

EL INSTRUMENTO DE DEFENSA COMERCIAL COMUNITARIO TRAS LA CONCLUSION DE LOS ACUERDOS DE LA RONDA URUGUAY

(La posición de los sujetos de derecho privado
ante la regulación del comercio internacional)

Por CARMEN OTERO GARCIA-CASTRILLON (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA TÉCNICA DE ACTUACIÓN COMERCIAL «DEFENSIVA».—III. LA REGULACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL TRAS LA CREACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO.—IV. ANTECEDENTES: A) *La Sección 301 de la Ley de Comercio estadounidense*. B) *El Reglamento 2641/84 sobre el fortalecimiento de la política comercial común en particular en materia de defensa contra prácticas comerciales ilícitas*: 1. Nacimiento. 2. Configuración y aplicación. V. EL REGLAMENTO 3286/94 SOBRE EL ASEGURAMIENTO DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD EN VIRTUD DE LAS NORMAS COMERCIALES INTERNACIONALES, PARTICULARMENTE LAS ESTABLECIDAS BAJO LOS AUSPICIOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La *deslealtad* de las prácticas comerciales, consentidas o desarrolladas por terceros países, consideradas como atentatorias contra los derechos de los Estados en el marco internacional, ha constituido el principal

(*) Doctor en Derecho. Ll. M. Derecho del Comercio Exterior de la Comunidad Europea, Universidad de Amsterdam.

argumento para justificar la adopción *unilateral* de medidas comerciales en las últimas décadas. Con el fin de identificar tales prácticas, de valorar su «deslealtad» y, finalmente, de adotar las medidas pertinentes para defenderse frente a ellas, la Comunidad Europea, siguiendo la línea establecida por los Estados Unidos con la Sección 301 de la Ley Arancelaria de 1974, adoptó el Reglamento 2641/84 de 17 de Septiembre.

Uno de los principales elementos que conviene destacar en este tipo de instrumento es el importante papel asignado a los sujetos de derecho privado en la identificación y denuncia de tales conductas, lo que implica el definitivo reconocimiento de su protagonismo en la ordenación de las relaciones comerciales internacionales (por otra parte enraizado en la historia de los tradicionales Convenios de Industria, Comercio y Navegación) (1).

La deslealtad en el comercio internacional es un argumento que, fuera de los casos regulados internacionalmente desde hace tiempo, como el *dumping* y las subvenciones (2), surge de las grandes divergencias normativas entre las legislaciones nacionales ordenadoras de aspectos que inciden necesariamente en la realización de operaciones de tráfico comercial externo en un contexto de creciente *interdependencia económica*. Es evidente que en un entorno normativo diverso resulta complejo calificar de modo unívoco lo que sea «deslealtad» comercial. Tan es así, que, en palabras de Kaufmann, «la deslealtad era y sigue siendo un estándar jurídico-moral de la idea de justicia que tiene el juez» (3). De ahí que, en

(1) Si bien los sujetos de los Convenios de Industria Comercio y Navegación son necesariamente los Estados, sus destinatarios resultan ser los particulares en diversas materias (derechos de carácter personal y económico), siendo en consecuencia considerados como verdaderos convenios de extranjería. La extranjería, una de cuyas primeras manifestaciones se produce en el ámbito del comercio transfronterizo, constituye el elemento de base para la aplicación de las técnicas y procedimientos de reglamentación del Derecho Internacional Privado.

(2) Ambos aspectos estaban contemplados en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT-47), de 30 de Octubre de 1947, *BOE* de 28 de Enero de 1964, contando, además, con Códigos especiales; el Código *Antidumping*, aparecido en la Ronda Kennedy (1967) fue modificado en la Ronda Tokio (1979), mientras que el Código Antisubvenciones fue un producto original de esta misma ronda de negociaciones comerciales multilaterales.

(3) KAUFMANN, P. J.: *Passing Off and Missappropriation. An Economic and Legal Analysis of the Law of Unfair Competition in the U.S. and Continental Europe*. Max Plank Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law. Munich, 1986. p. 8.

base al argumento de la deslealtad comercial y recurriendo a la actuación unilateral mediante la amenaza de adopción de *reprisalias cruzadas*, los Estados económicamente dominantes lograrán imponer determinados estándares de conducta a países generalmente menos desarrollados.

Este tipo de política comercial, conocida bajo el sobrenombre de *unilateralismo agresivo* y amparada en instrumentos legales para la «defensa» comercial, a la par que presenta ciertas dudas sobre su legalidad, resulta poco respetuosa con la Comunidad Internacional. Los Acuerdos de la *Ronda Uruguay* constituyen por su *carácter multilateral* la estructura ideal, y más segura, para el establecimiento de estándares comunes en los ámbitos relacionados con el comercio. Además, la existencia de un *mecanismo de solución de controversias* garantiza la ecuanimidad en la respuesta a las diferencias que surjan en su aplicación entre los Estados Contratantes.

La firma de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, sin precluir definitivamente el recurso al unilateralismo agresivo, no sólo ha propiciado la adopción de cambios normativos en los instrumentos utilizados para la defensa comercial unilateral, sino que también amplía los supuestos en los que la «deslealtad» consistirá en la violación de una norma internacional. El propósito de este artículo es analizar la nueva configuración del instrumento comunitario de defensa comercial, el Reglamento 3286/94 de 22 de diciembre, y observar como en el nuevo marco ordenador de las relaciones comerciales internacionales, centrado en la Organización Mundial del Comercio (OMC), este tipo de instrumento refuerza la posición de los sujetos de derecho privado ante la regulación internacional. Con este fin, no podemos perder de vista los antecedentes del propio Reglamento y el estudio de la práctica comunitaria en el ámbito de la política comercial.

II. LA TÉCNICA DE ACTUACIÓN COMERCIAL «DEFENSIVA»

A falta de expresa regulación internacional y ante la creciente interdependencia económica, la fórmula para lograr que un tercer Estado acepte y asuma estándares de conducta en materias relacionadas con el comercio pasa por la celebración de consultas bilaterales en las que el tercer Estado en cuestión se encuentre de algún modo compelido a alcanzar un acuerdo (4).

(4) SYKES, A. O.: «Constructive Unilateral Threats in International Economic Relations: The Limited Case for Section 301». *Law & Pol'y. Int'l. Buss.* vol. 23 n.º 2. 1992. pp. 268, 282.

Como instrumento de presión, la adopción de represalias comerciales, generalmente cruzadas (esto es, producidas en ámbitos materiales distintos de aquel en el que se busca la modificación de estándares de conducta, y que van desde la retirada de preferencias comerciales establecidas en favor de países en desarrollo hasta la imposición de restricciones cuantitativas o el incremento de los niveles arancelarios), no suele llegar a ser necesaria. La mera amenaza es suficiente para obtener los resultados apetecidos. Las autoridades extranjeras se ven presionadas de forma que, tras mantener conversaciones con la administración reclamante, modifican su conducta «voluntariamente» ya sea mediante la firma de un acuerdo o de modo unilateral.

Esta técnica comercial responde a la estrategia llamada del «palo y la zanahoria», y refleja de modo directo el engarce entre la política y la regulación del comercio internacional. No cabe duda de que los distintos intereses privados (consumidores, productores, distribuidores) y los públicos, pueden encontrarse en una situación de tensión en tanto el «palo» de las represalias perjudica siempre al Estado que las impone aunque sea en un sector distinto a aquel en cuyo favor se colocó la «zanahoria» de las ventajas comerciales que se conservarán o adquirirán al modificar la conducta considerada desleal. Sin embargo, y recurriendo a las palabras del Consejo de la Comunidad Europea «los instrumentos de protección comercial, en particular respecto a las prácticas comerciales desleales, son el complemento indispensable de un mercado abierto y de un sistema comercial justo» (5).

La utilización de esta técnica está prevista tanto para los casos de violación de norma internacional (mayoritariamente de carácter convencional) como para las situaciones de falta de norma internacional que vincule a los Estados. En el primer caso, en el que puede hablarse sin reparo de la existencia de una práctica comercial ilícita o de la violación de derechos de un Estado, el Derecho Internacional (el tratado en cuestión) fija los límites de la licitud de las medidas que puedan ser adoptadas. A falta de tratado internacional específico, casos en los que se habla tanto de «deslealtad» como de la necesidad de defensa de los derechos comerciales de los Estados, las represalias cruzadas no constituyen en sí mismas violación del Derecho Internacional ya que no existe una obligación general de actuar exclusivamente en contra de un Estado que ha infringido un acuerdo internacional o cualquier otra norma internacional que le vincule.

(5) Considerando del Reglamento 522/94 de 7 de Marzo relativo a la agilización de los procedimientos de toma de decisiones para los instrumentos comunitarios de protección comercial, que modifica los Reglamentos 2423/88 y 2641/84, *DOCE* (1994) L 66/10.

Aunque la técnica comercial defensiva descrita puede articularse tanto frente a las importaciones como a las prácticas que afectan a las exportaciones, resulta especialmente eficaz para la protección de estas últimas y de la posición de las empresas nacionales en terceros mercados. Esta circunstancia se infiere tanto de la existencia de instrumentos normativos específicos para la defensa frente al *dumping* y las subvenciones, prácticas clásicas de deslealtad en la importación, como de la práctica estadounidense y comunitaria. En definitiva, la vía del unilateralismo agresivo se utiliza fundamentalmente para abrir nuevos mercados en favor de las empresas nacionales.

Por otra parte, no puede negarse que la práctica del unilateralismo agresivo durante las últimas décadas y el temor a su futura utilización, ha favorecido la adopción de acuerdos comerciales en el marco de la Ronda Uruguay y fomenta la firma de nuevos acuerdos en materias todavía carentes de armonización internacional. Esta técnica comercial, que tiene como objetivo «incentivar» a terceros países al desarrollo de normativas y prácticas comerciales leales, ha demostrado su eficacia destacando, fundamentalmente, su carácter intimidatorio y disuasorio.

III. LA REGULACION DEL COMERCIO INTERNACIONAL TRAS LA CREACION DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO

Como resultado de la última ronda de negociaciones comerciales multilaterales celebrada en el seno del GATT, la Ronda Uruguay (6), se ha producido un salto cualitativo y cuantitativo importante en la ordenación internacional de las relaciones comerciales.

Cuantitativamente puede señalarse el gran número de materias tratadas. Algunas regresan a la disciplina GATT en base a acuerdos específicos tras largos años de contar con regímenes diferenciados [agricultura (7),

(6) Declaración de Punta del Este, Uruguay, de 20 de Septiembre de 1986. GATT Doc. No. MIN. DEC. Las negociaciones concluyeron el 15 de Abril de 1994 con la firma de los Acuerdos en Marrakesh. *BOE* n.º 20 de 24 de Enero de 1995.

(7) Acuerdo sobre Agricultura. Anexo I.A; Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías. Con anterioridad el comercio internacional de productos agrícolas, salvo los productos tropicales, estuvo desde antiguo excepcionado de la aplicación del régimen general del GATT en virtud de la cláusula de anterioridad, llamada cláusula del abuelo, y de las *waivers*.

textiles (8)]. Otras, por el contrario, se incorporan a la reglamentación del comercio internacional mediante el establecimiento de estándares normativos comunes [propiedad intelectual (9), servicios (10), inversiones (11)].

Cualitativamente cabe observar no sólo la mayor precisión y desarrollo de las normas de los respectivos Acuerdos, sino, sobre todo, la creación de una estructura institucional constitutiva de una Organización Mundial del Comercio prácticamente omnicompreensiva, que vigila las políticas comerciales de sus miembros (12) y cuenta con un mecanismo obligatorio (y agilizado respecto al del GATT-47) de solución de controversias para la resolución de las diferencias surgidas entre los miembros en la aplicación de los Acuerdos (13).

Este nuevo contexto internacional reduce los ámbitos materiales en los que la falta o la escasez de disciplina internacional favorecían el recurso a argumentos de deslealtad en el comercio. Además, tras la celebración de un procedimiento de arreglo de controversias entre las partes, sólo la OMC puede autorizar la lícita adopción de represalias comerciales cruzadas en los ámbitos regulados. Como consecuencia, se reducen las posibilidades de recurrir lícitamente al unilateralismo agresivo para lograr los resultados apetecidos.

Aun así, no puede decirse que los instrumentos comerciales destina-

(8) Acuerdo sobre los textiles y el vestido. Anexo 1.A. Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías. Desde 1974 el comercio de productos textiles se regía por el Acuerdo Multifibras, consistente en la fijación de cuotas de importación bilateralmente para períodos de 4 o 5 años.

(9) Anexo 1.C. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Anteriormente la regulación internacional sustantiva de esta materia se centraba en convenios específicos no directamente relacionados con la regulación del comercio.

(10) Anexo 1.B. Acuerdo general sobre el comercio de servicios. Anteriormente esta materia se regulaba ocasionalmente en convenios comerciales de carácter bilateral.

(11) Anexo 1.A. Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio. Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías. Anteriormente las normas internacionales en materia de inversiones se limitaban a establecer garantías para las inversiones extranjeras y procedimientos de arreglo de diferencias en asuntos relacionados con inversiones extranjeras.

(12) Mecanismo de examen de las políticas comerciales. Anexo 3.

(13) Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Anexo 2.

dos a la puesta en práctica de esta técnica de política comercial hayan perdido toda posibilidad de ser utilizados con este fin en tanto todavía existen materias y sectores en los que la disciplina internacional no existe [defensa de la competencia (14)] o es escasa [servicios (15), medio ambiente (16), trabajo (17)] (18).

Por lo demás, la ampliación de los ámbitos y de las normas comerciales internacionales así como la existencia de un mecanismo de solución de controversias, hacen que el interés de estos instrumentos se cifre cada vez más en la posición otorgada a los sujetos de derecho privado en el control de las relaciones comerciales internacionales, en tanto, como veremos, están legitimados para reclamar la intervención de las autoridades nacionales aduciendo la violación por un tercer Estado de una norma comercial internacional, y, en esta situación, aunque no imposible, parece difícil que los intereses políticos del Estado sean esgrimidos para frenar la actuación internacional correspondiente.

(14) Los acuerdos internacionales en esta materia (Guía para las Empresas Multinacionales de la OCDE, Doc. 21 (76) 04/1; Código de la UNCTAD de 2 de Mayo de 1980 sobre prácticas restrictivas de la competencia, UN Doc. TD/RBP/CONF 710, GA Res. 35/63 de 5 de Diciembre de 1980) no son vinculantes. En los últimos años se estudia la conveniencia de elaborar un conjunto normativo ordenador de la competencia que se integre como acuerdo en el seno de la OMC. International Antitrust Code Working Group (DREXL, J.; FICKENTSCHER, W.; FOX, E. M.; HEINEMANN, A.; IMENGA, U.; KUNZ HALLSTEIN, H. P.; PETERSMANN, E. U.; SXHULUEP, W. R.; SHODA, A.; SOLTYSINSKY, S. J. y SULLIVAN, L. A.) *Draft international Antitrust Code as a GATT-MTO Plurilateral Trade Agreement*, Published and released in Germany on July 10th. 1993).

(15) Se negocia la firma de un acuerdo en telecomunicaciones y se confía en la profundización de los acuerdos en materia de servicios financieros. En todo caso las revisiones del Acuerdo GATS, que constituye tan sólo el marco de acción, están previstas en distintos aspectos.

(16) En el ámbito del medio ambiente los Acuerdos de Río de Janeiro no tratan directamente incidencias comerciales. Sin perjuicio de la existencia en los Acuerdos de Marrakesh de referencias vagas al medio ambiente, y de la excepcionalización del régimen general del GATT-94 por esta causa en virtud del artículo XX, los Estados signatarios encargaron al Comité preparatorio de la OMC la creación de un comité *ad hoc* para el estudio de las relaciones entre comercio y medio ambiente.

(17) Los acuerdos firmados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no permiten señalar la existencia de una reglamentación internacional con incidencia en la ordenación de las relaciones comerciales.

(18) En general véase BRITTAN, L.: «Los retos de la Política Comercial Común». ICE. n.º 744-745. 1995. pp. 14-15.

IV. ANTECEDENTES

La primera formulación del instrumento comunitario para la defensa comercial se consolidó, tras un período preparatorio relativamente largo, con la adopción del Reglamento 2641 en 1984. Esta norma tiene su antecedente inmediato en la legislación de los Estados Unidos, concretamente en la Sección 301 de la Ley de Comercio de 1974. Los rasgos fundamentales de ambos instrumentos serán descritos a continuación con el fin de observar las diferencias que los separan a la par que se indican las deficiencias que el Reglamento 2641/84 mostró al ser aplicado.

A) LA SECCIÓN 301 DE LA LEY DE COMERCIO ESTADOUNIDENSE (19)

Esta Sección se incorpora a la Ley de Comercio de 1974 con el fin de agilizar la intervención de la administración estadounidense en el ámbito comercial. Con anterioridad, todos los poderes de actuación estaban en manos del Presidente que, por razones políticas, no solía hacer uso de su autoridad (20). Los poderes en este ámbito han ido concentrándose progresivamente en manos del Representante Comercial de los Estados Unidos —*United States Trade Representative*—. Tras las modificaciones introducidas en 1988, es posible diferenciar tres variedades de la Sección: la Sección 301 especial (21), para los casos que afecten a los derechos de propiedad intelectual, la Sección 301 de telecomunicaciones (22), y la Super 301 (23), para la identificación de las prioridades de negociaciones de liberalización comercial.

Sin perjuicio de la iniciación a instancia del interesado, que no habrá de probar la existencia de perjuicio, y de la importante colaboración prestada por los sujetos de derecho privado, la administración estadounidense

(19) Aparece en la Ley de 1974, modificada en 1979, Pub. L. n.º 96-39 * 901, 93 Stat. 144 (1979); y en Pub. L. n.º 100-418, 102 Stat. 1107 (1988). La última modificación se produce como consecuencia de la firma de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, Pub. L. n.º 103-465 (1994).

(20) YAMBRUSIC, E. S.: *Trade Based Approaches to the Protection of Intellectual Property*. Oceana. New York. 1992. p. 28.

(21) 1303, 19 USC * 2413.

(22) 1371, 19 USC * 3101.

(23) 1302, USC * 2412.

inicia (24) un procedimiento en virtud de esta Sección cuando las prácticas de terceros Estados pueden ser tachadas de desleales, no razonables o injustas. La vigilancia y control sobre la iniciativa recae así sobre la misma autoridad de la que trae causa.

El procedimiento disfruta de unos plazos de actuación, en general se prolongan hasta 12 ó 18 meses para casos excepcionales, que a veces han de ser obviados con el propósito de respetar la duración de los procedimientos internacionales de arreglo de controversias en los casos en los que las prácticas comerciales perseguidas constituyan una violación de acuerdo internacional.

Las decisiones adoptadas, que en todo caso habrán de tener presente los intereses estadounidenses, además de estar sujetas a una eventual apelación judicial (25), pueden ser vetadas por el Presidente de los Estados Unidos en atención a los intereses nacionales en un plazo de 60 días.

Esta Sección, en sus diferentes variedades, ha sido utilizada muy frecuentemente por la administración estadounidense que la considera instrumento fundamental en la defensa de los «derechos» de su país a la par que necesaria para la apertura de mercados (26). Sin embargo, para terceros Estados, la Sección 301 y el abundante uso que se ha hecho de ella, ha constituido una amenaza a las relaciones internacionales. En todo caso, no cabe duda de que el uso que los Estados Unidos han hecho de este instrumento y el temor que ha provocado ha incidido en la incorporación de diferentes materias a una disciplina internacional multilateralmente acordada en el seno de la Ronda Uruguay. Los diferentes acuerdos alcanzados son unánimemente bienvenidos aunque sólo fuera como freno a la actuación unilateral estadounidense.

(24) En los casos de propiedad intelectual la actuación de la administración es obligatoria (sólo se suaviza por la introducción de una «lista de observación»).

(25) Título 28 USC * 1295 (a) (1). La apelación a la *Court of Appeals for the Federal District*, se ve condicionada por la arbitrariedad en el señalamiento de los intereses nacionales. LEIRER, W. W.: «Retaliatory Action in US and EU Trade Law: A Comparison of Section 301 of the Trade Act of 1974 and Council Regulation 2641/84». *N.C.J.Int'l. L. & Com. Reg.* vol. 20. 1994. p.65.

(26) BELLO, J. H.: «Section 301: The United States Response to Latinoamerican Trade Barriers Involving Intellectual Property». *Interamerican L. Rev.* vol. 21 n.º 2. pp. 495-496.

B) EL REGLAMENTO 2641/84 SOBRE EL FORTALECIMIENTO
DE LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN EN PARTICULAR
EN MATERIA DE DEFENSA CONTRA PRÁCTICAS COMERCIALES ILÍCITAS,
DE 17 DE SEPTIEMBRE (27)

A continuación intentaremos mostrar cómo la aparición del Reglamento 2641/84 no fue el resultado de un convencimiento generalizado entre los Estados miembros de la conveniencia de su existencia, sino más bien la consecuencia de una conciliación de intereses. Además, observaremos las características del instrumento y las deficiencias que presentó en su escasa pero eficiente aplicación en la que las situaciones de deslealtad han sido mayoritariamente referidas a la violación de una norma internacional.

1. *Nacimiento*

En 1964 la Comisión y el Consejo debatieron el establecimiento de una serie de principios comunes y un procedimiento comunitario para hacer frente a ciertas prácticas comerciales de terceros Estados (28). La idea sólo reapareció en el Informe WELSH en 1980, en el que se señalaba que la

(27) Reglamento 2641/84 de 17 de Septiembre, *DOCE* (1984) L 252/1, modificado por Reglamento 522/94 de 7 de marzo relativo a la agilización de los procedimientos de toma de decisiones para los instrumentos comunitarios de protección comercial, *DOCE* (1994) L 66/10. Véase, ARNOLD, M. B. I. y BRONKERS, M. E. J.: «The EEC New Trade Policy Instrument: Some Comments on its Application». *JWT*. vol 22 n.º 6. 1988. pp. 21-30. BOURGEOIS, J.: «EC Rules Against Illicit Trade Practices: Policy Cosmetics or International Law Enforcement?». *Annual Proceedings Fordham Corporate Law Institute*. 1988. pp. 6.1-6.54. BUXTON DEVINE, M.: «The Application of EEC Regulation 2641/84 on Illicit Commercial Practices with Special Reference to the USA». *Int'l. Law*. vol 22 n.º 4. 1988. pp. 1091-1135. CASTILLO DE LA TORRE, F.: «The EEC New Instrument of Trade Policy: Some Comments in the Light of the Latest Developments». *C.M.L. Rev.* vol 30 n.º 4. 1993. pp. 687-719. DENTON, R.: «The New Commercial Policy Instrument and AKZO vs Dupont». *Eur. Law Rev.* vol 3. 1988. pp. 3-27. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: «Configuración y Puesta en Práctica del Nuevo Instrumento de Política comercial; El Reglamento 2641/84 de 17 de Septiembre». *RFDUCM*. n.º 81. 1993. pp. 235-260. SCHINEVELD, F.: «The European Community Reaction to the «Illicit» Commercial Trade Practices of Other Countries». *JWT*. vol 26 n.º 2. 1992. pp. 17-34. STEEMBERG, J.: «The New Commercial Policy Instrument». *C.M.L. Rev.* 1985. pp. 241-439.

(28) EC Bull. n.º 1. 1964.

intervención comunitaria no podía verse limitada a los casos de *dumping* y subvenciones (29).

En 1982 el gobierno francés dirigió un Memorándum a la Comisión señalando la utilidad de la adopción de un instrumento comunitario semejante a la Sección 301 de la Ley de Comercio estadounidense (30). En este sentido el Consejo Europeo de Junio de 1982 se concluyó que «era de la máxima importancia: ... b) asegurar que la Comunidad, al dirigir su política comercial, actúe con tanta rapidez y eficacia como los Estados con los que mantiene relaciones» (31). Aunque la Comisión se mostró en principio reacia al desarrollo de un nuevo conjunto normativo, en 1983 presentó el proyecto de Reglamento estableciendo un nuevo instrumento de política comercial (32).

Los gobiernos de Alemania, Dinamarca y Holanda se opusieron en un primer momento considerando este instrumento como innecesario (cualquier medida de carácter comercial puede y debe ser adoptada conforme al procedimiento del artículo 113 del Tratado de Roma) y potencialmente proteccionista. Sin embargo, y como consecuencia de la aprobación de un paquete de medidas en las que se equilibraban las opiniones de los distintos Estados miembros (Francia accedió a la adopción de quince Directivas sobre la eliminación de los obstáculos técnicos al comercio en el mercado común), el Reglamento fue adoptado por mayoría cualificada, con el voto en contra de Alemania, el 17 de Septiembre de 1984.

2. Configuración y aplicación

El Reglamento 2641/84 sobre el fortalecimiento de la política comercial común en particular en materia de defensa contra prácticas comerciales ilícitas, conocido como el Nuevo Instrumento de Política Comercial, inició el camino comunitario hacia la defensa frente a prácticas comerciales «desleales» de terceros países, fuera del ámbito del *dumping* y las subvenciones, inspirándose en la Sección 301 del Acta de Comercio estadounidense.

(29) Comité de Relaciones Económicas Exteriores, Eur. Parl. Doc., 422/81.

(30) Memorandum on the Strengthening the Instruments on the Common Commercial Policies, EC Bull. n.º 4. 1982, apoyado por una resolución del Parlamento Europeo, DOCE (1982) C 11/37.

(31) Consejo Europeo de Bruselas, EC Bull. n.º 6. 1982.

(32) COM (83) 87. DOCE (1983) C 83/6.

El Reglamento, en una línea muy respetuosa con la legalidad internacional y evitando el recurso a la expresión «deslealtad en el comercio», tenía como principal objetivo la apertura de los mercados de terceros países para los sectores económicos comunitarios. Con este fin, establecía dos procedimientos, en esencia paralelos, destinados a 1. responder contra cualquier *práctica comercial ilícita* con el fin de evitar el perjuicio que de ella pudiera derivarse (Vía A), y 2. garantizar el pleno ejercicio de los *derechos de la Comunidad* respecto a las prácticas comerciales de terceros países (Vía B).

La legitimación activa correspondía en el primer caso tanto a «sectores económicos comunitarios» como a los Estados miembros. En el segundo sólo estos últimos podían iniciar una acción. Aunque nada se dice expresamente, y la Sección 301 permite la iniciación de oficio, es razonable pensar que la Comisión no está autorizada para iniciar de *motu proprio* ninguno de los procedimientos (33). Los Estados miembros no han hecho uso de este instrumento. Los pocos casos que existen fueron planteados por sujetos de derecho privado, y con ocasión de los mismos, fue posible constatar algunas deficiencias y límites del instrumento.

Las prácticas comerciales ilícitas eran definidas en el artículo 2.1 como «todas las prácticas atribuibles a un tercer país que sean incompatibles, en materia de comercio internacional, con el Derecho Internacional o con las normas generalmente admitidas». La ambigüedad de la expresión «*normas generalmente admitidas*», ha sido interpretada en el sentido de incluir no sólo la llamada *soft law*, sino también los casos en los que, aun no existiendo violación de norma internacional, se considera que el comportamiento de un Estado es desleal o injusto por no respetar, ya sea directamente o mediante la tolerancia en su territorio (34), ciertas reglas de conducta generalmente admitidas que él mismo no ha aceptado.

(33) Aunque en base al artículo 113 del TCE la Comisión puede presentar propuestas al Consejo, en el instrumento comercial que analizamos, la Comisión misma es responsable de la decisión del inicio del procedimiento. Así, admitir la iniciación a instancia de la Comisión significaría que, tras someter la cuestión al Comité Consultivo cuya opinión no tiene carácter vinculante (*véase supra*), el procedimiento podría iniciarse, por lo tanto, sin ningún tipo de control. La referencia de la práctica en la aplicación de los Reglamentos *antidumping* y *antisubvenciones* confirman la aproximación adoptada en este punto.

(34) La práctica no ha de ser necesariamente desarrollada por la administración del Estado. Anuncio de apertura de un procedimiento de investigación relativo a una práctica comercial ilícita, en virtud de lo dispuesto en el Reglamento 2641/84, con-

Las reclamaciones habían de ser planteadas ante la Comisión por una «industria comunitaria» acreditando suficientemente haber sufrido perjuicio actual o potencial. A pesar de que los criterios establecidos en el artículo 2.4 para la determinación de la existencia de una industria comunitaria conducían a negar tal condición a empresas individualmente consideradas, y que tanto el citado precepto como el precepto destinado a señalar los criterios indicadores de la existencia de perjuicio [artículo 8] impedían que las empresas de servicios reclamaran la aplicación del Reglamento, la práctica, yendo más allá de la legalidad establecida, se ajustó a la finalidad y lógica del instrumento permitiendo reclamaciones presentadas por una sola empresa (35) y por empresas de servicios comunitarias (36).

Parece ser que la industria comunitaria no se define en todo caso en atención al criterio de nacionalidad, sino en relación a la existencia de instalaciones en el territorio comunitario. No obstante, si atendemos a la práctica en materia de *antidumping*, la nacionalidad puede ser el único elemento tenido en consideración a los efectos de aceptar la existencia de una industria comunitaria mediante la instrumentalización de las normas de origen cuando, siendo el capital comunitario, la producción se localiza fuera del territorio de los Estados miembros (37).

sistente en reproducciones piratas de grabaciones de sonido comunitarias en Tailandia, *DOCE* (1991) C 189/26. Anuncio de apertura de un procedimiento antiprácticas comerciales ilícitas relativo a la reproducción no autorizada en Indonesia de soportes de sonido pregrabados, *DOCE* (1987) C 136/3.

(35) Aviso de la iniciación de un procedimiento de investigación en relación a prácticas comerciales prohibidas con arreglo al Reglamento 2641/84, que consisten en la exclusión del mercado estadounidense de la importación no autorizada de determinada fibra arámdica fabricada por AKZO, N. V. o por sus sociedades filiales fuera de los Estados Unidos, *DOCE* (1986) C 25/2. La reclamación fue presentada sólo por AKZO, si bien es cierto que se trataba del único productor comunitario. Decisión 89/74 de la Comisión por la que se rechaza la queja presentada por la Sociedad *Smith Kline and French Laboratories Limited* contra Jordania con arreglo a lo dispuesto por el Reglamento 2641/84, *DOCE* (1988) L 30/6. El hecho de que el reclamante fuera una sola empresa no tuvo incidencia alguna en el rechazo de la queja.

(36) Anuncio de un procedimiento de examen referente a la práctica comercial ilícita a los efectos del Reglamento 2641/84 que consiste en la imposición por parte de Japón de una tasa o derecho portuario que se utiliza para la creación de un fondo de gestión de puertos, *DOCE* (1991) C 40/10. La reclamación fue presentada por la Asociación Comunitaria de Propietarios de Buques (ECSA).

(37) GARCÍA LÓPEZ, J. A.: *La crisis del Sistema GATT y el Derecho Antidumping Comunitario*. Colex. Madrid. 1992. pp. 170-171.

El perjuicio en cuestión había de ser sufrido por la industria comunitaria *en la Comunidad* y no en terceros mercados. Sin embargo, la flexibilidad en la interpretación del perjuicio sufrido en la Comunidad permitió actuar en casos en los que la industria comunitaria se veía afectada en el extranjero, como en el caso de la Asociación Comunitaria de Propietarios de Buques (ECSA) afectada en Japón por la imposición de una tasa o derecho portuario (38), y los presentados en primer lugar por la Asociación de afiliados a la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI) frente a Indonesia, y más tarde por su oficina europea frente a Tailandia (39), con motivo de la reproducción de discos en ambos países en base a la deficiente regulación sobre la protección de los derechos de autor.

En el caso de violaciones de normas de tratados internacionales cabe plantearse situaciones en las que, siendo firmantes los Estados miembros, la Comunidad no sea parte. En las reclamaciones planteadas por IFPI y por *Smith Kline* la Comunidad no era parte de los tratados internacionales cuya violación se alegaba, el Convenio de Berna y el Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial. No obstante, todos los Estados miembros son signatarios de ambos tratados y la Comunidad tiene estatus de observador en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (40), que gestiona la aplicación de los mismos, por lo que no se suscitaron problemas en relación a este punto.

En el procedimiento hay que destacar la presencia constante de dos elementos. Por un lado el llamado Comité Consultivo establecido en el artículo 5 incorpora la participación de los Estados miembros a la adopción de decisiones. Aunque sus opiniones no tienen carácter vinculante, teniendo en cuenta que en él están representados los Estados miembros y que el mecanismo de guillotina queda disponible para ellos respecto a las decisiones finalmente adoptadas por la Comisión, resulta conveniente prestar atención a sus observaciones. Por otra parte, la consideración de los intereses comunitarios [artículos 6.1 para la apertura de la investigación, 9.1 para la conclusión, y 10 para la adopción de medidas, y, aunque no expresamente previsto, también en el caso de la suspensión del procedi-

(38) *infra* nota n.º 36.

(39) *infra* nota n.º 34.

(40) Canje de notas entre la Comisión y la OMPI, de 14 de Julio de 1977.

miento (41)] permiten un gran margen de discrecionalidad a la Comisión, que determinará su contenido en base a la situación política y económica. Ambos elementos moderan y controlan recíprocamente la intervención de las instituciones comunitarias.

En cuanto a la posición de los sujetos de derecho privado hay que señalar que si bien el Reglamento les permite disfrutar de un mecanismo articulado para plantear quejas y defender sus intereses comerciales internacionales, no es menos cierto que, en lo que respecta al control de posibles arbitrariedades de la propia Comunidad, la situación no es sustancialmente mejor que con el tradicional método internacionalista de defensa, la protección diplomática. Esto es así en tanto que, aunque disfrutan de la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea las decisiones adoptadas por el Consejo o la Comisión (42), el Tribunal no puede entrar a hacer valoraciones de los «intereses comunitarios» en la acción. Su labor se limita en todo caso al control y vigilancia del estricto respeto a la legalidad (43).

El procedimiento consiste en la realización de una investigación durante la que la Comisión recaba toda la información necesaria [artículo 6]. En cuanto a su organización, el Reglamento tan sólo dicta líneas orien-

(41) Decisión 87/553, *DOCE* (1987) L 355/22. La Comisión consideró conveniente en interés de la Comunidad, conceder a las autoridades indonesias un plazo razonable para adoptar medidas destinadas a reforzar la protección de los derechos de autor para sus nacionales y extenderla a los extranjeros. Lo mismo ocurrió en la Decisión 92/169, en el caso de la imposición en Japón de una tasa o derecho portuario, *DOCE* (1992) L 74/47. La suspensión tiene así como objeto y efecto la concesión de un plazo al Estado infractor para modificar su conducta antes de llegar a la adopción de medidas comunitarias.

(42) El Tribunal admitirá a trámite las acciones contra el rechazo de la reclamación, *infra* nota n.º 44, pero no contra su admisión y el correspondiente inicio de la investigación. También son admisibles las acciones contra las decisiones relativas a la adopción de medidas comerciales y a la conclusión del procedimiento. En cuanto a las decisiones que establecen el recurso al procedimiento internacional de arreglo de controversias, al no ser decisiones finales que afecten a las partes, no están abiertas a revisión judicial.

(43) El Tribunal tiene limitado el control sobre la existencia o inexistencia de motivos para decidir del modo en que se hizo. El rechazo de la reclamación presentada por FEDIOL, no publicado en el *DOCE*, fue recurrido ante el TJCE Asunto 70/8, Sentencia de 22 de junio de 1989. El recurso fue admitido en base a los derechos específicos reconocidos al reclamante por el Reglamento 2641/84, no obstante, no se estimó puesto que no se apreciaba infracción alguna de los preceptos del GATT.

tadoras, como la posibilidad de mantener conversaciones bilaterales con el Estado afectado. Estas conversaciones se convierten en el aspecto más destacado de la investigación de tal modo que, en la mayoría de los casos, termina por acordarse una solución que será adoptada bien unilateralmente por el tercer país o mediante la firma de un acuerdo internacional. Si la práctica comercial ilícita de referencia consiste en la infracción de una norma internacional para la que se cuenta con un procedimiento de solución de controversias, la vía internacional ha de ser agotada antes de decidir la adopción de represalias comerciales. Ésto no impide que el mero hecho del inicio del procedimiento o de la investigación sea el aliciente necesario para la modificación unilateral de la conducta del país afectado, evitándose entonces el recurso al mecanismo internacional de arreglo de diferencias.

En este sentido, constituía una demora innecesaria la nueva celebración de consultas bilaterales impuestas por el mecanismo internacional de solución de controversias cuando éstas ya habían sido celebradas sin éxito durante el procedimiento comunitario. En tanto desde la Comunidad es imposible la homologación de las consultas comunitarias para el procedimiento internacional, el procedimiento comunitario había de ser modificado. La reforma introducida en el primer párrafo del artículo 10 (44) fue destinada a eliminar esta deficiencia mediante la supresión de la investigación cuando de la situación de hecho y de derecho se infiera que el procedimiento de examen comunitario no es necesario. En la práctica ésto sólo sucederá cuando sea evidente la existencia de una violación de norma internacional en el marco de un acuerdo dotado de mecanismo de solución de controversias, procediéndose entonces a iniciar directamente la acción que corresponda siempre que convenga a los intereses comunitarios.

El Reglamento establecía una serie de plazos para la admisión de la reclamación [45 días, o 60 en casos excepcionales; artículo 6.8], así como para la realización de la investigación y la adopción de decisiones [5 o 7 en casos excepcionales, meses, artículo 6.9], y la utilización del «mecanismo de guillotina» por parte de los Estados miembros respecto a las decisiones finales de la Comisión [10 días desde la adopción de la decisión por la Comisión, habiendo de pronunciarse el Consejo en un plazo de 30 días, artículo 12]. En relación a la investigación, la práctica muestra como los plazos han sido excedidos en varias ocasiones, bien sin más

(44) Artículo 2 (3) del Reglamento 522/94, *infra* nota n.º 5.

explicación (45), bien recurriendo a la prórroga o a la suspensión de los procedimientos (46).

Terminada la investigación, podía decidirse la conclusión o la continuación del procedimiento. La *conclusión* del procedimiento se produce bien por la falta de necesidad o interés comunitario en adoptar medidas, bien por la satisfactoria actitud del país afectado (47). En el segundo caso, aunque el procedimiento hubiera concluido, la Comisión asumía la vigilancia de la adaptación del comportamiento del tercer país a lo acordado, pudiendo llegar a la adopción de medidas en caso de incumplimiento [artículo 9.2 b y c], con lo cual, pese a haber «concluido» el procedimiento, en realidad no puede decirse que hubiese llegado a su término. La *continuación* del procedimiento implica la iniciación de acciones ante una instancia internacional (48) o la adopción de medidas comerciales.

Las injustificables (49) diferencias, teniendo en cuenta la presencia constante de los intereses comunitarios y la disponibilidad del mecanis-

(45) En el caso AKZO el inicio de la investigación fue decidido el 9 de Diciembre de 1985, *DOCE* (1986) C 25/2 y la decisión de la Comisión de recurrir a un procedimiento internacional de arreglo de controversias fue adoptada el 12 de Marzo de 1987, (*supra* nota n.º 48) así el plazo máximo de 7 meses fue excedido con creces.

(46) En el caso ECESA c. Japón la Comisión decidió en interés de la Comunidad la prórroga del procedimiento más allá del plazo permitido sin fijar una fecha límite, *DOCE* (1991) C 287/5. La investigación se prolongó hasta que en marzo de 1992 la Comisión decidió la suspensión del procedimiento, *DOCE* (1992) L 74/47.

(47) Las decisiones de suspensión [caso IFPI, *DOCE* (1987) L 355/22, y ECESA, *DOCE* (1992) L 74/47] y prórroga [caso ECESA, *DOCE* (1991) C 287/5] tienen como fin conceder tiempo a los países afectados para lograr la modificación unilateral de la conducta del tercer país. Aunque para la conclusión del caso IFPI fue necesaria la firma de un acuerdo (*véase supra*) la terminación definitiva del segundo se produjo con el sólo cambio de la actitud japonesa, *DOCE* (1993) L 166/45. El caso relativo a la reproducción no autorizada en Tailandia de grabaciones de sonido comunitarias, también llegó a solucionarse por esta vía durante la vigencia del nuevo Reglamento, por lo que, de conformidad con la terminología de éste, se trata de un supuesto de suspensión del procedimiento, *supra* nota n.º 63.

(48) En la práctica esto sólo ha sucedido en la Decisión 87/251 de la Comisión sobre la apertura de un procedimiento internacional de consulta y arbitraje en relación con la medida adoptada por los Estados Unidos de América de prohibir las importaciones de determinadas fibras arámidas en dicho país (caso AKZO), *DOCE* (1987) L 117/18.

(49) Estas diferencias tan sólo se explicaban por la voluntad de los Estados miembros de no ampliar la autoridad decisoria de la Comisión.

mo de guillotina, en el señalamiento de competencias decisorias entre las instituciones comunitarias según se tratara de la existencia de una práctica comercial ilícita o de la defensa de un derecho comunitario (Vías A y B), desaparecieron tras la modificación de 1994 (50). La Comisión tenía atribuidas competencias para decidir en los casos de conclusión por falta de necesidad o interés comunitario [artículos 9.1 y 12], y en los supuestos de continuación por iniciación de acciones internacionales [artículo 11.2 (51)]. El Consejo había de decidir la continuación con motivo de la adopción de medidas comerciales por mayoría de dos tercios [artículo 11.2.b)].

El supuesto más frecuente, esto es, que el tercer país se avenga a conformarse con las expectativas de la Comunidad, no ha dejado de plantear ciertas dificultades de índole decisoria. Aunque la competencia es atribuida a la Comisión (52) y existe el mecanismo de guillotina ante el Consejo que puede cambiar el sentido de la misma por una mayoría de dos tercios, es posible que la solución exija la firma de un acuerdo internacional para lo que, según establece el artículo 228 del Tratado de Roma, el Consejo es la única institución competente. Parece ser que la participación de los representantes de los Estados miembros en el Comité Consultivo y la preceptiva consulta a éste antes de de la adopción de cualquier decisión, permiten a la Comisión, al aplicar el Reglamento, la conclusión de un Convenio sin la expresa autorización del Consejo en base a que los miembros de éste son también representantes de los Estados miembros (53). En este caso, la posterior utilización del mecanismo de guillotina podría conducir a la denuncia del Convenio sin que el tercer país en cuestión estuviera protegido en principio por las normas internacionales sobre Derecho de los Tratados, en tanto la incompeten-

(50) Artículo 2 (4) Reglamento 522/94, *infra* nota n.º 5.

(51) La modificación introducida en 1994 tiene tan sólo carácter formal.

(52) La utilización del verbo «podrá» en el artículo 9 del Reglamento llevó a ELHERMANN, C. D.: «Application of GATT Rules in the European Communities», en PETERSMANN, E. U. y HILF, M.: *The European Community and GATT. Studies in Transnational Economic Law*. Kluwer. Deventer. 1986. p. 131, a afirmar que el Consejo también es competente en este ámbito. Sin embargo, sólo la Comisión ha adoptado decisiones.

(53) Así sucedió en el caso IFPI c. Indonesia en el que se realizó un canje de notas entre el embajador de Indonesia en la Comunidad y el Comisario comunitario de Relaciones Exteriores, Comunicado de prensa de 27 de abril de 1988, IP 88/249.

cia de la Comisión para la firma de este tipo de Acuerdos es bien conocida (54).

Tras la aprobación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, la Comunidad inició rápidamente la adaptación de sus instrumentos comerciales a la nueva situación internacional. En este contexto se enmarca la derogación del Reglamento 2641/84 por el Reglamento 3286/94 que, manteniendo sin cambios sustanciales los procedimientos que aquel estableció, no sólo amplía las posibilidades de actuación de la Comunidad en el terreno comercial sino que también contribuye a corregir algunas deficiencias observadas en el planteamiento original.

V. EL REGLAMENTO 3286/94 SOBRE EL ASEGURAMIENTO DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD EN VIRTUD DE LAS NORMAS COMERCIALES INTERNACIONALES, PARTICULARMENTE LAS ESTABLECIDAS BAJO LOS AUSPICIOS DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, DE 22 DE DICIEMBRE (55)

La derogación del Reglamento 2641/84 y la promulgación en su lugar del Reglamento 3286/94, se ha explicado por la firma de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. No obstante, como constataremos, el Reglamento 3286/94

(54) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados 23 de mayo de 1969, *BOE* n.º 142 de 13 de junio de 1980. El artículo 8 señala que «un acto relativo a la celebración de un Tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin al Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado». No obstante, el artículo 7 al señalar quienes están habilitados para manifestar el consentimiento de los Estados para obligarse por un tratado internacional, indica en su apartado 1 (b) la aceptación del consentimiento manifestado por una persona «si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes».

(55) Reglamento 3286/94 de 22 de diciembre, *DOCE* (1994) L 349, modificado por el Reglamento 356/95 de 20 de febrero con el fin de aclarar las medidas transitorias, *DOCE* (1995) L 41/3. El nuevo Reglamento es aplicable desde el 1 de enero de 1995 a los casos planteados después de esa fecha y a los que, iniciados antes, hubieran concluido en ese momento la investigación requerida (artículos 1 y 2). Véase BEEKMANN, H.: «The 1994 Revised Commercial Policy Instrument of the European Union». *W. C.* vol. 19 n.º 1. 1995. pp. 53-75.

no supone cambios sustanciales respecto la formulación original, que era, y continúa siendo, conforme con los compromisos internacionales de la Comunidad. El nuevo conjunto normativo comunitario implica una mejora en el planteamiento y la solución de deficiencias que habían quedado de manifiesto en la aplicación del Reglamento original. Así tendremos ocasión de comprobarlo a medida que nos enfrentemos con las novedades que la nueva formulación presenta.

Los procedimientos del nuevo Reglamento, que en todo momento tienen presente el interés de la Comunidad [artículos 8.1, 11 y 12], van destinados a reaccionar contra aquellas conductas atribuibles a, o de terceros países, que, constituyendo un obstáculo al comercio internacional, causen o amenacen causar perjuicio a un sector económico de la Comunidad o tengan, o puedan tener, efectos comerciales adversos sobre las empresas comunitarias en el mercado de un tercer país [artículo 1]. Este último aspecto, conocido como la tercera vía, constituye la mayor novedad del Reglamento en tanto se abre la posibilidad de reaccionar frente a prácticas comerciales que no causan un perjuicio directo en la Comunidad pero que le afectan indirectamente en la medida que las empresas comunitarias sean actual o potencialmente perjudicadas [artículo 4].

La defensa de los intereses de las empresas comunitarias en terceros mercados no estaba expresamente prevista en el Reglamento 2641/84, aunque había sido asumida en la práctica, como hemos tenido ocasión de comprobar, gracias a una interpretación flexible del requisito de «perjuicio en la Comunidad» para la iniciación del correspondiente procedimiento. De este modo el Reglamento se inclina definitivamente por la protección frente a prácticas comerciales que afecten a las exportaciones o a quienes actúen en terceros mercados.

En este sentido se observa una mayor aproximación a la Sección 301 estadounidense, que se refiere en general a los intereses del país a través del daño sufrido por sus empresas sin precisar si éste ha tenido lugar dentro o fuera de sus fronteras. Sin embargo, mientras la Sección 301 no exige prueba del daño, el instrumento comunitario no sólo no renuncia a ella sino que, coherentemente, amplía el ámbito material de su consideración extendiéndolo más allá de las fronteras comunitarias [artículo 10.4]. La exigencia añadida de un «impacto importante» en la Comunidad para la actuación comunitaria en estas situaciones [artículo 2.4] no aporta nada nuevo debido a la tradicional presencia de los intereses comunitarios en cualquier aspecto relativo a la aplicación del Reglamento.

Además de las empresas comunitarias en la tercera vía, los legitimados para presentar reclamaciones ante la Comisión siguen siendo los Estados miembros en cualquier caso [artículo 6] y los sectores económicos comunitarios en los casos en los que aleguen que sufren o que fundadamente temen sufrir perjuicios en la Comunidad [artículo 3]. La reflexión que hicimos en relación a la iniciación del procedimiento del Reglamento 2641/84 a instancia de la Comisión, sigue siendo válida para el Reglamento 3286/94.

Es importante destacar que tanto en la definición del «sector económico de la Comunidad» como en la incorporación de la «empresa comunitaria» se ha dado entrada al sector servicios. De este modo se logra no sólo una regulación conforme con la realidad comercial internacional sino el respeto al principio de legalidad que había decaído en el Reglamento anterior en relación a este punto. Por lo demás, la industria comunitaria, está integrada, al igual que señalaba la redacción original del Reglamento, por el conjunto de productores o proveedores de servicios comunitarios que, independientemente de su nacionalidad, 1) se dedican a bienes o servicios idénticos, similares o directos competidores de aquel que es objeto del obstáculo comercial, 2) son consumidores o transformadores del producto o servicio objeto del obstáculo comercial, o 3) su producción, considerada globalmente, constituye una proporción importante de la producción comunitaria total [artículo 2.5].

Se consideran, además, dos casos especiales. En el primero, cuando algunos productores o proveedores de servicios comunitarios están relacionados con los exportadores o importadores del bien objeto del obstáculo comercial, o sean ellos mismos importadores o exportadores, la industria comunitaria *podrá* comprender tan sólo al resto [artículo 2.5.a)]. En el segundo, una industria regional puede ser considerada como industria comunitaria si su producción conjunta constituye la mayoría de la producción del bien en cuestión en el Estado o Estados miembros en los que la región se encuentre y una parte significativa de la producción comunitaria perjudicada por el obstáculo al comercio es importada a esa zona [artículo 2.5.b)] (56).

(56) Esto ha supuesto una reducción sobre lo previsto en el Reglamento 2641/84 que en su artículo 2 (4) b) ii, cubría también las exportaciones. La referencia a las exportaciones en este caso ha sido considerada innecesaria por la previsible ausencia de supuestos prácticos y su posible encuadre, en caso de presentarse, dentro de las denuncias presentadas por las «empresas comunitarias» (tercera vía).

A pesar de que la práctica, por encima de las normas establecidas, permitió la reclamación de una sola empresa calificándola de industria comunitaria durante la vigencia del Reglamento 2641/84, el nuevo Reglamento mantiene la situación normativa. En este sentido hemos de señalar que no hay razón que justifique que un solo reclamante no pueda alegar la existencia de un obstáculo al comercio que le perjudique puesto que las quejas pueden ser rechazadas por la Comisión si las considera contrarias a los intereses comunitarios [artículo 8].

Se puede interpretar que de la expresión «productores y distribuidores de servicios comunitarios» cabe inferir que los reclamantes habrán de contar con un establecimiento en territorio comunitario. En este punto, a falta de mención expresa y teniendo en cuenta analógicamente los criterios definitorios de la empresa comunitaria que veremos a continuación, creemos que las observaciones realizadas sobre la admisibilidad de reclamaciones presentadas en base al Reglamento 2641/84 por quienes teniendo vinculación económica con la Comunidad no cuentan con instalaciones en territorio comunitario, son igualmente aplicables aquí (57).

(57) El Reglamento 384/96 de 22 de diciembre DOCE (1996) L 56/1 sobre defensa contra las importaciones objeto de *dumping* originarias de países no miembros de la Comunidad Europea, señala en su artículo 4 lo que debe entenderse por industria comunitaria. La definición corre pareja con la recogida en el Instrumento de Política Comercial aunque en este caso no se haga referencia al sector servicios. Si bien en algún punto el precepto mencionado se refiere al «territorio comunitario», no cabe excluir la interpretación señalada, que, por lo demás, no resulta contraria a lo dispuesto en el nuevo Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI GATT-94 (*antidumping*) de la OMC. Así, el artículo 4 de este Acuerdo define la producción nacional sin señalar si ésta debe localizarse en el territorio del Estado en cuestión. Las referencias que se hace al territorio son a un supuesto excepcional de determinación de la producción nacional, y a la consideración como producción nacional de los espacios económicos integrados, lo que no impide la consideración de productores nacionales a quienes con capital nacional producen materialmente en el extranjero. Lo mismo puede decirse del artículo 6 del Reglamento 3284/94 de 22 de diciembre, DOCE (1994) L 349/22, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de los países no miembros de la Comunidad Europea en relación al Acuerdo relativo a la aplicación del artículo XVI GATT-94 (antisubvenciones) de la OMC, en su artículo 16. No obstante, la existencia del Acuerdo sobre las Normas de Origen, aunque no fija condiciones materiales concretas pues demora la armonización normativa, implica el establecimiento de límites a la interpretación antedicha en la medida en que se impone que las normas de origen que se apliquen a las importaciones y exportaciones no han de ser más rigurosas que las que se apliquen para determinar si un producto es o no nacional, no se utilicen

Por lo que respecta a la «empresa comunitaria», se tendrá por tal cualquier «sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tenga su sede estatutaria, su administración central o su establecimiento principal en la Comunidad» [artículo 2.6]. En los casos de la tercera vía, el Reglamento permite expresamente que la reclamación sea presentada por una sola empresa. Merece especial consideración el hecho de que se incluyan como criterios definitorios la *nacionalidad*, con independencia del lugar de producción de los bienes o distribución de los servicios pues basta la sede estatutaria, conjuntamente con el de *establecimiento principal* en la Comunidad con el fin de realizar una actividad económica, único que estaba inicialmente previsto (58). El recurso exclusivo al criterio nacionalidad hubiese conllevado discriminación, incompatible con el artículo III.4 del GATT-94 (59). De este modo, la nacionalidad comunitaria es condición suficiente pero no necesaria, y la existencia de establecimiento principal en la Comunidad sólo es necesaria cuando la empresa no tiene la nacionalidad de uno de los Estados miembros. Así, podemos reforzar la interpretación antes esgrimida sobre la existencia de sector económico comunitario cuando, siendo el capital comunitario, la producción se encuentra localizada en un tercer Estado.

A pesar de su escasa relevancia práctica, resulta interesante destacar la eliminación de la referencia a las prácticas comerciales ilícitas y a la infracción de las reglas generalmente aceptadas por parte de terceros Estados. Estas dos expresiones se sustituyen por un concepto global e igualmente indeterminado; los «derechos de la Comunidad» que se vean afectados por la existencia de obstáculos al comercio. Tanto los perjuicios que tengan lugar en a Comunidad como los efectos comerciales adversos sufridos en terceros países afectan a los derechos comunitarios que se fun-

para perseguir directa o indirectamente objetivos comerciales y se administren de manera coherente e imparcial.

(58) COM (94) 414 final, de 5 de octubre de 1994, Parte 6 «Defensa Comercial», n.º 4 «Nuevo Instrumento», artículo 2.6, p. 9.

(59) Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994. Anexo I.A. El artículo III conserva el mismo texto que en la redacción original de 30 de octubre de 1947, *infra* nota n.º 2. Concretamente el n.º 4 señala: «Los productos del territorio de todo miembro importados en el territorio de cualquier otro miembro no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior».

damentan «particularmente» en los acuerdos comerciales internacionales, de modo más concreto los contenidos en la OMC. Los derechos comunitarios podrían establecerse a partir de la *soft law* y las reglas que son general pero no unánimemente aceptadas. En cualquier caso, el carácter general de los Acuerdos de la OMC, tanto desde una dimensión material como desde el grado de aceptación por los miembros de la Comunidad Internacional, reduce esta eventualidad.

Paralelamente cabe destacar que en la actualidad será más difícil que se plantee una situación (como la que se presentó en el caso IFPI) en la que los Estados miembros, o algunos de ellos, sean parte de un tratado que pudiera haber sido violado o del que se derivasen derechos para un Estado miembro, mientras que la Comunidad, que es quien ha de actuar ante las reclamaciones, se encuentre al margen del mismo.

En cuanto al procedimiento no hay que señalar cambios sustanciales respecto al Reglamento 2641/84. Además de la consideración de aspectos que afectan al sector servicios, cabe mencionar la mayor flexibilidad de los plazos fijados, y generalmente incumplidos, por el Reglamento 2641/84, introduciendo asimismo la eventual suspensión de su cómputo.

La Comisión está encargada de recibir las quejas en las que habrá de acreditarse la existencia de un obstáculo al comercio y, bien de perjuicio o efectos comerciales adversos, bien de amenaza de cualquiera de ellos en atención a los criterios señalados en el Reglamento [artículo 10] (60). Se asegura el respeto a la confidencialidad de la información proporcionada tanto en este momento como durante la investigación [artículo 9]. Previa consulta a un comité integrado por representantes de todos los Estados miembros y el Presidente de la Comisión, el Comité Consultivo, [artículo 7.1], ésta decidirá, en interés de la Comunidad, el inicio del procedimiento de investigación en un plazo que «normalmente» habrá de ser de no más de 45 días desde la presentación de la denuncia. El plazo podrá ser suspendido, a instancia o con el acuerdo del denunciante, para obtener mayor información [artículos 5.4 y 6.5] (61).

La investigación consiste en la verificación de la existencia del obstáculo al comercio y de perjuicio o efecto comercial adverso, o bien del riesgo de cualquiera de ellos. Los plazos señalados son «normalmente»,

(60) Estos criterios, a diferencia del Reglamento 2641/84 (artículo 8.1 y 2), hacen referencia tanto a los productos como al sector servicios.

(61) Eliminándose así la rigidez del plazo excepcional de 60 días establecido para los casos complicados en el Reglamento 2641/84 (artículo 6.8).

con lo que tienen más bien un carácter orientativo, de 5 meses, o 7 en casos complejos [artículo 8.8].

El Reglamento, al igual que introdujera la modificación de 1994 con el fin de eludir la doble celebración de consultas a escala comunitaria e internacional, señala que la situación de hecho y de derecho puede ser tal que no se requiera un procedimiento de investigación para proceder a la adopción de medidas [artículo 12.1]. Aunque ninguna norma internacional obliga a la Comunidad a reaccionar comercialmente sólo tras la realización de una investigación, es altamente improbable que se actúe de este modo en los supuestos de inexistencia de norma internacional de referencia. Como ya apuntamos, esta norma está pensada para las situaciones en las que sea evidente la existencia de una violación de acuerdo internacional que cuente con un mecanismo de solución de controversias, lo que sucede con los acuerdos de la OMC.

Concluida la investigación, se informará al Comité consultivo y se procederá a la adopción de decisiones. El cambio hacia una terminología más adecuada no afecta al sistema del Reglamento 2641/84. Así, las decisiones podrán consistir en la *conclusión* o la *suspensión* del procedimiento, así como en la *adopción de medidas comerciales*. La conclusión se producirá cuando se observe la falta de necesidad de intervención comunitaria, ya sea por no haberse probado la existencia de perjuicio, efectos comerciales adversos o conducta perseguible, o bien por que no existe interés comunitario en reaccionar [artículo 11.1]. La suspensión se decidirá cuando el Estado en cuestión haya modificado su conducta (62) o se estén manteniendo conversaciones bilaterales con ese fin, así como cuando se inicien las acciones correspondientes a la solución de diferencias ante una instancia internacional [artículo 11.2 y 3]. La adopción de medidas comerciales en los casos de violación de norma internacional sólo podrá decidirse una vez agotada la vía internacional y en los términos expresados en la decisión resolutoria de la controversia [artículo 12.2]. De esta manera, el procedimiento internacional deviene parte del propio procedimiento comunitario sin que quepa mencionar precedente alguno más allá del propio Reglamento 2641/84.

Al igual que en la Sección 301 y el Reglamento original, cualquier

(62) Decisión 96/40 por la que se suspende el procedimiento iniciado en virtud de lo dispuesto en el Reglamento 3286/94 sobre obstáculos al comercio, relativo a la reproducción no autorizada en Tailandia de grabaciones comunitarias de sonido y a sus consecuencias sobre el comercio comunitario, *DOCE* (1996) L 11/7.

medida de carácter comercial puede ser adoptada como represalia [el artículo 12.3 enumera algunas *ad exemplum*], pero, como cualquier otra medida adoptada por la Comunidad, deberá respetar el principio de proporcionalidad.

Si se pretende concluir o suspender el procedimiento, la decisión, que, inexplicablemente, no tiene por qué ser motivada, habrá de ser adoptada por la Comisión tras consultar al Comité, y devendrá aplicable en un plazo de 10 días desde su publicación a no ser que alguno de los Estados miembros ponga en marcha el «mecanismo de la guillotina». Este mecanismo obligará al Consejo a lograr una mayoría cualificada de votos en un plazo de 30 días para cambiar el sentido de la decisión, en otro caso, la decisión adoptada por la Comisión devendrá aplicable definitivamente [artículo 11].

Para la adopción de medidas comerciales habrá de decidir el Consejo por mayoría cualificada en un plazo de 30 días desde la presentación de la propuesta de la Comisión [artículo 13]. No es necesario en este caso someter la cuestión a la consulta del Comité en tanto está integrado por representantes de los Estados miembros, ya presentes en el Consejo, y por el Presidente de la Comisión, órgano que remite la propuesta. Sólo en este caso las decisiones habrán de ser motivadas [artículo 12.4].

VI. CONCLUSIONES

La creación del Instrumento de Política Comercial comunitario constituyó sin duda un paso importante en el avance hacia una verdadera política comercial común, que, sin embargo, sólo poco a poco logra establecerse en una dimensión material. Aunque el modelo sobre el que se construyó fue la Sección 301 de la Ley de Comercio estadounidense, el instrumento comunitario se ha demostrado ser, por su configuración y por su escasa utilización, mucho menos controvertido. La escasez de reclamaciones planteadas (seis en un período de diez años) podría explicarse, más que por los requisitos exigibles para su presentación, por la ausencia de una auténtica política comercial común y por la falta de tradición de este tipo de instrumento comercial entre las industrias y empresas comunitarias.

No obstante, algunas deficiencias que fueron puestas de manifiesto en los supuestos planteados han sido superadas, y en general el instrumento

ha mejorado, a raíz de la labor normativa acometida con motivo de la firma de los Acuerdos de la Ronda Uruguay.

La ampliación cuantitativa y cualitativa de los estándares de conducta en el comercio internacional derivados de la firma de los Acuerdos de la Ronda Uruguay con la consiguiente creación de la Organización Mundial del Comercio y su elevado número de miembros, hacen que el Reglamento deje en un segundo plano el carácter de instrumento de política comercial «agresivo». Aunque es cierto que existen muchas materias con incidencia en el comercio transfronterizo en las que la reglamentación internacional es todavía inexistente o insuficiente, y, a pesar de las excepciones siempre disponibles en los ámbitos regulados, la posibilidad de recurrir unilateralmente a las represalias cruzadas se reduce a medida que aumentan los ámbitos sometidos a una disciplina internacional.

Así, ante el aumento de los acuerdos comerciales multilaterales, el recurso a los instrumentos comerciales defensivos exigirá en mayor número de casos el respeto a los procedimientos internacionales de arreglo de controversias. El recurrente argumento de la «deslealtad» en el comercio, sin desaparecer, no podrá ser utilizado tan ampliamente por los grupos de presión y las administraciones, resultando en la creación de un entorno comercial con mayor seguridad jurídica. De ahí que el instrumento pase a ser, fundamentalmente, un mecanismo ideal para la vigilancia y el control del cumplimiento con los compromisos comerciales internacionales adquiridos.

En este sentido, siendo los principales intervinientes en el tráfico comercial internacional los sujetos de derecho privado, están más próximos a la identificación de las conductas potencialmente ilícitas y son, como ha constatado la práctica, el mejor catalizador para el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales. Por lo tanto, resulta fundamental destacar el papel que juegan los particulares para la puesta en funcionamiento del instrumento y la posición en la que en consecuencia se les coloca en la reglamentación del comercio internacional.

Mientras defienden sus intereses privativos, esencialmente en terceros mercados, se les atribuye una misión de «policía internacional» respecto a la conformidad del comportamiento de terceros Estados con las normas internacionales (fundamentalmente establecidas en los Acuerdos de la OMC). Al mismo tiempo, cabría decir que el Reglamento conlleva la articulación de una vía para la solicitud de la «protección diplomática» de carácter económico-comercial en favor de los sujetos de derecho privado

directamente envueltos en situaciones de tráfico comercial internacional, que prescinde de los tradicionales requisitos de nacionalidad y previo agotamiento de los recursos internos.

No obstante, si bien todas las decisiones que pueden ser adoptadas por las autoridades comunitarias en relación con las reclamaciones planteadas son susceptibles de recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad, no hay que olvidar que el Tribunal no puede entrar a resolver sobre la adecuación de la decisión con los intereses comunitarios, que tan sólo pueden ser fijados por el Consejo y la Comisión.

Así, la principal preocupación que esta situación puede generar derivaría del poder de los *lobbies* o grupos de presión sobre la actuación de la administración comunitaria, especialmente en lo que respecta a la valoración de los intereses políticos en una determinada intervención. En este terreno hemos de señalar que la arbitrariedad en la fijación de los intereses comunitarios, si bien se presta a ese juego, ha de moderar y equilibrar los diferentes intereses en presencia, defendidos en ocasiones por distintos *lobbies*. El papel moderador de la administración comunitaria nos recuerda que, al fin y al cabo, los particulares nunca han tenido derecho a la protección diplomática de sus respectivos Estados, todo depende de una decisión de carácter político.

En cualquier caso, no puede dudarse que la firma de los Acuerdos de la Ronda Uruguay con la constitución de la Organización Mundial del Comercio proporciona mayor previsibilidad y seguridad en la utilización de los instrumentos de defensa comercial, y por tanto al Reglamento 3286/94. La mayor y mejor delimitación internacional de la «lealtad» en el comercio, permite hablar de un avance que, aunque siempre limitado por los intereses político-económicos nacionales, parece ir reforzando la posición de los particulares en una materia en la que sus propios intereses están directamente involucrados. No cabe duda de que los próximos estudios y la evolución de la reglamentación del comercio internacional pondrán énfasis en la consolidación de la intervención de los sujetos de derecho privado en esta materia.

ABSTRACT

*The Community Commercial Defence Instrument after the Uruguay Round.
Private Parties Position in International Trade Regulation*

The lack of international trade standards in different trade related areas allowed the development of aggressive unilateralism policies by economically powerful countries. Lying on the unfairness argument, third countries were forced to modify their trade practices or implement new regulations. Following the United States initiative, although in a much less controversial formulation and reduced application, the Community implemented Regulation 2641/84 on the New Commercial Policy Instrument. Through the implementation of the Regulation 3286/94, the Community has taken the creation of the World Trade Organisation with the furtherance of the international trade agreements, as an opportunity to supersede technical deficiencies of the previous Regulation while widening its scope of application in third States markets. Provided the rise of international trade standards resulting from the Uruguay Round Agreements, private parties position has been reinforced. In the Commercial Defence Instrument private parties can find a special means to call for «trade diplomatic protection» in which nationality nor national remedies exhaustion requirements have to be satisfied.

RÉSUMÉ

*L'instrument de défense commercial communautaire après l'Uruguay Round.
La position des sujets de droit privé dans la réglementation du commerce
international*

L'absence de standards dans le commerce international en plusieurs matières qui touchent au commerce, avait permis les pays économiquement forts le développement des politiques unilatérales agressives. En utilisant l'argumentation de la déloyauté, ils ont forcé tiers États à modifier ses pratiques commerciales et à adopter des nouvelles réglementations. Après l'initiative des États Unis, la Communauté avait adopté le Règlement 2641/84 sur le Nouvel Instrument de Politique Commercial, bien que sa formulation et son application aient été moins contestées. Avec la l'adoption du Règlement 3286/94, la Communauté a pris la creation de la Organisation Mondiale du Commerce et l'augmentation des accords internationaux qui le concernent, comme l'occasion pour corriger les problèmes techniques du Règlement précédent au même temps qu'elle éloigne son application aux marchés des tiers pays. En regardant l'augmentation des standards du commerce international provoqué par les accords de l'Uruguay Round, on peut conclure que la position des sujets de droit privé est amélioré. Dans l'instrument de defense commercial ils trouvent un mécanisme pour demander «protection diplomatique commerciale» sans devoir satisfaire aux exigences de nationalité et d'épuisement des recours internes propres de cette institution.

NOTAS

