derecho del perjudicado a no exponerse, cumpliendo sin saber si obtendrá contraprestación, y el del incumplidor, a no ver resuelto el contrato sin base. La CNUCCIM permite, en primer lugar, suspender el cumplimiento de la prestación (artículo 71), una medida similar a la *exceptio non adimpleti contractus*,[116] salvo por el hecho de que la CNUCCIM permite realizarla con anterioridad a la

---

[114] Este tiempo debe ser fijo, no admitiéndose referencias como «pronto», «en el mínimo tiempo posible», «cuanto antes», etc. ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.*, pp. 208-209.

[115] Este problema se ha planteado en la jurisprudencia alemana, ya que, en Alemania, la *Nachfrist* no es potestativa, sino obligatoria, para poder resolver el contrato. Véase ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.*, p. 207.

[116] HORNUNG, Rainer. «Commentary to Article 71». En Peter Schlechtriem y Ingebor Schwenzer. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford University Press, 2005, pp. 702-703.

fecha de cumplimiento. El derecho está sujeto a la notificación a la otra parte en un tiempo razonable;[117] y a la manifiesta previsibilidad de que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones debido: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia; o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.[118] Asimismo, no se podrá suspender si la otra parte proporciona «seguridades suficientes» de que cumplirá (artículo 71 (3), concepto de gran indeterminación.

En segundo lugar, el artículo 72 CNUCCIM establece el derecho a resolver anticipadamente el contrato cuando la existencia de un incumplimiento futuro resulte clara la existencia de un incumplimiento «esencial». No obstante, el test aplicable a la notificación es más laxo. En el caso de la suspensión la parte debía notificar «inmediatamente», mientras que, si el objetivo es la resolución, deberá comunicarlo «con antelación razonable», y siempre que «hubiere tiempo para ello» (artículo 72 (2), lo que tiene sentido, pues, en la resolución, se pretende poner fin al contrato, mientras que en la suspensión, es asegurarse de si la otra parte va a cumplir.

---

[117] La práctica ha admitido como notificación de la intención de suspender el cumplimiento la comunicación de la intención de la parte de no contribuir a los gastos de almacenamiento de las mercaderías, a pesar de que anteriormente se había comprometido a ello. Véase el Caso CLOUT 338, decidido por el Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 23 de junio de 1998. Sin embargo, los tribunales han sido más restrictivos en otros casos, como el Landgericht Stendal, (Alemania), en su decisión de 12 de octubre de 2000, donde rechazó que la falta de pago del precio constituyese una notificación válida de la intención de suspender la prestación. La consecuencia de no comunicar en un plazo razonable es la pérdida del derecho a suspender la prestación. Véase el Caso CLOUT 51, decidido por el Amtsgericht Frankfurt A.M., Alemania, 31de enero de 1991.

[118] Por ejemplo, cuando haya habido problemas en pagos anteriores, como el retraso o la falta de pago (*J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV*, Rechtbank van Koophandel Hasselt, Bélgica, 1 de marzo de 1995), o la incapacidad de una de las partes de constituir una garantía bancaria para el pago de forma correcta (Laudo arbitral VB/94124, Hungría, 17 de noviembre de 1995 (constitución de una garantía bancaria con la fecha ya vencida).

Finalmente, en materia de contratos con entregas sucesivas, el problema reside en la separación/conexión entre unas entregas y otras, que permite diversas posibilidades de resolución: cuando el incumplimiento afecte sólo a una entrega, se podrá resolver el contrato en relación con esta entrega (artículo 73 (1); cuando haga prever que existirá incumplimiento de cara al futuro, se permite la resolución *pro futuro* (artículo 73 (3); y cuando las entregas se encuentren tan estrechamente relacionadas que resulte imposible disociarlas, la CNUCCIM permite declarar resuelto todo el contrato (artículo 73 (2).

5.5. Daños y perjuicios, e intereses

a. Aspectos generales

La Convención de Viena regula la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios en los artículos 74 a 77 (el artículo 78 CNUCCIM regula la posibilidad de reclamar intereses, mientras que los artículos 79 y 80 quedan para cubrir los asuntos relativos a la exoneración de la parte incumplidora). La Convención no regula los daños y perjuicios derivados de la muerte o lesiones causadas a una persona por el defecto en la mercancía[119] ni la prueba del daño ni la compensación, cubiertas por el Derecho interno.[120] Tampoco la Convención regula la validez de las cláusulas contractuales que establecen una determinada indemnización por daños y perjuicios.[121]

Una vez recogidas las materias excluidas, corresponde hablar de principios generales: en primer lugar, la Convención adopta un modelo de responsabilidad objetiva, basado en el mero incumplimiento;[122]

---

[119] Véase *supra* § II.1.C.

[120] «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 74» A/CN.9/SER.C/ DIGEST/CISG/74, p. 5.

[121] Véase el caso CLOUT 318 [Oberlandesgericht Celle, Alemania, 2 de septiembre de 1998.

[122] Ello no ha impedido que cierta jurisprudencia, acostumbrada a su Derecho interno, haya introducido elementos de subjetividad en la determinación de la

en segundo lugar, la Convención adopta el principio de «compensación íntegra» (*full compensation*) según el cual el objetivo de la indemnización (como del sistema remedial en su conjunto) es el de situar a la parte incumplidora en la misma posición en que se encontraría de haberse cumplido el contrato,[123] lo que incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 74).

b. Límites a los daños y perjuicios

i. Exoneración

El límite más obvio a los daños y perjuicios se da en aquellos casos donde exista un impedimento para la prestación (artículo 79 CNUCCIM). Excluyéndose los daños y perjuicios, se deja abierta la puerta a la resolución contractual. El artículo 79 CNUCCIM contempla un supuesto similar al de la fuerza mayor,[124] de modo que se exige que el evento sea ajeno a la voluntad de la parte incumplidora, que tanto dicho evento como sus consecuencias sean insuperables para esta parte, y que resulte imprevisible (que no se tomase en consideración en la celebración del contrato, y no pudiese tomarse en cuenta). La Convención realiza un análisis del contrato, excluyendo los riesgos que no fueron asumidos en el momento de su celebración.[125] La casuística

---

responsabilidad. Véase el laudo de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, de 12 de abril de 2002, caso 56/1995. Ante la falta de comunicación del comprador al vendedor de la falta de conformidad de las mercaderías, procedía repartir las culpas del incumplimiento y, por tanto, la responsabilidad, algo que correspondía realizar de acuerdo con el Derecho búlgaro, y no con arreglo a la Convención, que no cubre esta materia (el tribunal finalmente acordó la división por partes iguales del 10% del precio retenido por el comprador por falta de conformidad de las mercaderías). Una aplicación correcta de la Convención habría conducido, ante la falta de notificación de la falta de conformidad, a denegar la indemnización por daños y perjuicios.

123 Illescas Ortiz y Perales Viscasillas. *Ob. cit.*, p. 224; CISG Advisory Council Opinion 6 «Calculation of Damages under CISG Article 74», §§ 1.1-1.3.

124 Véase, en este sentido, el caso CLOUT 54, Tribunale Civile di Monza, Italia, 14 de enero de 1993.

125 El Arrondissementsrechtsbank's-Hertogenbosch (Países Bajos) denegó, en el caso

muestra diversos ejemplos: actos de las autoridades públicas,[126] situaciones de emergencia[127] o incumplimiento de los proveedores (artículo 79 (2)).

No obstante, en la mayoría de los supuestos, no existirá imposibilidad, sino un incremento excepcional del coste.[128] ¿Admite la CNUCCIM la exoneración en este caso? Al hablar de «impedimento», la CNUCCIM no ayuda a esta hipótesis, lo que ha conducido a algún

---

decidido el 2 de octubre de 1998, la exoneración, por entender que la necesidad de que la leche en polvo vendida se ajustara a las regulaciones del país del comprador era una circunstancia conocida por el vendedor, que se había comprometido a proporcionar leche que cumpliera dicha regulación. Es decir, resulta una regla jurisprudencial el denegar la exoneración cuando la regulación que se alega como causa de exoneración se encontraba vigente en el momento de conclusión del contrato. Véase el caso 56/1995 de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, 24 de abril 1996 (reglamentación sobre la exportación de carbón), o Caso CLOUT 104, laudo de la Cámara de Comercio Internacional 7197, 1993 (reglamentación que suspendía el pago de deudas en el exterior).

126 En un caso, el comprador había satisfecho el pago de las mercaderías, pero, debido a la negativa de las autoridades de su país, no pudo tomar posesión de las mismas. En este caso se exoneró al comprador de los costes derivados de no hacerse cargo de la mercadería. Véase Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, 22 de enero de 1997. No obstante, se denegó la exoneración en un caso donde, debido al embargo internacional a un determinado país, el comprador no pudo obtener las mercaderías (caviar) antes de que expirara su fecha de caducidad. Caso CLOUT 163, Tribunal de Arbitraje dependiente de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, Hungría, 10 de diciembre de 1996.

127 Un vendedor que no entregó las mercaderías exigió la exoneración por causa de una interrupción de emergencia en la planta de su proveedor (el fabricante de las mercaderías). Caso CLOUT 140, Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, laudo no. 155/1994 de 16 de marzo de 1995. El tribunal se negó a otorgar la exoneración.

128 Oberlandesgericht Hamburgo (Alemania) de 4 de julio de 1997; caso CLOUT 102 Cámara de Comercio Internacional, caso 6281, 1989; caso CLOUT 277 Oberlandesgericht Hamburgo (Alemania) de 28 de febrero de 1997; caso CLOUT 166 del Schiedsgericht der Handelskammer Hamburgo, 21 de marzo, 21 de junio de 1996.

tribunal a afirmar que la Convención no se ocupa de los supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida.[129]

Fuera del artículo 79, la Convención prevé, en su artículo 80, que una parte no podrá alegar el incumplimiento de la otra cuando éste se debió a su propia conducta. A diferencia de la exoneración por circunstancias de «fuerza mayor» del artículo 79 CNUCCIM, el supuesto del artículo 80 actúa en la raíz, impidiendo «invocar» el incumplimiento, por lo que elimina la posibilidad de reclamar cualquier remedio.[130] Este precepto se ha invocado para denegar a la parte que declara su intención de no realizar entregas futuras el derecho al pago del precio,[131] o a la parte que no ha pagado el derecho a la entrega de mercaderías;[132] o cuando los costes de reparación sufridos por el comprador se debían a su negativa a permitir la subsanación por el vendedor.[133]

ii. Previsibilidad y deber de reducir la pérdida

La CNUCCIM limita la percepción de daños y perjuicios a aquellos que sean razonablemente previsibles (artículo 74 CNUCCIM). La

---

[129] Caso CLOUT 54, del Tribunale Civile di Monza (Italia) el 14 de enero de 1993. Otros, sin entrar en este debate doctrinal, se han limitado a afirmar que la fluctuación en el precio de las mercaderías es un riesgo común en el comercio internacional, que debe ser asumido por las partes (Rechtbank van Koophandel, Hasselt, Bélgica, 2 de mayo de 1995; o caso CLOUT 277 Oberlandesgericht Hamburgo (Alemania) de 28 de febrero de 1997).

[130] El artículo 80 CNUCCIM se ha alegado en supuestos de indemnización por daños y perjuicios (caso CLOUT 133, decidido por el Oberlandesgericht Munich (Alemania) el 8 de febrero de 1995); resolución contractual (Oberlandgericht Düsseldorf (Alemania) caso de 18 de noviembre de 1993), o la defensa por incumplimiento (caso CLOUT 176, decidido por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco) el 6 de febrero de 1996).

[131] Cámara de Comercio de Zurich, laudo ZHK 273/95, 31 de mayo de 1996.

[132] Caso CLOUT 273, Oberlandesgericht Munich (Alemania), 9 de julio de 1997; Caso CLOUT 166, de la Schiedsgericht der Handelskammer de Hamburgo, 21 de marzo, 21de junio de 1996.

[133] Caso CLOUT 282 Oberlandesgericht Koblenz (Alemania) 31 de junio de 1997.

previsibilidad depende, en parte, del conocimiento que tuvieran las partes en el momento de conclusión del contrato; y éste, a su vez, de la información disponible desde un punto de vista objetivo (considerando lo que una persona razonable debería saber)[134] como subjetivo (lo que la parte realmente sabía).[135] Los tribunales han entendido aplicado reiteradamente este límite, afirmando que el vendedor debe asumir el daño cuando, por ejemplo, había existido correspondencia de las partes al respecto,[136] o cuando el comprador es, a su vez, vendedor minorista, cuya intención es la de lucrarse en la reventa (lucro cesante).[137]

La Convención también limita la indemnización por daños en aquellos casos en los que el perjuicio podría haberse evitado mediante una conducta diligente a cargo del perjudicado (artículo 77 CNUCCIM). Es lo que se conoce como el deber de reducir la pérdida, o principio de reducción de la pérdida (*mitigation of damages*). Las medidas que se acogen bajo el deber de reducción de la pérdida consisten, generalmente, en la sustitución de la prestación de la parte incumplidora por la de un tercero,[138] en el recurso a otra fuente de la

---

[134] La interpretación deberá realizarse con el artículo 8 (2) CNUCCIM, sobre la base de lo que un comerciante en la situación de la parte a la que deba atribuirse el conocimiento deba saber. KNAPP, Victor «Article 74». En Cesare Massimo Bianca y Michael Joachim Bonnell. *Commentary on the International Sales Law*, *ob. cit.*, § 2.11 p. 542; SAIDOV, Djakhongir. «Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>, nota 127 y texto correspondiente.

[135] Es decir, se presumirá que la parte tiene conocimiento de todas aquellas cosas sobre las que, por ejemplo, la parte perjudicada le ha llamado la atención. SAIDOV, Djakhongir. «Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *ob. cit.*; KNAPP, Victor. «Article 74». En Cesare Massimo Bianca y Michael Joachim Bonnell. *Commentary on the International Sales Law*, *ob. cit.*, § 2.12 p. 542.

[136] Caso CLOUT 166, tribunal de arbitraje de la Cámara de comercio de Hamburgo: *Schiedsgericht der Handelskammer* Hamburgo, 21 de marzo, 21 de junio de 1996.

[137] Caso CLOUT 168, Oberlandesgericht Köln, (Alemania), 21 de marzo de 1996.

[138] Por ejemplo, en el caso CLOUT 311, decidido por el Oberlandesgericht Köln

que obtener,[139] o a quien vender las mercaderías.[140] La aplicación del deber de reducir la pérdida no es absoluta, sino gradual, de modo que la indemnización solicitada no se otorga o deniega, sino que se reducirá en la cuantía que habría podido evitarse.[141]

c. Los diversos tipos de daño indemnizable

i. Daños y perjuicios y resolución contractual. Cálculo concreto y abstracto

Del deber de reducir la pérdida se desprende que, ante un incumplimiento esencial, el perjudicado deberá resolver y realizar una transacción sustitutiva.[142] La Convención toma esta hipótesis como base para el cálculo del daño, que consistirá, en la diferencia entre el precio pactado por las partes en el contrato, y el precio de la transacción sustitutiva (artículo 75). La CNUCCIM exige que la transacción se celebre de forma y por un precio razonables. Si se ha resuelto el contrato, pero no se ha realizado transacción sustitutiva, también se aplica la regla por diferencias, sólo que entre el precio del contrato y el precio de mercado de mercaderías semejantes (artículo 76).

(Alemania) el 8 de enero de 1997, el comprador había adquirido una máquina al vendedor, el cual se negó a entregarla. El comprador contrató con un tercero la fabricación de artículos de cuero para los cuales había adquirido la máquina.

139 *Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc.*, Ontario Court of Appeal, Canadá, 26 de enero de 2000 (suscripción de contrato con un tercero proveedor, ante la incapacidad del vendedor de entregar moldes a tiempo); caso CLOUT 85 [Federal District Court, Northern District of New York, Estados Unidos, 9 de septiembre de 1994 (pagó a un tercero para que acelerase la entrega de los compresores que debían sustituir a los defectuosos).

140 Caso CLOUT 130, Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), 14 de enero de 1994; caso CLOUT 93, Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Viena, Austria, 15 junio de 1994.

141 En el caso CLOUT 474 del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, laudo 54/1999 de 24 de enero de 2000, el tribunal entendió que sólo el 50% de la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la transacción sustitutiva era indemnizable.

142 *Supra* § V.5.B.c.

ii. Daño emergente

Los supuestos de pérdidas sufridas por el perjudicado son infinitos, por lo que nos limitaremos a exponer brevemente algunos de ellos. Por un lado, fuera de los supuestos de daños a las personas, la Convención sí cubre el supuesto de daños causados por las mercaderías a otros objetos.[143] Más complejo resulta el daño derivado del perjuicio a la reputación o la clientela; que si bien ha sido admitido por algunos tribunales,[144] ha sido rechazado por otros.[145]

Menos problemática resulta la indemnización por los gastos incurridos: inspección, almacenamiento y conservación de mercaderías no conformes,[146] gastos de envío de mercaderías sustitutivas y reparación de las mercaderías,[147] obtención de créditos,[148] etc. El problema existe

---

[143] Caso CLOUT 196, Handelsgericht des Kantons Zürich (Suiza) 26 abril 1995 (daños a una casa por depósito de agua).

[144] Helsingin hoviokeus, (Finlandia) 26 de octubre de 2000; caso CLOUT 331 decisión del Handelsgericht des Kantons Zürich (Suiza) de 10 de febrero de 1999; caso CLOUT 313, decisión de la Cour d'appel Grenoble (Francia) de 21 de octubre de 1999; caso CLOUT 210, decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de junio de 1997.

[145] La dificultad para probar daños y perjuicios de naturaleza comercial ha supuesto hace que la indemnización se haya denegado en la mayoría de los casos. Véase Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, en su laudo 304/93, de 3 de marzo de 1995 (consideró que el daño moral no da lugar a la indemnización con arreglo a la Convención); caso CLOUT 313, decisión de la Cour d'appel Grenoble (Francia) de 21 de octubre de 1999; o caso CLOUT 210, decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de junio de 1997.

[146] Laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Suecia, 1998, (examen y almacenamiento); caso CLOUT 138 de la Federal Court of Appeals for the Second Circuit (Estados Unidos), 6 de diciembre de 1995 (almacenamiento); caso CLOUT 304 laudo arbitral del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional 7531, 1994 (conservación).

[147] Caso CLOUT 138, Federal Court of Appeals, Second Circuit (Estados Unidos), 6 de diciembre de 1995.

[148] Caso CLOUT 304, laudo arbitral. Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional 7531, 1994.

con los gastos de gestión de cobro y asistencia letrada.[149] Parecen admitirse en tanto los costes se hayan incurrido fuera del proceso judicial.[150] Si se trata de costas, algunos tribunales tienden a pensar que su reclamación es materia de Derecho procesal, no sustantivo y, por tanto, no cubierta por la CNUCCIM.[151]

Finalmente, en materia de fluctuaciones del tipo de cambio, existe división en la jurisprudencia: algunos tribunales han otorgado indemnización por fluctuación del tipo de cambio o, incluso, por la inflación,[152] y otros se han negado.[153]

iii. Lucro cesante

El lucro cesante resulta problemático. Al promoverse las transacciones de reemplazo[154] resulta difícil reclamar el beneficio esperado en la

---

[149] A favor: Caso CLOUT 327, decidido por el Kantonsgericht des Kantons Zug (Suiza) el 25 de febrero de 1999; en contra: caso CLOUT 228, decidido por el Oberlandesgericht Rostock (Alemania) el 27 de julio de 1995 (la Convención no prevé los gastos en que haya incurrido la agencia de cobro de deudas).

[150] Caso CLOUT 254 Handelsgericht des Kantons Aargau (Suiza), 19 de diciembre de 1997; caso CLOUT 169 Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), de 11 de julio de 1996 (recordatorio).

[151] *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co., Inc.* Federal Court of Appeals for the Seventh Circuit, Estados Unidos, 19 de noviembre de 2002. No obstante, a favor de su concesión por el artículo 74 ver caso CLOUT 301 laudo de la Cámara de Comercio Internacional 7585, 1992.

[152] *Gruppo IMAR S.p.A. v. Protech Horst BV*, Arrondissementsrechtbank Roermond, Países Bajos, 6 de mayo de 1993; *Maglificio Dalmine s.l.r. v. S.C. Covires* Tribunal commercial de Bruselas, Bélgica, 13 de noviembre de 1992 (revalorización de la indemnización con arreglo a la ley italiana, para reflejar el costo de la vida). A favor de esta posibilidad, véase también CISG Advisory Council Opinion 6 «Calculation of Damages under CISG Article 74», §§ 3.5-3.9.

[153] Caso CLOUT 130, Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) 14 de enero de 1994; caso CLOUT 214 Handelsgericht des Kantons Zürich (Suiza), 5 de febrero de 1997.

[154] *Supra* § V.5.B.c.

reventa,[155] o la mera pérdida de oportunidad negocial[156] (puede oponerse que la parte podría haber acudido al mercado). En segundo lugar, encontramos el problema de la prueba y de la previsibilidad por la parte incumplidora.[157] Todo ello dificulta supuestos como el de la pérdida de volumen de ventas, donde el vendedor posee mayor capacidad productiva que la demanda que recibe, por lo que no existe la posibilidad de reducir la pérdida[158] con una transacción sustitutiva (la siguiente transacción realizada después de la que se cancela no es sustitutiva, se habría realizado de todos modos), y se reclama el margen de beneficio de la transacción celebrada, pues una vez cancelado el contrato, se ha perdido definitivamente una venta, ni más ni menos.[159] Los tribunales han dudado antes de admitir la posibilidad,[160] si bien se debe probar que el vendedor tenía capacidad para cumplir ambas transacciones.[161]

---

155 Será más frecuente que el tribunal otorgue la diferencia entre el precio del contrato y el valor de mercado de las mercaderías. Caso CLOUT 130 Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) 14 de enero de 1994.

156 En este caso, la dificultad adicional estriba en que lo que existe no es una certeza, sino una probabilidad de ganancia, lo que resulta claramente contradictorio con la necesidad de probar con certeza los daños. Véase CISG Advisory Council Opinion 6 «Calculation of Damages under CISG Article 74», §§ 3.15-3.16.

157 Algunos tribunales han denegado o reducido la indemnización cuando la prueba no era lo suficientemente satisfactoria (caso CLOUT 85, Federal District Court, Northern District of New York, Estados Unidos, 9 de septiembre de 1994) o, incluso, cuando la parte incumplidora no se encontraba al corriente de las condiciones del contrato entre el comprador y su cliente (caso CLOUT 476 Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, laudo 406/1998 de 6 de junio de 2000).

158 SAIDOV. *Ob. cit*.

159 Véase la explicación contenida en la Opinión del Consejo Asesor de la Convención. CISG Advisory Council Opinion 6 «Calculation of Damages under CISG Article 74», §§ 3.20-3.22.

160 Caso CLOUT 427, del Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco) 28 de abril de 2000; caso CLOUT 217 Handelsgreicht des Kantons Aargau (Suiza), 26 de septiembre de 1997.

161 El tribunal denegó la indemnización por no haberse demostrado este extremo en el caso *Bielloni Castello v. EGO*, decidido por el Tribunale di Milano (Italia) el 26 de enero de 1995.

d. Los intereses en la Convención de Viena

Si la parte incumplidora no satisface el precio, u otra suma, el artículo 78 CNUCCIM permite reclamar intereses sobre ella, intereses que se devengan desde que la suma resulte debida,[162] y con independencia del perjuicio real sufrido.[163]

Los intereses son compatibles con los daños y perjuicios (el artículo 78 CNUCCIM dice: «*sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios*...»).[164] Asimismo, la referencia a los intereses sobre «cualquier otra suma adeudada» incluye la posibilidad de reclamar intereses sobre los daños y perjuicios.[165]

Finalmente, la cuestión más controvertida se refiere al tipo de interés aplicable. Si las partes pactan un determinado tipo de interés, éste sería el aplicable.[166] No obstante, la Convención no tiene regla expresa en defecto de pacto. Se ha afirmado que ello es porque la cuestión se encuentra fuera del ámbito de la Convención, por lo que el tipo de interés debe determinarse con arreglo al Derecho interno.[167] No obstante, una postura extendida es la de entender que se trata de una materia cubierta, pero no resuelta, por la Convención, por lo que debe resolverse con arreglo a sus principios generales. En este punto, hay varias posibilidades. Algunos tribunales han tratado de determinar el

---

[162] No es necesaria intimación alguna por parte del perjudicado. Véase Tribunal commercial de Namur (Bélgica), 15 de enero de 2002; Handelsgreicht des Kantons Aargau (Suiza) 26 de septiembre de 1997.

[163] Caso CLOUT 79, decidido por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Alemania), el 18 de enero de 1994.

[164] Caso CLOUT 248, decidido por el Schweizerisches Bundesgericht (Suiza), el 28 de octubre de 1998; caso CLOUT 104, laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional 7197, 1993.

[165] Caso CLOUT 214, Handelsgericht des Kantons Zürich (Suiza) 5 de febrero de 1997.

[166] Landgericht Kassel (Alemania) 22 de junio de 1995.

[167] Amtsgericht Riedlingen (Alemania) 21 de octubre de 1994; Amtsgericht Riedlingen (Alemania) el 21 de octubre de 1994.

tipo de interés con arreglo a los usos aplicables.[168] Otros, con el principio de «compensación íntegra» (*full compensation*) entienden que, el tipo de interés debe determinarse con arreglo al derecho del acreedor.[169] Otros han entendido que debe aplicarse un tipo de interés «comercialmente razonable», como el LIBOR.[170] Otros se han remitido al tipo de interés con arreglo a los Principios de UNIDROIT (por entender que los principios inspiradores son los mismos que los de la Convención de Viena).[171]

---

[168] Casos CLOUT 93 y 94, ambos laudos arbitrales decididos por la Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Viena) el 15 de junio de 1994.

[169] Si el propósito es situar al acreedor en la misma posición que si el contrato se hubiese cumplido, el tipo aplicable deberá ser aquél al cual el acreedor debería haberse endeudado para suplir la falta de fondos derivada del impago del deudor. Caso CLOUT 303, laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional 7331, 1994.

[170] Laudo arbitral de la Corte de Arbitraje de la CCI 8908.

[171] En los casos CLOUT 93 y 94 (laudos arbitrales de la Cámara de comercio de Viena), *supra* § II.2.A, el tribunal arbitral afirmó que la solución alcanzada mediante el recurso a los usos (artículo 9 (1) CNUCCIM) habría sido el mismo de haberse aplicado los Principios de UNIDROIT.

La regulación Jurídica Internacional

Dra. Belén Trigo García

La regulación jurídica internacional de la contratación de bienes y servicios

Belén Trigo García

Sumario: 1. Comercio internacional y regulación jurídica internacional. Delimitación de la materia.— 2. Regulación internacional y comercio internacional.

1. Comercio internacional y regulación jurídica internacional. Delimitación de la materia

El título que encabeza este trabajo ha eludido, conscientemente, la expresión comercio internacional, pese a ser el *letiv motiv* de este libro colectivo; la pretensión es evitar equívocos. En efecto, no se trata de ofrecer una panorámica acerca del derecho del comercio internacional de bienes y servicios, sino que se centrará en un aspecto concreto: el derecho material que regula la contratación de bienes y servicios a nivel internacional. No obstante, con carácter introductorio y a efectos de delimitar la materia objeto de estudio, resulta conveniente incluir algunas consideraciones generales sobre el comercio internacional.

Obviamente, la expresión *comercio internacional* hace referencia a operaciones de comercio en las que se advierte un carácter internacional. Esta nota internacional puede derivar bien de su relación con varios Estados, o bien de su papel en las relaciones económicas internacionales; en este último caso, a su vez, han de considerarse, de una parte, las relaciones entre varios Estados; de otra, las relaciones transnacionales entre individuos o entidades.[1]

---

[1] Véase Galgano, F. y F. Marrella. *Diritto del commerzio internazionale*. Segunda edición. Padova: CEDAM, 2007, pp. 15 y 16-21.

Estamos, por tanto, ante una compleja realidad económica, territorial, social, política y, por supuesto, también jurídica. Desde el punto de vista jurídico, no puede defenderse —al menos de momento— la existencia del derecho del comercio internacional como una disciplina autónoma. Más bien, se trata de una regulación interdisciplinaria, reflejo de los distintos actores e intereses en juego. Tampoco cabe pensar en una regulación del comercio internacional como un cuerpo normativo cerrado ni siquiera mínimamente estructurado. No obstante, sí puede apreciarse una unidad imperfecta sobre su objeto y una especificidad de los problemas que regula.[2]

En primer lugar, ha de considerarse la relación entre regulación internacional y comercio internacional. En segundo lugar, cabe cuestionarse la frecuente identificación entre comercio y relaciones jurídicas entre profesionales. En tercer lugar, hemos de preguntarnos qué tipo de normas forman parte de la regulación jurídica internacional. Finalmente, se suscita la cuestión de cuál es la finalidad y contenido de estas normas.

Tradicionalmente, la preocupación por el comercio internacional remite al derecho internacional, público y privado, y al derecho mercantil. Estas tres aproximaciones siguen vigentes y constituyen tres elementos relevantes en la construcción del derecho del comercio internacional. Así, resultan de interés las reglas que rigen las relaciones entre Estados —así desde la perspectiva de Estados importadores y exportadores— y en relación con las organizaciones intergubernamentales en materia de comercio. Tratándose de relaciones entre particulares, nos interesan, de una parte, las reglas que rigen las relaciones entre comerciantes; y, de otra, los criterios para la determinación de la jurisdicción competente y de la legislación aplicable.

No obstante, la evolución de las circunstancias económicas y jurídicas, lleva a introducir alguna precisión.[3] En primer lugar, ha de tenerse

---

[2] JACQUET, Jean-Michel, Philippe DELEBECQUE y Sabine CORNELOUP. *Droit du commerce international*. París: Dalloz, 2007. Véase pp. 9 y ss.

[3] Véase CHUAH, J. C. T. *Law of Internacional Trade*. Segunda edición. Londres:

en cuenta la importancia del transporte transfronterizo de mercancías en el comercio internacional. En segundo lugar, los acuerdos celebrados con las compañías aseguradoras para proteger las mercancías en caso de pérdida o daño ocupan un plano complementario, pero esencial. En tercer lugar, el estudio del comercio internacional debe prestar atención a los acuerdos financieros con bancos y entidades financieras y a los mecanismos de pago transnacionales.[4] En cuarto lugar, se presta especial atención a los mecanismos para la resolución extrajudicial de conflictos, con la finalidad de evitar los costes judiciales.[5]

Como se aprecia, hasta el momento se ha hecho sólo referencia al comercio de bienes y productos. En efecto, este era el objeto casi exclusivo del comercio tradicional hasta hace relativamente poco tiempo. No obstante, es preciso destacar la creciente importancia de la prestación transfronteriza de servicios.[6] A ello ha contribuido el extraordinario desarrollo del sector servicios o sector terciario en los últimos años, junto con la mejora e incremento del uso de medios de transporte y medios de comunicación a distancia en el contexto de la globalización.[7] Al respecto, merece la pena destacar el auge actual del comercio electrónico.

Sweet & Maxwell, 2001, p. 1; GOURIN, P.A., G. PEYRARD y N. SOUBEYRAND. *Droit du commerce international*. Cuarta edición. París: L.G.D.J., 2008, pp. 211 y 281 y ss.; JACQUES, J.M.; DLEBECQUE, P.; CORNELOUP, S. *Ob. cit.*, pp. 85 y ss.

4 LOWENFELD, A.F. *International Economic Law*. Segunda edición. Oxford University Press, 2008, pp. 3 y ss. Por su parte, GALGANO, F. y F. MARRELLA. *Ob. cit.*, pp. 1-7, señalan como característica de la sociedad post-industrial la sofisticación, complejidad e interrelación de los mercados financieros.

5 Véase la página web de la Cámara de Comercio Internacional, <http://www.iccwbo.org>.

6 No obstante, ha de reconocerse que, hasta el momento, la compraventa de mercancías constituye la figura central de la contratación internacional [véase CAMPUZANO DÍAZ, B. «La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías». En *Estudio de su aplicación, de sus relaciones de conflicto y la Nueva Lex mercatoria*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2005, p. 21].

7 Respecto de la tensión entre soberanía de los países y globalización a propósito del comercio internacional, véase GOURIN, P.A., G. PEYRARD y N. SOUBEYRAND.

Permítaseme aprovechar la mención del comercio electrónico para insistir en la necesidad de cambiar la perspectiva al analizar el estado del comercio electrónico. Al respecto, hay autores que todavía destacan entre los problemas planteados por el comercio internacional de servicios el desplazamiento sea del prestatario, sea del cliente, junto con el eventual desplazamiento de los bienes o del capital.[8] Precisamente, el recurso a los modernos medios de comunicación a distancia permite no sólo la contratación a distancia de servicios, sino también, en ocasiones, la ejecución a distancia de la prestación.

A la vista de esta tendencia, el fomento y la regulación de la prestación transfronteriza de servicios empieza a tomar cuerpo en instrumentos normativos. Ejemplo de ello es la Directiva n.º 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.[9] En mi opinión, el ejemplo resulta ilustrativo de cómo, en la medida en que los acuerdos regionales de integración económica vayan asentándose y profundizando en sus objetivos, se pasará de promover la libre circulación de mercancías y capitales a facilitar, además, la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento.[10]

Ob. cit., pp. 103 y ss. Ha de tenerse en cuenta el aumento de la interdependencia económica y de la organización de los mercados desde el final de la Primera Guerra Mundial, y el modo en que la globalización ha incidido en esta circunstancia.

8 JACQUES, J.M., P. DLEBECQUE y S. CORNELOUP. *Ob. cit.*, pp. 195-196.

9 DOUE, 27/12/2006, L n.º 376, p. 36.

10 Propiamente, cabría distinguir entre negocios transnacionales y comercio internacional. Al respecto, la dinámica propia de integración responde al hecho de que al fomentar el tráfico económico se tiende a la armonización del derecho patrimonial privado. El modelo es la Unión Europea. Su experiencia ilustra bien las dificultades, dudas y desafíos que implica este tipo de procesos. Empieza a ser relevante la armonización jurídica privada en la etapa del mercado común, tras la eliminación de aranceles aduaneros (zona de libre comercio) y del establecimiento de un arancel exterior común (Unión aduanera); las siguientes etapas pasarían por la constitución de una unión económica para finalizar con la integración global.

Como señala la Directiva n.º 2006/123/CE en sus considerandos,[11] la prestación de servicios profesionales no sólo está llamada a ser un motor importante para el crecimiento económico y la creación de empleo; se trata, además, de un sector donde juega un papel importante la innovación, muy dinámico, y especialmente sensible a los cambios sociales; al respecto, cabe mencionar el alto grado de incorporación de la mujer a este dominio. Desde el punto de vista de los consumidores, la expansión y generalización del comercio internacional de servicios debe llevar aparejada una ampliación de la oferta disponible, con una extensa variedad de servicios ofertados y, es de suponer, a menores precios.[12]

---

[11] Sobre esta directiva pueden verse, entre otros, D'ACUNTO, S. «Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points». *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2, 2007, pp. 261-327; PEGLOW, K. «La libre prestation de services dans la directive 2006/123/CE. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant». *Revue trimestrielle de droit europeen*, vol. 44, 1, 2008, pp. 67-118; SERRANO OLIVARES, R. «La directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y su impacto en el mercado de trabajo nacional y europeo». *Cuadernos de derecho judicial*, 23, 2006, pp. 475-547; SEGARRA ORTIZ, M. «La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: pautas de actuación futura». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2008, 14 (número monográfico dedicado a la directiva relativa a los servicios en el mercado interior), pp. 11-20; LINDE PANIAGUA, E. «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *ob. cit.*, pp. 35-46; LINDE PANIAGUA, E. «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *ob. cit.*, pp. 83-101; MONTERO PASCUAL, J.J. «La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *ob. cit.*, pp. 103-115; PÉREZ DE LAS HERAS, B. «Los derechos de los destinatarios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *ob. cit.*, pp. 117-134; MARTÍN MARTÍNEZ, M.M. «En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein». *Ob. cit.*, pp. 135-147.

[12] En efecto, la finalidad de las normas de comercio internacional es regular y favorecer esta actividad no sólo en interés de los operadores económicos, sino también considerando intereses generales, como la protección de los consumidores, la protección medioambiental o la sostenibilidad (JACQUES, DLEBECQUE y CORNELOUP. *Ob. cit.*, pp. 65 y ss.).

2. Regulación internacional y comercio internacional

De acuerdo con lo apuntado en el epígrafe precedente, las normas por considerar respecto del comercio internacional pueden tener distintas procedencias y distinto contenido. Respecto del origen, tenemos, de una parte, normas internas de los Estados relativas al comercio internacional, es decir, normas estatales que regulan unilateralmente su comercio exterior; de otra, acuerdos entre Estados y normas procedentes de entidades supranacionales y organismos internacionales. A su vez, en el comercio internacional cobran singular relevancia los derechos y obligaciones contractuales estipuladas entre las partes.

Los modestos y parciales resultados cosechados hasta el momento por la uniformización de naturaleza sustantiva hacen que el derecho internacional privado siga desempeñando un papel importante en la regulación de los negocios jurídicos internacionales. De una parte, dada la necesidad de cubrir las lagunas que ofrece el derecho uniforme y resolver las situaciones en las que se producen insalvables divergencias interpretativas de dicho derecho por parte de los operadores jurídicos de los diversos Estados; de otra parte, han de considerarse los problemas derivados de las materias objeto de unificación excluidas del texto uniforme que deben ser resueltas a partir de las normas del derecho internacional privado del foro, en tanto que no existan en la materia normas de conflicto uniforme. De lo anterior se concluye que el derecho uniforme no sustituye por completo las normas de conflicto, sino que éstas tienen un carácter complementario.[13]

A su vez, cabe hablar de la unificación del derecho internacional privado, normalmente, a través del instrumento del convenio internacional. Este proceso tiende a la elaboración de normas que, limitándose a designar la ley aplicable a una determinada relación jurídica

---

[13] Fernández Rozas, J.C. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2004, pp. 445-446.

conectada a dos o más ordenamientos jurídicos, son aceptadas por una comunidad de Estados.

La ventaja de seguridad jurídica de estas normas uniformes resulta evidente, dado que los criterios de conexión aplicados para determinar la ley aplicable no dependerán del Estado del foro. Precisamente, en relación con la unificación del derecho material, la unificación conflictual resulta menos controvertida y ofrece mayor facilidad negociadora con vistas a la consecución de un convenio. En primer lugar, la unificación conflictual respeta las diferencias conceptuales y metodológicas existentes entre las distintas legislaciones. En segundo lugar, se presupone una mayor disponibilidad a modificar sus normas internas de derecho internacional privado que de derecho sustantivo.

No obstante, no debe exagerarse el carácter neutro de las normas de conflicto. Al contrario, estos criterios suelen responder a intereses concretos de los Estados. De ahí la negativa de determinados Estados a incorporar textos internacionales que no reflejen adecuadamente sus intereses o, lo que viene a ser lo mismo, los de sus empresas nacionales. En otras ocasiones, la consecución del necesario consenso internacional tiende a acentuar el carácter conservador de las normas de conflicto de base internacional. Estas consideraciones explican que la unificación conflictual se haya centrado especialmente en cuestiones de carácter no patrimonial.[14]

Como se señaló, este trabajo va a centrarse en las normas internacionales, sin entrar en el estudio de las estructuras que organizan los intercambios internacionales.[15]

---

[14] Fernández Rozas, J. C. *Ius mercatorum*, pp. 446-447.

[15] Véase Gourin, Peyrard y Soubeyrand. *Ob. cit.*, pp. 21 y ss. Al respecto, pueden tenerse en cuenta algunas direcciones de interés: The ASIL Guide to Electronic Resorces for Internacional Law American Society of Internacional Law <http://www.asil.org/resorce/Home.htm/> ONU <http://www.un.org/> UNCITRAL <http://www.uncitral.org/en-index.htm>; UNCTAD <http://www.unctad.org;> OMC <http://www.wto.org>; FMI <http://www.imf.org>; OCSE <htpp://www.oecd.org>.

Es necesario insistir en la necesidad de una normativa apropiada para el comercio internacional ante las dificultades y costes que suscita el contexto heterogéneo en que se mueve esta actividad y la inseguridad jurídica.[16] No obstante, la tensión entre derecho nacional y derecho uniforme internacional ha constituido una traba importante a su desarrollo.

Los principales textos de derecho uniforme relativos al comercio internacional son objeto de otros trabajos incluidos en esta obra colectiva. De ahí que se centre la atención en la *lex mercatoria*. De forma parecida a lo antes expuesto en relación con el derecho internacional privado, también el carácter fragmentario y no coordinado de las iniciativas tendentes a la armonización del derecho de los contratos internacionales subraya la importancia y vitalidad de las normas consuetudinarias internacionales.[17]

Las normas consuetudinarias son, por su propio origen, extraestatales, basadas en la práctica efectiva y repetida de una determinada conducta. La costumbre como norma jurídica se excluye en determinados sectores del ordenamiento jurídico (así el derecho penal) y es discutida en otros.[18] Ahora bien, suele destacarse su importancia y vigencia en el ámbito del comercio internacional.

Al respecto, cabe recordar, de una parte, que el derecho mercantil tuvo un origen corporativo basado en los usos del comercio; de otra, su inicial vocación internacional, como derecho uniforme. En aquel momento histórico, la Edad Media, no se había consolidado todavía la organización estatal y existía en Europa un referente común *(ius commune)*

---

16 CAMPUZANO DÍAZ. *Ob. cit.*, pp. 22-24.

17 FONTAINE, M. «L'Harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle». En *Les grandes clauses des contracts internationaux*. Bruxelles, 11 et 12 de mars 2005, 55 Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruylant. Bruxelles, 2005, pp. 1-15.

18 Véase GARCÍA RUBIO, Mª P. *Introducción al Derecho civil*. Barcelona: Cálamo, 2002, pp. 97-100.

que no daba respuesta a las necesidades prácticas del comercio internacional.

Existe la tentación de establecer comparaciones y paralelismos entre aquella situación y la realidad actual del comercio internacional. Se habla así de prácticas y figuras comerciales habituales en el tráfico, pero no contempladas en las legislaciones nacionales, así como del todavía acusado particularismo jurídico de los Estados que supone un obstáculo a los intercambios transfronterizos.[19]

En efecto, el afán sistemático característico del desarrollo legislativo del siglo XIX propicia una acusada especialización de las disciplinas jurídicas, lo que en el ámbito privado se va a traducir en la codificación separada de la materia civil y de la materia mercantil. Ello da lugar a una nacionalización de las normas mercantiles —no debe olvidarse de que la codificación camina de la mano de la nueva realidad política que surgió de la Revolución Francesa y dio pie a los Estados en su sentido moderno—.[20]

Como alternativa a las reglamentaciones nacionales ha de contarse, entonces, con los usos del comercio de carácter internacional en un doble sentido: internacionales por su ámbito de aplicación e internacionales por la el objeto: el comercio internacional.

A la importancia actual de los usos del comercio internacional contribuyen, de una parte, las organizaciones supraestatales que impulsan y controlan la creación de un derecho uniforme del comercio internacional; de otra, la resistencia de los Estados a ceder competencias

---

19 FERNÁNDEZ ROZAS. *Ius mercatorum*. *Ob. cit.*, pp. 437-438.

20 Véase GARCÍA RUBIO. *Ob. cit.*, pp. 26-27, quien resalta la nota de unificación del derecho nacional como instrumento para lograr, entre otros objetivos, la unidad económica de los mercados nacionales. No debe desconocerse la tendencia en los modernos códigos a la unificación del derecho privado, *v. gr*. Código civil italiano de 1942. Ahora bien, esta tendencia acentúa el carácter nacional de las normas dedicadas al comercio.

y la asunción de compromisos internacionales que afecten a su soberanía subrayan la necesidad y relevancia de estos usos del comercio. También destaca su flexibilidad para adaptarse a las nuevas circunstancias y el carácter específico de los distintos sectores del comercio internacional, vinculado al carácter profesional, en la mayoría de los casos, de las operaciones de comercio internacional.[21]

Manifestaciones del *ius mercatorum* son las cláusulas de estilo, los contratos tipo o contratos modelos,[22] y los códigos de conducta.[23] Igualmente, deben mencionarse los Incoterms *(Internacional Commercial Terms)* términos de la contratación, elaborados en el seno de la Cámara de Comercio Internacional de París y que permiten eliminar o reducir la incertidumbre en cuanto a las diferentes interpretaciones de estos términos en los distintos países, pues es frecuente que las partes de un contrato ignoren las diferencias existentes en las prácticas comerciales de sus respectivos países.[24]

Estos se presentan como complementarios a la Convención de Viena dada la parquedad de la regulación sobre la materia en dicho documento. La finalidad es determinar de la manera más conveniente sus intereses en cuestiones relevantes como el modo de transmisión del riesgo, la imposición de determinadas obligaciones que concurren en el contrato de compraventa internacional (trámites aduaneros, transporte, seguros, etc.).

Ahora bien, estos términos tienen su origen en la iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional de París, que los introdujo en el año 1936. Desde entonces, han sido objeto de revisión en seis ocasiones.

---

21 FERNÁNDEZ ROZAS. *Ius mercatorum*. *Ob. cit.*, p. 439.

22 Este arquetipo se diferencia de los contratos de adhesión tradicionales en los que existe tan sólo la propuesta de una de las partes contratantes, que ejerce como parte fuerte de la relación contractual en cuanto predisponente.

23 GALGANO y MARRELLA. *Ob. cit.*, pp. 288 y ss.

24 ÁVILA DE LA TORRE, A. e I. MORALEJO MENÉNDEZ, I. *Lecciones de Derecho de los contratos en el comercio internacional*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, pp. 95 y ss.

De acuerdo con su última versión (2000), contamos con 13 Incoterms que pueden agruparse en diferentes categorías en función de los riesgos y deberes que asume el transportista; igualmente, ha de señalarse que algunas se refieren al transporte polivalente, mientras que otras son propias del transporte marítimo o terrestre). Se ordenan siguiendo el recorrido ideal entre el establecimiento del vendedor/exportador (lugar de recepción) y el establecimiento del comprador/importador (lugar de destino).[25]

Por último, ha de señalarse que la autorregulación no sólo cubre los vacíos normativos, sino que da lugar a la creación de nuevas figuras contractuales. Quizá sea en el comercio internacional donde el contrato desempeña con mayor vigor su papel como instrumento de innovación jurídica.[26]

---

[25] Dentro de la necesidad de adaptación a las nuevas necesidades del tráfico internacional, la Cámara de Comercio internacional ha elaborado cláusulas contractuales específicas para el comercio electrónico *e-terms* 2004.

[26] GALGANO y MARRELLA. *Ob. cit.*, pp. 7-10.

Derecho Internacional Económico y
de las Inversiones Internacionales
se terminó de imprimir en el mes de
noviembre del 2009, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220 Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, Telefax: 444-2007
Lima 33, Perú