

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 23/2000

Sumario

Estudios

La economía política del euro
J. Arriola Palomares

La protección de intereses generales en la normativa comunitaria, reflexiones en torno a la protección de los consumidores y del medio ambiente
J. Arriola Palomares

La competencia internacional de la Unión Europea en materia de flora y fauna
E. Bazo Gómez

El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español; la Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación
B. Garrido Courel

Gizarte-babesaren intentsitatearen konbergentzia Europan eta Euskal Autonomia Erkidegoaren berezitasunak
J. Olaskoaga Larrauri, J. Alsasua López eta Javier Bilbao Ubillos

El sistema europeo de innovación
I. Urtizar Elcano

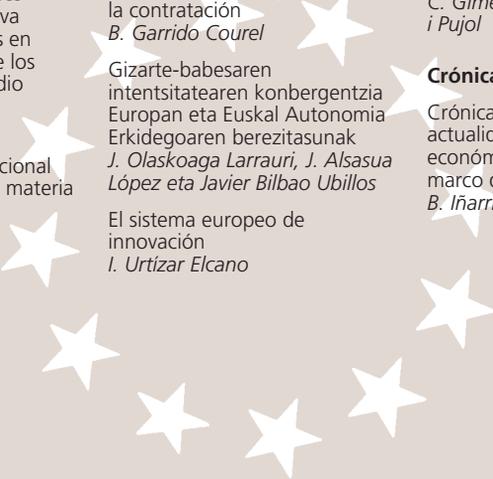
Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
C. Gimeno Verdejo y M.I. Rofes i Pujol

Crónica

Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea
B. Iñarritu

Instituto de Estudios Europeos



Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 23/2000

Dirección y Consejo de redacción:

Director: Nicolás Mariscal
Directora adjunta: Beatriz Pérez de las Heras
Secretario: Francisco Rodríguez
Consejo de redacción: Julio Arriola
 Iñigo Bullain
 José Ramón Canedo
 Félix Echevarría
 Carlos García Gallego
 Laura Gómez Urquijo
 Beatriz Iñárritu
 José Palacio

Administración y suscripciones:

Instituto de Estudios Europeos
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 139 284

Distribución:

Editorial Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de Suscripción (2 números al año):

España..... 3.000 ptas. o 18 euros (IVA incluido)
Extranjero..... 32 dólares

Número suelto:

España..... 1.830 ptas. u 11 euros (IVA incluido)
Extranjero..... 18 dólares

NORMAS SOBRE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA
CUADERNOS EUROPEOS DE DEUSTO

1. *Al publicarse en nuestra revista* los artículos deberán tener una *extensión* entre 15 páginas como mínimo (6.930 palabras) y 30 como máximo (13.860).
2. El autor o autores indicarán el *título académico* con el que desean aparecer.
3. Debe incluirse al comienzo del artículo un breve *sumario* de éste, referente a sus epígrafes.
4. Adjúntese al texto escrito, el correspondiente *diskette*.

Gracias.

Publicación impresa en papel ecológico

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

Depósito legal: BI - 620-91

Fotocomposición: IPAR, S.Coop. - Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 23/2000

Sumario

Estudios

- J. ARRIOLA PALOMARES, *La economía política del euro* 11
- J. ARRIOLA PALOMARES, *La protección de intereses generales en la normativa comunitaria, reflexiones en torno a la protección de los consumidores y del medio ambiente* 29
- E. BAZO GÓMEZ, *La competencia internacional de la Unión Europea en materia de flora y fauna* 53
- B. GARRIDO COUREL, *El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español; la Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación* 93
- J. OLASKOAGA LARRAURI, J. ALSASUA LÓPEZ eta J. BILBAO UBILLOS, *Gizarte-babesaren intentsitatearen konbergentzia Europan eta Euskal Autonomia Erkidegoaren berezitasunak* 133
- I. URÍZAR ELCANO, *El sistema europeo de innovación* 155

Jurisprudencia

- C. GIMENO VERDEJO y M.I. ROFES I PUJOL, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 181

Crónica

B. IÑARRITU, *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*

215

Estudios

La economía política del euro

por Joaquín Arriola Palomares

Departamento de Economía Aplicada I
Universidad del País Vasco/EHU
EUPARPAJ@BS.EHU.ES

Sumario: 1. LÍMITES DEL DEBATE ACTUAL.—2. EL EURO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO.—3. LA CRISIS DEL SISTEMA DE BRETTON WOODS.—4. EL NUEVO SISTEMA: LA GLOBALIZACIÓN FINANCIERA.—5. LOS LÍMITES DE LA GLOBALIZACIÓN.—6. NUEVAS CARACTERÍSTICAS DE LA SUBORDINACIÓN ESPAÑOLA.—7. HEGEMONÍA IDEOLÓGICA Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS.—8. REFERENCIAS

Desde hace más de un año la economía española se encuentra sometida a la lógica de la soberanía monetaria europea, aunque los ciudadanos no tomarán conciencia de este hecho hasta que se empiecen a utilizar las nuevas monedas. Hace tiempo se ha abierto un cierto debate sobre las consecuencias económicas de este hecho. Pero no es mi intención elaborar una reflexión sobre la *política económica* del euro porque creo que hay un análisis previo insuficientemente desarrollado y aun menos compartido. Es por eso que en esta ocasión he preferido aportar algunas ideas de *economía política*, como parte del marco necesario en el cual situar la futura elaboración de propuestas más o menos técnicas de política económica.

Desde principios de 1999 hemos ido comprobando cómo las variables económicas, reales y financieras, han ido modificando su comportamiento como consecuencia de la entrada en funcionamiento del sistema monetario europeo del euro. El caso más llamativo es el de las tasas de interés bancarias, cuya reducción ha sido espectacular, como espectacular el aumento y diversificación de las comisiones bancarias, en un intento de mantener las elevadas tasas de ganancia a las que se ha acostumbrado el capital financiero en las últimas décadas.

1. LÍMITES DEL DEBATE ACTUAL

El euro por tanto es un hecho, y lo será aún más cuando entre en funcionamiento dentro de un par de años como circulante, sustituyendo

a las monedas nacionales. Sin embargo, la discusión en España sobre la importancia de este hecho no está siendo muy acertada. Por un lado, se han enfatizado hechos colaterales que acompañan al nuevo sistema monetario, pero que no son lo principal de éste. Así se viene insistiendo en la denominada pérdida de instrumentos que supone la desaparición de la peseta y la subsunción de nuestra base monetaria y nuestra oferta monetaria en unas de ámbito europeo occidental. Esto es más discutible que lo anterior, por cuanto la tan traída y llevada tesis de la pérdida de competitividad que se deriva de la imposibilidad de llevar a cabo devaluaciones competitivas, se olvida de varios hechos: en primer lugar, la devaluación sólo es un factor viable de mejora de la posición competitiva en el corto plazo, y su uso ha estado vinculado en España a objetivos estabilizadores más que comerciales. Desde finales de los setenta, es decir mucho antes de la entrada en vigor de la política monetaria única, la contención de los costes salariales unitarios (reducción de salarios reales y aumento de la productividad) ha sido el mecanismo privilegiado por las empresas para mejorar la posición de mercado. Desde el punto de vista estructural del comercio exterior, la entrada en la Unión Europea supuso un cambio más radical que la unificación monetaria de 1999. En aquel momento, España pasó sin solución de continuidad, de ser un país proteccionista en lo industrial y liberal en lo agrario, a ser liberal en lo industrial y proteccionista en lo agrario, mientras que ahora no se ha producido en el ámbito comercial ninguna transformación de ese calibre.

Por otro lado, desde la desregulación financiera internacional, los tipos de cambio son difícilmente controlables por las autoridades, de tal modo que los anuncios de devaluación puede provocar movimientos de mercado que generen no la devaluación perseguida, sino un hundimiento de la cotización de la divisa. El resultado final de una devaluación depende por último de las elasticidades relativas de las importaciones y exportaciones. Un país como el nuestro que depende de las importaciones para encender la luz (petróleo) y para aumentar la productividad (bienes de capital), obtiene más males que beneficios de una política que sustituya la reducción de los costes salariales unitarios por la devaluación del tipo de cambio como variable competitiva.¹

¹ Conviene recordar que la sustitución estratégica no es la de *salarios reales por precios internacionales*, sino *beneficios por inversión*, y sobre todo de *beneficios financieros por inversión productiva*: sólo la reducción de los primeros permitirá una inversión productiva de ampliación de la escala de acumulación, sustituyendo así la presión al alza sobre la tasa de explotación por una mayor acumulación extensiva de capital y una mayor composición orgánica.

Otro eje de la discusión es la constatación de que la política monetaria europea es excesivamente restrictiva, quizá adecuada para las condiciones estructurales de Alemania, pero que en España nos condena a soportar niveles de desempleo estructural demasiado elevados. Se dice también que la política económica general aplicada en Europa —los criterios de convergencia (Maastricht) y las medidas coercitivas contra cualquier intento de romper el consenso del ajuste neoliberal (Dublin)—, es inapropiada para las condiciones estructurales de la economía española.

Todo esto es cierto, pero nada hay en ello que vincule *necesariamente* las actuales políticas económicas con la creación del euro, o dicho de otra forma, la moneda única podría existir, dadas otras condiciones políticas y sociales, con políticas económicas expansivas no neoliberales.

2. EL EURO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO

Sirva lo anterior para reforzar mi parecer de que la importancia del euro no se encuentra en los cambios de política económica que induce, sino que radica por el contrario en una estrategia de largo plazo en la cual se está definiendo el nuevo mapa de las relaciones interimperialistas para el siglo XXI.

La política económica del euro —la probable y la posible— no se pueden entender ni definir sin tomar en consideración el nuevo momento histórico que se define a partir de la decisión de creación de una soberanía monetaria europea.

Recordemos el marco histórico: la fecha clave es 1971, cuando el gobierno de EE.UU. reconoce de facto la pérdida de la hegemonía económica de su país, y quiebra el sistema monetario internacional basado en el dólar como medio de pago internacional y activo de reserva. Pero la decisión *de iure* no se toma hasta 1976, cuando en la reunión de Kingston del FMI, los norteamericanos imponen un sistema de tipos de cambio de mercado, pero mantienen el papel clave del dólar —ahora un dólar de papel, y no de oro— como medio de pago de sus importaciones.

3. LA CRISIS DEL SISTEMA DE BRETTON WOODS

La crisis del sistema de Bretton Woods se presenta tradicionalmente como la imposibilidad de la divisa clave —el dólar— para hacer frente al compromiso de respaldar con oro todos los dólares deposita-

dos en los bancos centrales del resto del mundo, como consecuencia de un déficit de balanza de pagos superior a las reservas federales de oro.

Las medidas adoptadas hasta ahora para solventar esta crisis del sistema de pagos internacional han determinado dos fases en el sistema monetario internacional marcadas por tres decisiones clave en el plano político-económico:

- 1.1) 1971: la desaurización del dólar —inconvertibilidad *de iure*, pues de facto existía al menos desde 1968. Esta decisión marca el final del sistema de Bretton Woods, cuya continuidad institucional tiene dos elementos fundamentales, el Fondo Monetario Internacional, una institución que deja de tener un cometido real en la estabilización de los precios y la solvencia en materia de pagos internacionales, y las reservas en dólares en los bancos centrales, que siguen acumulándose ante la ausencia de un sistema de recambio, y que dejan de representar una cantidad concreta de equivalente de valor.
- 1.2) 1976: la suspensión de los tipos de cambios fijos regulables y su sustitución por un sistema de tipos de cambio flexibles o de mercado, que en la práctica significó la conversión de las divisas en una mercancía cuya circulación determina la aparición de un mercado internacional de monedas.
- 2) 1980/81: la desregulación de los flujos internacionales de capital, o creación del mercado financiero global. En este contexto, aparece el crédito global o eurodivisas, en primer lugar eurodólares, que significa en la práctica la creación de un espacio mundial de creación de liquidez sin restricciones, y unos espacios nacionales sujetos a fuertes restricciones en materia de creación de liquidez como condición necesaria para evitar el *contagio* desde el mercado global.

Todas las medidas adoptadas en las diferentes fases tienen el único propósito de mantener el dólar como divisa hegemónica, aun a costa de hacer saltar en pedazos el sistema monetario internacional vigente desde 1948, en realidad una continuidad del sistema vigente en el período de hegemonía de la libra esterlina con un cambio en la hegemonía y la divisa clave².

² Una presentación del concepto de divisa clave y su evolución histórica, con unas conclusiones diferentes a las que aquí se presentan, en M. Aglietta (1988).

Fase del sistema monetario internacional	Bretton Woods 1948-1971	Crisis de Bretton Woods 1971-1980	Globalización Financiera 1980-2002
Medio de pago	Dinero mercancía nacional (dólar oro)	Dinero de crédito nacional (dólar inconvertible)	Dinero bancario mundial (eurodivisa)
Autoridad Institucional	FMI	Reserva federal	Ninguna
Límite del sistema	Balanza de pagos USA	Credibilidad político-económica USA	Colapso de la cadena de creación-aceptación de dinero
Credibilidad del sistema	Solvencia de pagos	Credibilidad estatal	Credibilidad bancaria

La evolución de la balanza de pagos norteamericana refleja esta evolución del sistema de pagos y de la política económica norteamericana: en 1977 se inicia el período de déficits estructurales en la balanza por cuenta corriente. A partir de 1983, el saldo neto de capital (activos extranjeros en el interior menos activos norteamericanos en el exterior) comienza a ser positivo, reflejando una política de atracción de capital extranjero para compensar el desequilibrio por cuenta corriente. Como este déficit no deja de aumentar, la política de compensación no es suficiente para reequilibrar la balanza de pagos.

Sin embargo a partir de 1991 se logran saldos positivos, coincidiendo con la explosión de los mercados de eurodólares.

La correlación entre la entrada y la salida de capitales es muy alta: el coeficiente de correlación de los activos de EE.UU. en el exterior y los activos extranjeros en el interior entre 1965 y 1997 da un valor de 0,960, y la R^2 de 0,922. Por su parte, el coeficiente de correlación entre el saldo de la balanza de pagos y el saldo de capital para los mismos años presenta un valor de 0,938, con una R^2 de 0,879.

Otros países imperialistas no muestran el mismo grado de correlación.

Como vemos, hay una verdadera gestión de la balanza de pagos, con una planificación muy elevada de las inversiones en el exterior y en el interior, en función de las necesidades de financiación de dicha balanza.

**Coefficiente de correlación entre el saldo de la balanza
por cuenta corriente y el saldo de la balanza
de la cuenta financiera**

	c. correl.	R ²
EE.UU.	-0,94	0,8791
Alemania	-0,93	0,8577
Francia	-0,80	0,6403
Japón	-0,90	0,8178

Fuente: elaboración propia a partir de FMI: Anuario de Estadísticas Financieras Internacionales, 1998

4. EL NUEVO SISTEMA: LA GLOBALIZACIÓN FINANCIERA³

A partir de los años ochenta, el papel fundamental de la divisa clave ya no será servir de medio de pago internacional, sino el de ser la reserva monetaria de valor internacional. EE.UU. va a poner su política económica al servicio del mantenimiento de este papel internacional para su moneda. Para ello, en ausencia de hegemonía comercial, se va a crear un sistema paralelo de circulación internacional de capital financiero, los euromercados, que van a permitir mantener el dólar como la divisa dominante, al evitar trasladar a la moneda los desequilibrios comerciales y financieros de los EE.UU. Podemos representar gráficamente los distintos regímenes monetarios por los que ha pasado el sistema de pagos internacionales desde la la instauración del sistema de Bretton Woods:

1948-1971: durante la regulación eficiente del sistema de Bretton Woods, la circulación internacional de mercancías consiste en última instancia en un comercio de trueque: los pagos se realizan en dinero metálico, es decir, en dólares respaldados por oro. Este sistema puede funcionar en tanto en cuanto los EUA garanticen unas reservas de oro y divisas suficiente equivalente al valor de las reservas acumuladas en dólares en los bancos centrales del resto del mundo. Por lo tanto, en principio, Estados Unidos está obligado a ajustarse en el momento en que no pueda aportar el suficiente respaldo metálico para el volumen de la circulación internacional de mercancías.

1971-1985: sin embargo, cuando las condiciones estructurales se modifican, y comienzan a aparecer los primeros déficits por cuenta corriente

³ Una exposición más detallada en J. Arriola (2000).

en la economía norteamericana, este país rechaza el ajuste y rompe las reglas del juego: su dominio político-militar es la garantía de la aceptación de un volumen de crédito no respaldado acorde a sus necesidades de importación de mercancías. La declaración de la inconvertibilidad del dólar transforma automáticamente las reservas de dólares en los bancos centrales del resto del mundo en títulos de deuda contra la economía norteamericana sin valor material y sin otra garantía que la aceptabilidad como billetes de banco de dichos títulos. De este modo la circulación internacional de mercancías continúa durante casi una década sin que los acreedores tengan la fuerza suficiente para hacer ejecutar los créditos, ni para establecer un nuevo sistema de pagos con garantía.

1985 en adelante: pero este pseudo sistema genera fuertes presiones inflacionistas: la acumulación de dólares equivale a una emisión de liquidez doméstica, y la resistencia de los bancos centrales obliga a diseñar otro sistema de liquidación de deudas internacionales. La desregulación financiera que se inicia en 1980, culmina a mediados de la década con la generalización de los euromercados. El punto de partida de éstos se encuentra en una transacción en la cual un valor producido en un país («resto del mundo») se realiza en otro (EUA), sin implicar ningún pago monetario entre comprador y vendedor: una transacción contable dentro del sistema bancario se traduce en el pago desde una cuenta bancaria a nombre del importador a una cuenta a nombre del banco que actúa por cuenta del vendedor *dentro de los EUA*: no se produce ninguna salida de dinero de crédito y por tanto ningún aumento de liquidez internacional. A cambio, el banco receptor obtiene un *permiso de emisión* en una moneda *que no es el dólar de los EUA*: la apertura de una cuenta en eurodólares —o en cualquier otra eurodivisa— a nombre del vendedor, se transforma en un activo bancario cuando el banco comienza a emitir crédito en eurodivisas⁴. Por lo tanto, las transacciones en la era de la globalización financiera elimina la presencia de la autoridad monetaria, y da un nuevo papel a las instituciones bancarias, que se convierten en garantes de las transacciones reales a cambio de un derecho de emisión irrestricto en un nuevo mercado financiero global.

Los EUA logran así pagar sus importaciones no con exportaciones, ni con emisión de deuda, sino creando una nueva mercancía, que podemos denominar *permiso de emisión de crédito mundial*. La financiarización creciente de la economía mundial se traduce también en una mayor capacidad por parte de los EUA para cubrir sus desequilibrio por cuenta

⁴ El mecanismo desencadenante de este proceso está bien descrito en P. Krugman y M. Obstfeld (1995 pp. 78 ss.), aunque no vaya más allá de la descripción mecánica del proceso. Ver también L. Gill: (1983 pp. 157 ss.).

corriente mediante la atracción de liquidez internacional. De este modo, EUA sigue sin tener que ajustar su desequilibrio externo, a diferencia del resto del mundo, que en última instancia sólo puede pagar sus importaciones con exportaciones. La asimetría entre el dólar y el resto de las monedas nacionales, que en el sistema de Bretton Woods se basaba en el dominio comercial y productivo de la economía norteamericana, en el no-sistema de la globalización se basa en el papel político de EUA para generar la *confianza* que es la base de las transacciones inmateriales de los euromercados.

De este modo, la globalización financiera aparece como un intento por preservar la hegemonía del imperialismo norteamericano. En términos de valor, el imperialismo implica una transferencia sistemática de valor (riqueza social) desde los países y pueblos dominados hacia el dominante.

Gracias al sistema financiero global, EUA puede recibir a través del comercio internacional una masiva transferencia de riqueza incorporada en los bienes y servicios, manteniendo intacta la cantidad de dinero-capital que sirve para el pago de las mercancías. De ahí su interés porque el dólar siga siendo la moneda de reserva y sobre todo la moneda refugio: en caso de aparecer otras divisas jugando el mismo papel, no habría forma de evitar la incorporación del país emisor en el lado privilegiado de las transacciones internacionales, que ahora ocupa con exclusividad Estados Unidos.

Por lo tanto, de acuerdo a este análisis, llevamos 30 años con un sistema monetario internacional en quiebra, pero con una hegemonía monetaria norteamericana que se traduce en que este país puede pagar sus importaciones con papel, a diferencia del resto del mundo, que tiene que pagarlas con exportaciones. Al mismo tiempo, el tamaño del área económica del dólar impide que las otras potencias económicas (Alemania, Francia, Japón) puedan imponer ni juntos ni por separado, otras reglas de juego a EUA.

El desarrollo de la globalización financiera y los euromercados (es decir, mercados financieros en los cuales las transacciones se realizan con monedas diferentes a la del país en cuya plaza se emiten los créditos o se cancelan las deudas) responde por tanto a una lógica perversa instalada en el sistema monetario internacional, por la cual EUA se beneficia de una asimetría monetaria que ya no tiene sustento en la realidad productiva de las economías nacionales.

5. LOS LÍMITES DE LA GLOBALIZACIÓN

El crecimiento de los euromercados, en los cuales se concentra la mayor parte de la especulación internacional —en particular en el mercado de divisas— sólo se puede controlar si se establece un sistema de re-

quisitos de reserva para las operaciones en todos los países. Pero ello equivale al establecimiento de una autoridad monetaria internacional, la única capaz de regular un sistema de reservas para las entidades bancarias en todo el mundo. Como los requisitos de reserva son fundamentales para permitir el control sobre el tamaño del multiplicador monetario, los euromercados sólo son compatibles con una autoridad monetaria si ésta es internacional, es decir, si la política monetaria se transfiere a una autoridad global supranacional⁵. Se requiere, por tanto, un nuevo sistema monetario internacional para que los euromercados dejen de ser libres y se conviertan en mercados regulados.

Además, hay que considerar que el mercado de la moneda no es un mercado como otros por al menos dos razones:

- a) Si los mercados de bienes son cuestión de los agentes privados, y siempre se puede tratar la presencia del Estado como la de otro productor, consumidor o agente, el Estado (o la autoridad monetaria) juega un rol específico en el mercado de la moneda, puesto que puede *actuar unilateralmente sobre su oferta*.
- b) La moneda no se demanda por sí misma, a diferencia del acero o los servicios de peluquería. Se puede construir una función de utilidad o una demanda de moneda; pero siempre se definen en función del resto de la economía. El aislamiento del mercado de moneda se desprende de la demanda de transacción por lo tanto no se puede constituir el equilibrio sobre el mercado de la moneda y sobre los mercados de bienes salvo si se aíslan unos del otro.

En ausencia de regulación estatal, es decir en condiciones de libre mercado o mercado puro, la existencia de una creación y una circulación de dinero no se traduce en ningún caso en un hipotético precio de equilibrio o vaciamiento, pues la ausencia de equilibrio es la característica definitiva de un mercado de moneda cortocircuitado respecto a la circulación de valores reales.

El paso a la economía internacional plantea problemas añadidos: por un lado, *la misma moneda tiene dos precios* al mismo tiempo:

- uno *en el tiempo* (tasa de interés)
- otro *en el espacio* (tipo de cambio), su precio en otra moneda.

⁵ La presencia de los euromercados que ha conducido a la pérdida de control sobre los agregados monetarios a corto plazo por parte de los bancos centrales, explica porqué el control de la inflación sólo se logra actualmente actuando de forma restrictiva sobre las variables formadoras de la demanda de dinero, en particular los salarios.

La tasa de cambio, precio relativo de dos monedas, de una moneda en términos de otra, introduce en el mercado de una las consecuencias de decisiones tomadas por el Estado de la otra.

Se puede fijar la tasa o tipo de cambio, pero entonces hay que actuar sobre las balanzas de pagos para equilibrarlas, o actuar sobre las reservas, lo que no puede durar más que un tiempo. Si no se actúa así, o se deja de actuar así, todavía podemos suponer que todos los mercados son eficientes: si $n-1$ mercados monetarios nacionales se encuentran en equilibrio el mercado n -ésimo también lo estará. Pero hay condiciones para esta eficiencia, la cual sobrepasa las actuaciones sobre el espacio nacional: la eficiencia no responde sólo al empirismo, sino a la lógica de esos mercados. En la medida en que el mercado monetario autónomo mantiene canales de comunicación con las economías reales-nacionales, el resultado será la imposibilidad de equilibrar estas mismas economías.

Los teoremas de base de la teoría monetaria internacional se encuentran así definidos, en la primera mitad de los años setenta, en una situación abierta en la práctica a todo tipo de incertidumbres, es decir, de crisis.

- En régimen de cambios fijos se define la teoría monetaria de la balanza de pagos.
- En régimen de cambios flotantes se define el enfoque monetario de la determinación de la tasa de cambio, y la teoría de su dinámica.

La crisis económica muestra que lo que era definido como una teoría no era más que un conjunto de hipótesis o postulados, que pese a darse de patadas con la dinámica real de las economías, deviene en los años ochenta ideología oficial de las agencias internacionales de financiación⁶.

Desde que el sistema de patrón dólar-oro comenzó a mostrar sus límites, la Unión Europea actúa para aislarse de las crisis monetarias internacionales con mayor rapidez y eficacia que Japón. La creación del Sistema Monetario Europeo es la respuesta de estabilización monetaria regional a la decisión de los EE.UU./FMI de iniciar una etapa de desregulación de los tipos de cambio de mercado a escala mundial. La decisión de crear una moneda europea es la respuesta al intento de EE.UU. de mantener al dólar como moneda internacional en un contexto de pérdida de hegemonía comercial por su parte.

Las reservas de los bancos centrales tienen una importancia estratégica en la conformación de la jerarquía imperialista mundial. Mientras la creación monetaria sea un fenómeno nacional, los países que logren que

⁶ Estas ideas se encuentran ampliamente desarrolladas en la obra de de Bernis: ver al respecto M. Byé y G.D. de Bernis (1987⁵).

su moneda nacional forme parte de las reservas de los bancos centrales del resto del mundo obtienen una posición privilegiada en los intercambios reales: tener una divisa aceptada por el resto del mundo equivale a adquirir valores del resto del mundo a cambio de títulos de crédito. Pero además, se obtienen valores de uso específicos (importaciones) a cambio de meras señales de valores de cambio genéricos: los poseedores extranjeros de dichos billetes pueden cambiarlos por mercancías exportables desde el país emisor de los billetes, o pueden gastarlos en el país emisor por cualquier bien o servicio no exportable. Así, mientras que los países sin divisa se ven obligados a producir bienes exportables de valor equivalente a las importaciones deseadas, el país con divisa puede importar presentando a cambio toda su producción de valores de cambio como contrapartida potencial al valor de esas importaciones. Las importaciones son una restricción menor en la asignación de los recursos, mientras que se convierte en una restricción importante en los países sin moneda de aceptación como señal de pago internacional, restricción más importante cuanto mayor sea la dependencia estructural de las importaciones.

Esta asimetría se refuerza si los billetes del país emisor actúan como reservas de valor internacional, es decir, si los bancos centrales aceptan mantenerlos en sus reservas durante largos períodos de tiempo.

La estabilidad monetaria es una de las condiciones para que una divisa sea aceptada como reserva de valor internacional, es decir, que su función de equivalente de valor sea estable en el tiempo. Pero la estabilidad de una divisa tiene dos caras: como medio de pago internacional, su estabilidad viene dada por el valor relativo de la moneda en términos de otras monedas nacionales (tipo de cambio, o cantidad de valores de cambio de circulación internacional por los que puede cambiarse). Pero en tanto que reserva de valor, la estabilidad de referencia es la cantidad de valores que pueden adquirirse en el país emisor: la inflación y la tasa de interés serán las señales claves para determinar el grado de estabilidad de una divisa que actúe como reserva internacional de valor.

En este sentido se puede interpretar la reacción de EUA ante el proceso de creación del euro: la política de elevación de las tasas de interés, y el mantenimiento de un tipo de cambio sobrevaluado, forman parte de la estrategia de los creadores del dólar para evitar que el euro le dispute la situación que disfruta en la actualidad, mediante la hegemonía en la constitución de las reservas de los bancos centrales del resto del mundo y en la creación de permisos de emisión de eurodinero.

La existencia de tipos de cambio de mercado —es decir, un sistema donde las divisas son una mercancía, a diferencia de un sistema de paridades fijas o semifijas, donde las divisas están bajo el control de las autoridades monetarias, y por lo tanto no son mercancías «producidas»—

va en contra de la unificación económica europea, emprendida tiempo atrás por parte de las dos principales potencias (Francia y Alemania) como medio de reforzar su papel imperialista, hasta ahora subordinado a la hegemonía de EE.UU. No puede haber un sistema económico unificado donde los precios relativos internos fluctúen de una región a otra en función de criterios de mercado (demanda y oferta). Por eso se estableció en su momento el Sistema Monetario Europeo —SME, la famosa «serpiente»—, como mecanismo de estabilidad de los tipos de cambios comunitarios en un contexto internacional de anarquía monetaria. La globalización financiera —es decir al desregulación y el crecimiento de las transacciones de divisas a niveles incontrolables con las reservas disponibles en los bancos centrales— le cortó los colmillos a la serpiente, y la UE tuvo dar el paso definitivo a la fijación irrevocable de los tipos de cambio, sustituyendo las monedas estatales por una moneda comunitaria.

En consecuencia, hay que entender que en 1986 España se incorpora a un mercado unificado, sobre todo por la vía de una nueva ola de internacionalización del capital productivo español (la segunda en importancia tras la que se produjo en el contexto del «milagro económico español» de los sesenta, cuyo objetivo fundamental era crear la dimensión de mercado óptima para la fase de centralización y concentración del capital alcanzado por las empresas europeas), mientras que en 1999 se incorpora a un nuevo proyecto imperialista, *cuyo objetivo principal no es tanto productivo o económico como de poder político*: crear un espacio de soberanía monetaria capaz de lograr la autonomía respecto a las reglas de juego impuestas por EE.UU., y eventualmente imponer unas nuevas condiciones de valorización internacional del capital, y por otro lado, lograr imponer la divisa europea como *divisa clave*, es decir, como activo de reserva internacional y como medio de pago para las transacciones del comercio, primer paso necesario de la constitución de una nueva jerarquía internacional.

La creación de la moneda europea como un intento de extender la soberanía europea más allá de las fronteras los países que forman la UEM (imperialismo), va a dar lugar a una seria confrontación monetario-financiera en los próximos años con EE.UU., que se traducirá entre otras cosas en intentos por parte de los norteamericanos para desestabilizar la moneda europea introduciendo importantes fluctuaciones en su precio, tanto en el espacio (tipo de cambio) como en el tiempo (tasa de interés). En ausencia de una fuerza militar capaz de imponer su aceptación, la UEM sólo puede apoyarse en garantizar la máxima estabilidad de esos dos precios de su moneda, si quiere ganar espacios al dólar en la aceptación universal de la nueva divisa europea como medio de pago y reserva de valor internacional.

Con todo, una reflexión más profunda sobre lo que significa la moneda en el proceso económico y social permite reforzar nuestra tesis. La moneda, por encima de su dimensión económica (medida del valor, medio de circulación, medio de pago, reserva de valor, tesoro, expresión de la validación del trabajo social...), es un factor esencial de la soberanía política y de la dominación social. El monopolio de acuñación de moneda es consustancial a las primeras etapas de construcción del estado burgués y uno de los primeros signos de centralidad del estado en la regulación de las relaciones sociales. La moneda juega un papel fundamental en la integración de la nación y no es por casualidad que sea indisociable del Estado, es decir, de la fuente del poder político monopolizado.

En este sentido, la transubstanciación de las monedas nacionales en una moneda europea única *necesariamente* llevará aparejada un reforzamiento de la soberanía política de las instituciones europeas, en la perspectiva de establecimiento de un Estado europeo. Por lo tanto, la moneda única abre nuevos espacios de intervención política, y exige una adecuación de las propuestas programáticas a la nueva articulación de ámbitos institucionales y de poder. Una inadecuada comprensión de lo que acontece, puede llevar a dar excesiva importancia a los aspectos económicos de la construcción de la UEM, cuando el desafío se sitúa esencialmente en la esfera política.

6. NUEVAS CARACTERÍSTICAS DE LA SUBORDINACIÓN ESPAÑOLA

Las relaciones de España con su entorno europeo han cambiado cualitativamente respecto al período anterior a la década de los noventa. Siendo el desarrollo desigual y combinado una definición correcta del modo de despliegue del capitalismo, las relaciones de desigualdad y la combinación (o de dominación y articulación, en terminología más moderna) de las mismas se ha transformado de una relación externa a una relación interna. Es decir, que si antes de los noventa había espacio para propuestas de política económica orientadas por una estrategia de «desconexión» o de acrecentamiento de la autonomía estatal en la modificación de las condiciones de funcionamiento de la ley del valor, actualmente una estrategia en esa dirección está invalidada por las condiciones estructurales en que se realiza la acumulación del capital en España.

Esta afirmación puede resultar polémica hoy porque las causas de ese cambio estructural están disimuladas detrás del carácter político de los acuerdos ratificados por el gobierno español, en el Acta de Adhesión y los posteriores tratados de la Unión, pudiendo dar la impresión de que lo que se acordó por medios políticos, por los mismos medios se puede desacordar.

Sin embargo, la sustitución de la peseta por el euro está generando cambios de estructura no reversibles. Por un lado, la existencia de una unidad monetaria permite homogeneizar el proceso de valorización del trabajo social. La moneda es lo que homogeneiza y asegura la coherencia de conjunto de estructuras heterogéneas. En ese contexto la estabilidad monetaria es algo más que una consecuencia de la hegemonía neoliberal en los ámbitos de toma de decisiones públicas. La estabilidad monetaria es un *requisito ineludible* en un proceso de constitución de un sistema productivo como en el que nos encontramos metidos. La estabilidad monetaria es así a la vez condición y resultado de la existencia de un sistema productivo, y la garantía de estabilidad estructural del proceso de acumulación.

7. HEGEMONÍA IDEOLÓGICA Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

Es importante tener en cuenta esta dimensión esencial del euro a la hora de elaborar las propuestas alternativas de política económica, ya que solamente con un amplio respaldo y movilización social se pueden lograr las condiciones de viabilidad política de las opciones técnicas elaboradas desde la política económica de la izquierda ¿Pero cuál puede ser la recepción social de esas propuestas, si entendemos que el proyecto imperialista ha sido asumido como propio por los trabajadores españoles y del resto de la UE?

En mi opinión, no tienen viabilidad social las propuestas que pretendan la ruptura sin paliativos con el proyecto imperialista de la UEM, mediante un llamado a la recuperación de una supuesta soberanía nacional perdida. Tampoco son válidas las propuestas de solidaridad intranacional e internacional genéricas, que no tomen en cuenta la nueva institucionalidad en construcción en Europa Occidental, o que peor todavía, se planteen en contra de dicha estructura política.

La política económica de la izquierda en la época del euro tiene que considerar que el contenido de lo «interno» y lo «externo» se ha modificado respecto a la época de esplendor del keynesianismo: lo interno es hoy el ámbito de la UEM, y lo externo las relaciones de este espacio con el resto del mundo, en la cual dominan dos relaciones: las interimperialistas, con una doble dinámica de cooperación y confrontación, y las relaciones de dominación.

Las propuestas alternativas de la izquierda se encuentran en el mejor de los casos en proceso de construcción. Ello significa que es una prioridad política la elaboración de una agenda de investigación económica que permita mejorar nuestra comprensión de los fenómenos a los que nos enfrentamos.

En todo caso conviene tener en cuenta que la mayor parte de las prioridades de una agenda alternativa, como:

- la sustitución del empleo y el salario por otras variables de ajuste;
- la modificación de la correlación de fuerzas entre el capital productivo y el financiero, entre el capital y el trabajo, entre el Estado y la sociedad;
- la mejora (hacia abajo) de la distribución de la riqueza, de la distribución primaria de la renta (reparto del valor añadido entre excedente empresarial y salarios) y de la distribución secundaria de la renta (mayor contribución de los ricos al ingreso público, mayor participación de los pobres en el gasto público);
- el aumento del control de los trabajadores sobre el proceso de trabajo y los productos del trabajo;
- el aumento del poder de los consumidores frente a los productores;
- la reorientación racional de la producción hacia bienes social y ecológicamente útiles.
- la reducción del despilfarro;
- la eliminación de las asimetrías de precios y salarios entre países de la OCDE y el resto del mundo;

sólo pueden concretarse en propuestas de política económica que incidan en el ámbito de decisión europeo como espacio donde se deben tomar dichas decisiones. Ello conlleva un desafío político de primera magnitud: la movilización social requiere un trabajo político a nivel local, pues la agenda de política económica tiene que ser pensada en la dimensión global de la UEM, pero no existe un tejido social suficientemente articulado en ese ámbito como para transformarse en fuerza política unificada. ¿Cómo resolver esta aparente contradicción?

Por un lado, parece evidente que la agenda estatal o local, está limitada en el alcance transformador que puedan tener las propuestas económicas. Toda la reflexión anterior pudiera llevar a pensar que en los ámbitos de decisión pública inferiores al europeo no cabe realizar propuestas alternativas de política económica (Calaza 1999). No es ésa mi intención. Afirmo, sin embargo, que la gestión coyuntural de la política económica cada vez está más decidida desde un ámbito tan poco democrático como el de las instituciones europeas: primero la política monetaria y cada vez más la política fiscal. También es en ese ámbito donde se deciden algunas de las políticas sectoriales más relevantes (política comercial, prioridades tecnológicas, política de mercado interior, etc.).

Pero el proceso de unificación europea es aún una transición, y una de las principales dificultades que se puede encontrar el proyecto poliárquico europeo de control social estriba en que los mercados todavía no

están unificados, sobre todo el mercado de trabajo; no tanto en la dimensión microeconómica (la relación salarios/productividades en los diferentes países de la UEM refleja una creciente simetría en ese sentido) como en las condiciones generales de explotación de la fuerza de trabajo, donde el dualismo extremo del trabajo —tanto en materia de condiciones contractuales como de condiciones de trabajo— en países como Italia o España contrasta radicalmente con la regulación y homogeneidad del norte de Europa. La tarea de regular la relación capital-trabajo sigue asignada a los Estados miembros, con restricciones menores. Por eso adquieren un fuerte perfil político en el espacio estatal la negociación colectiva y la modificación de la legislación laboral en un sentido progresivo, que en el caso de nuestro país tiene que borrar quince años de retrocesos en la regulación de las condiciones de trabajo (Rodríguez Ortiz 1997). Es en el terreno de la determinación de las condiciones de explotación de la fuerza de trabajo donde con más naturalidad se puede actuar para contrarrestar el proyecto de división europea del trabajo definido por las multinacionales, pero sólo a costa de inventar una nueva práctica de solidaridad entre los trabajadores de la UEM, lo cual no parece que esté en la agenda de la mayoría de los sindicatos europeos, a la luz de los contenidos y resultados de las últimas reuniones del CES, más preocupada de mejorar su interlocución con las instituciones comunitarias que de desarrollar una permanente movilización de los trabajadores.

Otra ventana de intervención que se abre con las nuevas condiciones del euro, es que en los espacios locales adquieren nueva relevancia otros aspectos algo menospreciados en este largo período de dominio de la economía en la discusión política. En mi opinión la lucha cultural está llamada a ser el eje de articulación de los programas políticos a nivel infraeuropeos (en nuestro caso, estatal o autonómico). La reactivación del debate ideológico, social y cultural es un requisito de la renovación de la izquierda. Esta es así mismo la dimensión fundamental de la política de inversiones públicas en infraestructuras, prácticamente el otro pedal que le queda a la bicicleta de la política económica de los estados de la UE. La izquierda debe proponer el desarrollo de una adecuada política de inversiones, que necesariamente se elabore desde la participación ciudadana en la definición de las prioridades y estrategias de desarrollo futuro, de las configuraciones urbanas, industriales, espacios sociales y de convivencia, articulación de servicios, relación campo-ciudad, etc.

En conclusión, me parece importante diferenciar las propuestas de política económica alternativas a las políticas de ajuste neoliberal de las propuestas de economía política para un euro alternativo. Si el neoliberalismo define un campo de confrontación entre capital y trabajo de raíz económica, la creación del euro abre una nueva etapa en la historia de las

rivalidades interimperialistas. En esta ocasión, España se encuentra claramente alineada con uno de los equipos. La alternativa pasa por cambiar las reglas del juego y permitir acceder al terreno de juego a quienes han sido excluidos de participar en la liga. El euro alternativo es cuestión de política, democracia y solidaridad.

8. REFERENCIAS

- AGLIETTA, Michel (1988): *El fin de las divisas clave*. Siglo XXI, México.
- ARRIOLA, Joaquín (2000): «Globalización e imperialismo: liberalización financiera y asimetría monetaria», en D. Guerrero y J. Arriola (dirs.): *Economía Política de la Globalización II*. Libros de la Catarata, Madrid.
- BYÉ, Maurice y DE BERNIS, Gérard Destanne: *Relations économiques internationales* Dalloz, Paris 1987⁵.
- CALAZA, Juan José R. (1999): *Teoría económica de la moneda única. El euro contra España*. Pirámide, Madrid.
- GILL, Louis (1983): *Economie mondiale et imperialism*. Boréal express, Québec.
- KRUGMAN, Paul y OBSTFELD, Maurice (1995): *Economía Internacional, teoría y política*. McGraw-Hill Madrid 1995, pp. 780 ss.
- RODRÍGUEZ ORTIZ, Francisco (1997): *La Unión Monetaria y España. ¿Integración económica o desintegración social?* Universidad de Deusto, Bilbao.

La protección de intereses generales en la normativa comunitaria, reflexiones en torno a la protección de los consumidores y del medio ambiente*

por Julio Arriola Palomares

Departamento de Derecho de la Empresa de la Universidad del País Vasco/EHU

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DESARROLLO DE LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.—3. LA PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES EN LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE VERTIDOS INDUSTRIALES DIRECTOS O INDIRECTOS A LAS AGUAS CONTINENTALES.—4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Con cierta periodicidad se publican resultados de encuestas de opinión en las que se recoge un grado elevado de consenso entre los ciudadanos europeos sobre la necesidad de protección comunitaria de intereses generales, entre otros, de la protección de los intereses de los consumidores y del medio ambiente. Estas encuestas reflejan la insatisfacción general sobre la intervención pública en estas materias y la demanda de mayores niveles de tutela¹. También comienza a ser habitual que las autoridades públicas nacionales justifiquen sus fracasos en estas materias, amparándose en la adecuación de la normativa interna a lo exigido por la normativa comunitaria (Doñana, Itoiz,...), o en la comparación con la situación o niveles de protección de intereses generales en

* Parte de este artículo procede de la investigación realizada en el marco del Proyecto de «Determinación de la ecotoxicidad sobre residuos para el seguimiento de su vertido y propuesta de desarrollo normativo para la evaluación de la toxicidad ambiental de los residuos industriales», realizado para el Departamento de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente del Gobierno Vasco. Deseo agradecer a la profesora Pilar Rodríguez de la UPV/EHU su amable invitación a participar en dicho proyecto, junto con la profesora Maite Martínez y bajo la dirección técnica del Dr. Adolfo Cid del Gobierno Vasco.

¹ Los resultados y análisis de dichas encuestas se pueden ver, por ejemplo, en el Informe del Consejo Económico y Social, *Derecho del Consumidor y Transparencia del Mercado*, Madrid 1999, pp. 10 y ss., o en el periódico Boletín de la Comisión de la Unión Europea, *Programa de Información para el Ciudadano Europeo*.

otros Estados miembros de la Unión Europea (tarifas telefónicas, precios de carburantes,...). Ciertamente, las deficiencias en la protección de intereses generales en la normativa comunitaria se pueden atribuir a la subsidiariedad de dicha normativa comunitaria en materia de protección de los consumidores y del medio ambiente, a la falta de competencias ejecutivas de las Instituciones comunitarias, y a la inactividad de los Estados miembros. Pero teniendo en cuenta que las políticas comunitarias de protección de los consumidores se han desarrollado durante más de un cuarto de siglo, debemos buscar otras razones que expliquen las limitaciones de la normativa comunitaria en la consecución de niveles efectivos de protección, y que ayuden a crear expectativas realistas sobre los objetivos que se pueden alcanzar en estas materias mediante la intervención comunitaria. Y estas razones residen, fundamentalmente, en las características de la normativa y proceso normativo comunitario.

Para comprender y valorar correctamente estas limitaciones es necesario tener presente los rasgos distintivos del proceso de integración comunitario europeo. El rasgo fundamental de dicho proceso de integración es el marcado carácter finalista del mismo, por el que las Instituciones comunitarias estarían dotadas de competencias expresamente atribuidas y competencias para la satisfacción de ciertos fines (como lo establece expresamente el art. 5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea TCE)². Un lugar esencial de las competencias y objetivos de la Comunidad es ocupado por la integración por la vía de la «integración de mercados», como construcción del mercado común o mercado interior, junto a otros objetivos e instrumentos previstos en los Tratados constitutivos, de marcado carácter económico (consecución de una unión económica y monetaria, de una unión aduanera y una política comercial común, de políticas comunes de agricultura, pesca, de empleo, transportes, etc., arts. 2 y 3 TCE).

Como es conocido, en orden al logro del objetivo de integración, los Tratados constitutivos originarios de las Comunidades Europeas, y en concreto, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 (TCEE, actualmente, Comunidad Europea, tras

² En este sentido se manifiestan en nuestra doctrina, entre otros, GONDRA ROMERO, J.M.^a, «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, García de Enterría, E., y otros (dir.), Madrid 1986, p. 277. También FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales», en *La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*, Alberto Alonso Ureba y otros (coord.), Madrid 1987, p. 41, y MAMBRILLA RIVERA, V.M., «La contratación mercantil en la normativa “supranacional” Exposición del Derecho unificado y comunitario», en *REE* 1993, pp. 10 y ss.

la firma del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992), definieron unos objetivos de integración económica, y unos instrumentos para la consecución de dichos objetivos. Y entre estos instrumentos destaca por su absoluta relevancia en el proceso de integración europea, la construcción de un «mercado común» (art. 2 TCEE) y/o «mercado interior» (concepto introducido por el Acta Unica Europea de 1986, definido en el art. 14, TCE como «un espacio sin fronteras internas en el que la libre circulación de las mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado»)³.

El Derecho comunitario europeo sería así un Derecho funcionalizado, sobre todo, desde una perspectiva económica, dado que está al servicio de los fines y objetivos político-económicos perseguidos a través del concreto concepto de integración europea.

En orden al logro de sus objetivos se establece un Derecho económico-patrimonial comunitario, con el objeto de regular la actuación externa de los operadores económicos en el mercado comunitario. Se trata de formar una normativa comunitaria para aquellos sectores de la realidad económica relacionados con el proceso de integración a través del mercado común. En este proceso se constituye un Derecho económico comunitario, al modo de Derecho constitucional económico, orientado a la consecución de los principios básicos consustanciales al mercado: libertad e igualdad de mercado⁴. En definitiva, se trata de liberalizar el tráfico comercial e industrial, mediante la eliminación de los obstáculos que lo impiden, y de preservarlo en un marco de competencia libre.

Esta libertad en el mercado se conseguiría mediante la remoción de los obstáculos al comercio de mercancías y servicios, y a la libre circulación de los factores de producción clásicos, el capital y el trabajo. Con este fin, los Estados miembros se comprometen a renunciar a limitar el libre desarrollo de la actividad comercial y de las actividades productivas, libertad ésta que pretende compensar los desequilibrios que se puedan producir como consecuencia del desplazamiento de la actividad económica liberalizada y su concentración en determinados espacios territoriales de la Unión Europea. Como parte esencial del mercado comunitario integrado se establece un sistema de competencia unificado, que pretende garantizar el ejercicio de las libertades de circulación, pero que al mismo

³ Sobre el similar contenido de estos conceptos y el de mercado único también manejado por las Instituciones, como en los documentos preparatorios del Plan de Acción del Mercado Unico (COM (97) 184 final, de 6 de mayo de 1997 o CSE (97) 1 final, de 4 de junio de 1997), *vid.* MORTELMANS, K., «The common market, the internal market and the single market, what's in a market?», en *CML Rev.* 1998, pp. 101 a 108, y la bibliografía citada en el mismo.

⁴ En este sentido, GONDRA ROMERO, J.M., *Derecho Mercantil I*, Madrid, 1992, p. 177.

tiempo establece los principios de ordenación del desarrollo de la actividad económica en el espacio comunitario. Este sector está orientado a la realización del principio de igualdad, consustancial a la idea de mercado, junto al principio de libertad.

Para el cumplimiento de estos fines las instituciones comunitarias son objeto del traspaso de poderes de soberanía por parte de los Estados miembros. La articulación de la distribución de competencias entre los poderes públicos nacionales y comunitarios europeos se basa en el «principio de competencias de atribución»⁵, en el sentido de que las competencias no atribuidas expresamente, son retenidas por los Estados miembros. Pero este principio conoce la importante excepción de las cláusulas generales que operan en beneficio de la competencia comunitaria. En virtud de lo dispuesto en estas cláusulas generales, las instituciones comunitarias son competentes para remover cualquier obstáculo que impida el normal funcionamiento del mercado común (arts. 94 y ss. TCE), y para realizar los objetivos comunitarios, aunque carezca de una competencia material expresa (art. 308 TCE).

Con gran frecuencia, se recurre a un proceso de uniformación o aproximación jurídica de los ordenamientos nacionales, estableciendo un Derecho comunitario sustancialmente uniforme⁶. Por esta última vía, se intenta conseguir un grado de coordinación entre las legislaciones nacionales en las áreas afectadas por el desarrollo del mercado integrado. La búsqueda de la afinidad jurídica sustancial, lleva a que el instrumento preferido sea el de la directiva comunitaria de armonización de ordenamientos nacionales (art. 249.3 TCE, que obliga a los Estados miembros «en cuanto al

⁵ En realidad, los Tratados constitutivos no contenían reglas expresas de distribución de competencias, y la regla de las «competencias de atribución» es una construcción doctrinal que se deriva de la interpretación sistemática de los Tratados constitutivos, y en concreto del art. 4 TCEE, por el que las instituciones comunitarias actuarán «...dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado», pero que se presume y acepta sin mayor determinación normativa, *vid.* BEUTLER, B., «Pie Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten», en *Die europäische Gemeinschaft-Rechtsordnung und Politik*, AAVV, Baden-Baden 1987, 3.ª ed., p. 75. En la actualidad, este principio se contiene en el art. 5 TCE, principio que obliga a motivar los actos y precisar su base jurídica, so pena de nulidad del acto, *vid.* MANGAS MARTÍN, A y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid 1996, pp. 93 y ss.

⁶ *Vid.* GONDRA ROMERO, J.M.ª, «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea...», *op. cit.*, p. 294, que precisa que se trata de «articular algún procedimiento que asegure una efectiva convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales, en orden a alcanzar un grado suficiente de “uniformidad” o, al menos, de “afinidad” sustancial en el contenido de aquella reglamentación “ordenadora” que permita neutralizar el referido efecto distorsionador provocado por la diversificación del factor jurídico estatal» siguiendo la orientación de MARX, F., *Funktion und Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag*, Köln 1976, y BEHRENS, «Integrationstheorie internationale, wirtschaftliche Integration als Gegenstand politischer, ökonomischer und juristischer Forschung», en *RabelsZ* 1981, pp. 14 y ss.

resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios»), alejándose de la creación de un Derecho europeo «unitario» creado sobre la base de reglamentos (art. 249.2 TCE) o de Convenios internacionales⁷.

La opción por las directivas se suele basar en la complejidad técnica de las materias y en la vigencia de normativas nacionales dispares sobre las mismas. Sin embargo, no existen razones de tipo normativo para justificar el recurso continuo a las directivas, salvo su fundamento en el art. 94 TCE. Sin embargo, es significativo el que la directiva se prodigue en las materias en las que no existen competencias comunitarias exclusivas (sociedades, tributos, etc.), mientras que se recurra habitualmente al reglamento en las que sí existen estas competencias (comercio exterior, agricultura, etc.). El contenido material de la norma puede, en este sentido, condicionar la opción normativa⁸.

En estas condiciones, la normativa comunitaria, si bien no limita expresamente la iniciativa pública económica nacional sí lo hace de forma «funcional» por distintos medios, y con ello afecta directamente a las relaciones jurídicas establecidas en el tráfico interno de los Estados miembros. Y esta limitación se produce tanto mediante las normas de armonización para la protección del mercado comunitario y garantía de las libertades de circulación, como a través de la normativa sobre competencia⁹. No hay que olvidar que la preeminencia de la ley nacional como fuente, y la soberanía estatal como fundamento del Derecho positivo, se ven seriamente afectadas por la incidencia de la normativa comunitaria.

El Derecho comunitario formado de la manera descrita está articulado con el ordenamiento interno sobre la base de unos principios de construcción jurisprudencial, por los que se atribuye efecto directo y supremacía a las normas del Derecho comunitario. Las normas del Derecho comunitario,

⁷ El carácter subsidiario de reglamentos y convenios, como opción de política normativa en la creación del mercado común, se manifiesta, por ejemplo, en que apenas se proponen reglamentos o convenios entre las 282 normas comunitarias que se estiman necesarias para la consecución del mercado interior en el Libro Blanco de la Comisión para la consecución del Mercado Interior, COM (85) 310 final, de 9 de septiembre de 1986 (salvo en algunos sectores como la propiedad intelectual o industrial, la práctica totalidad de las medidas propuestas son directivas).

⁸ Entiende que sólo se recurre a otros instrumentos normativos, cuando la coordinación no dé lugar a los resultados buscados en la construcción del mercado común, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español», en *DA* 202, 1984, p. 195.

⁹ *Vid.* ALONSO UREBA, A., «El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, García de Enterría, E. y otros (dir.), Madrid 1986, p. 260., con abundante bibliografía, que las interpreta en términos de opción por un modelo concreto de «economía de mercado».

en ciertas condiciones de definición, tienen capacidad de generar derechos subjetivos y obligaciones invocables ante los poderes públicos nacionales (efecto directo o la aptitud material de las disposiciones del Derecho comunitario para generar derechos y obligaciones directamente exigibles por los interesados¹⁰. En estas condiciones las normas dotadas de efecto directo prevalecen sobre las normas nacionales de cualquier rango (supremacía).

Y estas directivas comunitarias en las que se basa, en gran parte, el ordenamiento jurídico comunitario acaban sometiendo a los Estados miembros a la eliminación de las distorsiones que impiden el libre funcionamiento del mercado, derivadas de las desigualdades entre las normas nacionales aplicables al desarrollo de las actividades económicas. Este es el objetivo liberal con el que se establece este mecanismo. Pero, como se ha puesto de relieve, las directivas contienen las soluciones normativas que el legislador comunitario estima que mejor se ajustan a los objetivos del art. 2 TCE, con lo que realiza una opción de política jurídica que «no se proyecta con total asepsia de fines político-ordenadores»¹¹. Ello unido a la utilización de las directivas en materias de connotaciones político-sociales evidentes lleva a un cierto rechazo de los Estados miembros del proceso armonizador.

Por otra parte, la prioridad en la liberalización de las actividades económicas, y los mecanismos de imposición de dicha liberalización dificultan la elaboración de una normativa de protección de intereses generales que limite dicha liberalización. Y aunque en la normativa comunitaria se identifican intereses generales que se consideran dignos de protección comunitaria o nacional, dicha protección debe ser compatible con el proceso de liberalización de las actividades económicas (cif. arts. 30, 95, 153.5 o 176 TCE). Este equilibrio que se exige entre la protección de los intereses generales y la liberalización de las actividades económicas se refleja en frecuentes cláusulas excepcionales en la normativa comunitaria que permiten a los Estados miembros limitar la eficacia o el ámbito de aplicación de las normas comunitarias a determinados supuestos (como en materia de responsabilidad por productos defectuosos, protección de las aguas superficiales o de la fauna silvestre). Pese a ello, se han formulado autorizadas

¹⁰ Sobre este concepto, *vid.*, entre otros, MUÑOZ MACHADO, S., «Los principios de articulación de las relaciones entre el Derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, García de Enterría, E., y otros (dir.), Madrid 1986, pp. 508 y ss. En relación a las directivas y al efecto directo existe abundante bibliografía, entre la que destacan en relación al problema de la «invocabilidad», MANIN, Ph. «L'invocabilité des directives: Quelques interrogations», en RTDE 1990, pp. 669 y ss.; CURTIN, D. «Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights», en *CML Rev* 1990, pp. 709 y ss.; PRECHAL, S., *Remedies after Marshall*, *CML Rev* 1990, pp. 451 y ss.

¹¹ GONDRA ROMERO, J.M., *Derecho Mercantil I*, *op. cit.*, p. 181.

recomendaciones para revisar la normativa comunitaria, en el sentido de que se minimicen las «...restricciones a la competitividad y al empleo, a la vez que maximizan los beneficios derivados de la injerencia estatal directa, lo que desembocará en la reducción o supresión de la reglamentación que se considere innecesaria y su sustitución por mecanismos alternativos»¹².

En este trabajo pretendemos resaltar ciertos aspectos de la normativa comunitaria de protección de intereses generales, tanto en su proceso de elaboración como de aplicación, y las reservas con las que ha ido desarrollándose en estas materias, hasta conseguir, en cierto sentido, privar de eficacia a los objetivos tuitivos previstos en las políticas comunitarias.

2. DESARROLLO DE LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES¹³

Estas políticas comunitarias se desarrollan por las Instituciones comunitarias desde comienzos de la década de los 70, sobre la base de diferentes planes y programas plurianuales de actividad. En sus orígenes, el Derecho comunitario no establecía competencias en materia de protección

¹² Informe del Grupo de Expertos Independientes sobre la Simplificación Legislativa y Administrativa (conocido como Informe MOLITOR), COM (95) 288 final, de 21 de junio de 1995. En lo que se refiere a su aplicación a la normativa comunitaria de protección del medio ambiente, SUNYER, C., «El informe Molitor; un atentado contra la legislación ambiental», en *Quercus* 127, septiembre 1996, pp. 36 y ss.

¹³ Relaciones y comentarios sobre las políticas comunitarias en ALONSO GARCÍA, E., *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, 2 Volúmenes, Madrid 1992 y 1993.; Bourgoignie, Th. y TRUBEK, D. *Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States*, Berlín-Nueva York 1987; KRÄMER, L., *EC treaty and environmental Law*, Londres 1998; Idem, «Verbraucherschutz», en *Handbuch des EUWirtschaftsrechts*, Dauses (ed.), Vol. II Letra H.V., Munich 1997; Idem, *La CEE et la protection du consommateur*, Bruselas 1988; GRABITZ, E. y NETTESHEIM, M., «Umwelt», en *Kommentar zur Europäischen Union*, Grabitz/Hilf (dir.), Munich 1999; HAIGH, Nigel, *EEC Environmental Policy & Britain*, Essex 1990, LÓPEZ RAMÓN, F., «Caracteres del Derecho comunitario europeo ambiental», en *RAP* 142, 1997, pp. 53 y ss., Idem, «La Política de Medio Ambiente de la Comunidad Europea y su incidencia en el Derecho español», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo III, García Enterría, E. y otros (dir.), Madrid 1986, pp. 499 y ss.; REHBINDER, E. y STEWART, R., «European Environmental Law», en *AJCL* 3, 1985, pp. 370 y ss.; RUIZ MUÑOZ, M., «Introducción a la Protección Jurídica de los Consumidores», en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (coord.), Madrid 1999, pp. 3 y ss.; SIERRA LUDWIG, V., «La política ambiental comunitaria: una carrera de obstáculos», en *ICE* 711, 1992, pp. 167 y ss.; VALERIO, E., *La legislación europea del Medio Ambiente: su aplicación en España*, 2.ª edición, Madrid 1996; WOLF, M., «Eg-Verbraucher- und Datenschutzrecht», en *Kommentar zur Europäischen Union*, Vol. IV Letra A, Grabitz/Hilf (dir.) Munich 1999; VARIOS AUTORES, *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Luciano Parejo (coord.), Madrid 1996 y VARIOS AUTORES, *La Communauté européenne et l'environnement*, París 1997.

de los consumidores e, incluso, carecía de mención alguna a la protección del medio ambiente. La falta de competencias de atribución no impidió a las instituciones adoptar distintas normas para la protección de estos intereses, en una situación política, contando una opinión pública favorable a ello¹⁴. Este proceso normativo se realizaba, sobre todo, en el marco del proceso de armonización necesario para la consecución del mercado común. Este no implica, sin embargo, que las medidas comunitarias tuviesen un exclusivo contenido jurídico-patrimonial, dado que se desarrollan para la consecución de unos objetivos previstos en los planes y programas de acción, que abarcan otras cuestiones relevantes en la protección de estos intereses generales.

I. En materia de *protección de los consumidores* se han aprobado y adoptado los siguientes Planes y programas, que, por sus caracteres, se pueden agrupar en los siguientes bloques, si bien todos prevén la actuación prioritaria en los derechos que se han recogido en el art. 153 TCE, como derechos básicos (de protección de la salud y de la seguridad, protección de los intereses económicos, derecho a la información y educación y derecho a la representación):

1.º) El «Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para la Protección e Información de los Consumidores», de 14 de abril de 1975¹⁵, continuado por el Segundo Programa para una Política de Protección e Información de los Consumidores, de 19 de mayo de 1981¹⁶. En

¹⁴ La actuación de las Instituciones comunitarias en estos ámbitos materiales ha estado lastrada, por lo menos, desde el punto de vista de la legitimidad, por la falta de competencias expresas de atribución a las Instituciones por parte de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas en su redacción originaria (1951 y 1957). A pesar de ser un problema que ha perdido actualidad (por la incorporación posterior de competencias expresas, en las reformas del Acta Unica Europea y del Tratado de Maastricht 1992) es necesario resaltar la falta absoluta de menciones a la protección del medio ambiente y/o la mención de los intereses de los consumidores en dichos Tratados exclusivamente como parte de los objetivos de la Política Agrícola Común (arts. 33.1e) y 34.2 TCE) o de las normas de competencia (arts. 81.3 y 82.b) TCE), han condicionado los caracteres de las medidas adoptadas como parte de estas políticas comunitarias, como medidas de complemento a la consecución del mercado común.

Por otra parte, la falta de competencias de atribución no impidió al TJCE considerar a las Comunidades Europeas legitimadas para adoptar medidas protectoras en las escasas ocasiones en que la competencia comunitaria fue cuestionada, *vid.* STJCE de 18 de marzo de 1980, Comisión vs. Italia, As.91/79 y 92/79, Rec.1099 y 1115, y STJCE de 7 de febrero de 1985, ADBHIJ, As.240/83, Rec. 531.

¹⁵ Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, *DOCE* C 92, de 25 de abril de 1975, propone una serie de acciones para dar contenido a los cinco derechos fundamentales: derecho a la protección de la salud y seguridad, de los intereses económicos, al resarcimiento de daños, a la información y educación y a la representación.

¹⁶ Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981, *DOCE* C 133, de 3 de junio de 1981, por la que además de confirmar el contenido del Programa preliminar, propone nuevas accio-

estos programas se establece la necesidad de una intervención a nivel comunitario para garantizar la protección de los derechos de los consumidores, e impedir que los diferentes regímenes nacionales supongan una barrera para la consecución del Mercado Unico (*protección comunitaria positiva*)¹⁷.

2.º) Aunque sin renunciar a los objetivos previstos en los anteriores Programas, se restringe el ámbito de actuación comunitario de protección de los consumidores a las medidas indispensables para la consecución del Mercado Interno, mientras que el resto de las materias permanecería en la competencia de los Estados miembros. Esta orientación se recoge en el documento «Futuras Orientaciones de la Política comunitaria en relación con la Protección y Promoción de los Intereses de los Consumidores», de 23 de junio de 1986¹⁸. Este documento va a ser continuado por el llamado «Futuras Prioridades para el Relanzamiento de la Política de Protección de los Consumidores», de 9 de noviembre de 1989¹⁹, que se acompaña, más tarde, de un Plan de la Comisión para su ejecución, el llamado «Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores en la Comunidad Europea (1990-1992)»²⁰.

En el mismo sentido el documento «Futuras Prioridades para el Relanzamiento de la Política de Protección de los Consumidores», de 13 de

nes para los años 1981 a 1986 y establece la necesidad de integrar la protección de los consumidores en las otras políticas comunitarias .

¹⁷ Sobre la «Protección positiva», BOURGOIGNIE, Th. «Consumer Law and the European Community: Issues and Prospects», en BOURGOIGNIE, Th. y TRUBEK, D. *Consumer Law, Common Markets and Federalismo in Europe and the United States*, Berlín-Nueva York 1987, pp. 89 y ss., en especial p. 105.

¹⁸ Las dificultades existentes para la culminación de los objetivos perseguidos en los programas anteriores, llevaron a que la Comisión presentase una Comunicación al Consejo titulada «Nuevo Impulso para la Política de Protección de los Consumidores» (COM (85) 314 final, de 23 de julio de 1985), en la que, además de valorar negativamente lo conseguido en relación a los objetivos de los anteriores Programas, señala los objetivos esenciales a conseguir en esta nueva etapa (en materia de protección de la salud y de la seguridad, beneficio de los consumidores del Mercado Común y de ponderación de la protección de los consumidores en las otras políticas comunitarias) estableciendo las medidas a adoptar (19 acciones) y un calendario de ejecución. La Comunicación de la Comisión resultó aprobada por la Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986, *DOCE C 167*, de 4 de julio de 1986, pero añadiendo a la Comunicación de la Comisión ciertas precisiones sobre los caracteres de las futuras acciones comunitarias relativas a los consumidores, que debe centrarse en acompañar la consecución del Mercado Interior, y en las cuestiones de dimensión comunitaria. De esta forma la protección de los consumidores estará ligada a la consecución del Mercado Interior (Libro Blanco sobre la Realización del Mercado Interior, COM (85) 314 final, de 14 de junio de 1985), con referencia expresa a la «Nuevo Enfoque en la Armonización Técnica y Normalización», COM (85) 19 final de 31 de enero de 1985, aprobado por Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985, *DOCE C 136*, de 4 de junio de 1985.

¹⁹ Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989, *DOCE C 294*, de 22 de noviembre de 1989.

²⁰ Documento COM (90) 98 final, de 3 de mayo de 1990.

julio de 1992²¹, que se acompaña de otro Plan de la Comisión para su ejecución, el «Segundo Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores en la Comunidad Europea» (1993-1995)²².

3.º) En la siguiente fase se pretende ampliar el ámbito de actuación para garantizar la protección de los consumidores, no sólo en aspectos relacionados con la consecución del Mercado Interior. Esta estrategia fue adoptada en la Comisión en su Comunicación sobre «Prioridades de la Política de Protección de los Consumidores: 1996-1998», 23 de abril de 1996²³ (Tercer Plan trienal).

Por último, el Consejo aprobó el 28 de junio de 1999 una Resolución sobre la «Política de los Consumidores en la Comunidad en el período 1999-2001»²⁴ (Cuarto Plan Trienal), en la que incidiendo en los objetivos previstos en los Planes Trienales anteriores en materia de protección de intereses concretos, de representación de los consumidores y de protección de los intereses de los consumidores en las relaciones internacionales, se pone especial énfasis en la integración de la protección de los consumidores en otras políticas comunitarias y nacionales y en el control de la aplicación de la normativa. Se prevé también la financiación de las actividades destinadas a la protección de los consumidores y la promoción de sus intereses en el período 1999-2003, en una Decisión del Consejo y del Parlamento Europeo de 25 de enero de 1999²⁵.

En materia de protección del *medio ambiente* se han adoptado cinco Planes de Acción plurianuales que se pueden agrupar en tres bloques de Programas de Acción aprobados mediante Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo:

1.º) Los dos primeros Programas de Acción de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente (si bien, se refieren a un Programa en la Comunidad Europea, por las reticencias varios Estados miembros a reconocer una competencia general a la Comunidad en este ámbito²⁶) son pro-

²¹ Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992, *DOCE* C 186, de 23 de julio de 1992.

²² Documento COM (93) 378 final, de 28 de julio de 1993.

²³ Se contempla la consecución de distintos objetivos en materia de información al consumidor, servicios de utilidad pública, consumo sostenible compatible con la protección del medio ambiente, representación de los consumidores y proyección internacional de la protección de los consumidores, COM (95) 519 final, de 31 de octubre de 1995, *vid.* GUILLEN CARAMES, J. *Op. cit.* p. 54.

²⁴ Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999, *DOCE* C de 21 de julio de 1999.

²⁵ Decisión 283/1999/CE del Parlamento y del Consejo de 25 de enero de 1999, *DOCE* L 34 de 9 de febrero de 1999. Se prevé una dotación financiera de 112,5 millones de euros para el período 1999-2003.

²⁶ Además de los autores citados en nota 13, *vid.* sobre las dificultades políticas que se generan en los primeros momentos para la aprobación de normas y programas de protección del medio ambiente, *vid.* TOULEMON, R., «La problematique d'une politique européenne de l'environnement», *op. cit.* p. 10.

gramas quinquenales, de 22 de noviembre de 1973²⁷, y de 17 de mayo de 1977²⁸, en los que se establecen acciones, prioridades y objetivos, entre los que se encuentra, fundamentalmente, luchar contra problemas sectoriales de contaminación.

2.º) Los Programas de Acción de 7 de febrero de 1983²⁹ y 19 de octubre de 1987³⁰, aunque continúan los objetivos previstos en los primeros Programas ponen hincapié en el carácter global de los problemas ambientales y en la importancia de la Política preventiva. También se pone énfasis en la necesidad de controlar la aplicación del acervo comunitario.

3.º) El Quinto Programa de Acción para el período 1993 a 2000³¹, combina las estrategias de los Programas anteriores identificando sectores clave en materia de protección del medio ambiente (industria, energía, transportes, agricultura y turismo), pero, además, reconoce la necesidad de ampliar la gama de instrumentos que sirven de complemento a la legislación (instrumentos de mercado, ayudas económicas y mejoras en información y educación), pero sobre todo resalta la necesidad de que la protección del medio ambiente se integre en las otras políticas comunitarias y que se examinen éstas hacia un «crecimiento sostenible» respetuoso con el medio ambiente, acentuando su carácter global.

La utilización de planes y comunitarios manifiesta las dudas y dificultades existentes en torno al desarrollo de una competencia comunitaria. Los planes y programas no están incluidos entre los actos normativos comunitarios relacionados en el artículo 249 TCE y son, por lo tanto, de discutible carácter normativo. La falta de carácter obligatorio se manifiesta en dos caracteres comunes a todos los planes y programas: 1.º Por la falta de voluntad de las Instituciones de que de los mismos se deriven derechos y obligaciones. Esta falta de voluntad se manifiesta en que el Consejo que los aprueba se limita a darse por enterado del contenido de los programas, sin asumir obligaciones respecto a su cumplimiento. Por otro lado, el contenido de los Programas está redactado en unos términos que generalmente no dejan lugar a dudas sobre su carácter programático u orientador, y que no cumplen con los requisitos de precisión y claridad establecidos por el TJCE para reconocer a una norma comunitaria «efecto directo».

En la jurisprudencia del TJCE se reconoce que diferentes normas de Derecho comunitario son aptas para producir efectos directos. Los razo-

ronnement», en RMC 1974, pp. 229 y ss., y VON MOLTKE, K., «Europäische Umweltpolitik», en ZUR 1979, pp. 77 y ss.

²⁷ DOCE C 112, de 20 de diciembre de 1973.

²⁸ DOCE C 139, de 13 de junio de 1977.

²⁹ DOCE C 46, de 17 de febrero de 1983.

³⁰ DOCE C 328, de 7 de diciembre de 1987.

³¹ Resolución de 1 de febrero de 1993, DOCE C 138, de 17 de mayo de 1993.

namientos del TJCE son básicamente idénticos para todo tipo de normas comunitarias, y se han aceptado respecto a los tratados y los reglamentos comunitarios, pero han encontrado mayores resistencias en las autoridades nacionales, cuando han estado referidas a las directivas comunitarias o decisiones. Al comienzo de la década de los años setenta, el TJCE formula este criterio para explicar que las disposiciones de las directivas pueden ser alegadas por los justiciables ante los órganos jurisdiccionales, del mismo modo que pueden alegar una disposición reglamentaria directamente aplicable, porque en caso contrario se debilitaría el efecto útil de estas disposiciones, si no pudiesen ser invocadas³². Esta afirmación realizada con relación a los efectos de las directivas junto con otras normas comunitarias, sería matizada por el TJCE en sentencias posteriores, en las que se refiere con carácter exclusivo a las disposiciones de las directivas.

El TJCE, en su sentencia de 4 de diciembre de 1974, VAN DUYN³³, y en referencia exclusiva a las directivas, formula el criterio por el que el efecto directo de las directivas se basa en el carácter vinculante de las mismas. Sobre la base del efecto útil de dichas normas, entiende el TJCE que se hace necesario «examinar, en cada caso, si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición de que se trate son susceptibles de producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares». Este razonamiento se reproducirá con algunos matices en sentencias posteriores³⁴ precisándose en la importante sentencia posterior, STJCE de 19 de enero de 1982 BECKER³⁵. En esta sentencia se concretan las condiciones para la producción de este efecto (en esta sentencia, aunque deduce el efecto directo de la naturaleza vinculante de las directivas, conforme a su definición en el art. 249.3 TCEE, fundamenta el efecto directo en la situación creada por el Estado miembro que incumple su obligación de incorporar las directivas). Así, cuando las disposiciones de las directivas sean precisas y suficientemente incondicionales podrán ser alegadas por los particulares, en ausencia de medidas de incorporación el plazo previsto, «contra cualquier norma interna que resulte incompatible con las mismas o en tanto en

³² STJCE de 6 de octubre de 1970, GRAD, Rec. 825 y ss., en la que se lee que en el supuesto de que las autoridades comunitarias obligaran a un Estado miembro a adoptar un comportamiento determinado *el efecto útil de tal acto se debilitaría si se impidiese a los justiciables el hacerlo valer en justicia y a las jurisdicciones nacionales considerarlo como elemento del Derecho comunitario*, si bien esta sentencia trata sobre los efectos combinados de una decisión y una directiva.

³³ STJCE de 4 de abril de 1974, VAN DUYN, Rec. 1337 y ss., en la que el TJCE repite la fórmula del efecto útil referido en exclusiva a las directivas y establece que «sería incompatible con el efecto obligatorio que el art. 189 reconoce a la directiva el excluir en principio que la obligación que la misma impone pueda ser alegada por las personas afectadas».

³⁴ Por ejemplo, en STJCE de 1 de febrero de 1977, VERBOND VAN NEDERLANDSE ONDER-NEMINGEN, Rec. 113 y ss. y STJCE de 23 de noviembre de 1977, ENKA, Rec. 2203 y ss.

³⁵ STJCE de 19 de enero de 1982, BECKER, Rec. 53.

cuanto tales disposiciones definan derechos que los individuos puedan hacer valer contra el Estado»³⁶.

Esta interpretación jurisprudencial ha servido, en último término, para superar las objeciones que algunos tribunales nacionales opusieron a la concepción original del efecto directo de las directivas, como ha puesto de relieve la doctrina³⁷. En estas objeciones se expresa la teoría de que el reconocimiento del efecto directo de las directivas, al extender el poder normativo de la Comunidad equiparando los efectos jurídicos de directivas y reglamentos, superaría los términos estrictos de los Tratados constitutivos, y con ello, la transferencia de los derechos de soberanía realizada por los Estados miembros. En la sentencia BECKER se pone de manifiesto que solamente en circunstancias especiales, y con fundamento en el incumplimiento estatal en tiempo hábil de la obligación de incorporar las directivas, se pueden invocar las disposiciones precisas e incondicionales de las directivas, contra normas internas o para hacer valer derechos contra el Estado miembro. No se trata, por lo tanto, de equiparar los efectos de las directivas y los de los reglamentos, si no de garantizar, mínimamente, el carácter obligatorio de las directivas comunitarias.

2.º La ausencia de calendarios a los que se vincule la adopción de actos normativos, y que es frecuente utilizar cuando se prevé la consecución de un objetivo para el que las Instituciones comunitarias o los Estados miembros se comprometen a adoptar medidas concretas (calendarios que no se deben confundir con el período de vigencia de algunos de los planes, porque los períodos de vigencia no están unidos al compromiso de que las acciones necesarias para la consecución de los objetivos se adopten antes de la conclusión de los respectivos períodos).

Estos calendarios se establecen tanto en el Derecho originario comunitario (como en los períodos transitorios previstos para la incorporación del acervo comunitario en las actas de adhesión de los Estados a la Unión Europea, establecimiento progresivo del Mercado Común del antiguo artículo 8 TCEE o del Mercado Interior del art. 14 TCE o establecimiento de la Unión Económica y Monetaria del art. 116 TCE), como en el Derecho derivado (Libro Blanco sobre el Mercado Interior, Plan de Acción

³⁶ Vid. al respecto ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid 1989, pp. 143 y ss.; SANTAOLALLA GADEA, F., «La aplicación del Derecho comunitario en España», DA, p. 223 y JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea», en RAP 109 1986, pp. 119 y ss.

³⁷ Vid. MANIN, Ph., «L'invocabilité des directives: ...», *op. cit.*, pp. 690 y ss.; CURTIN, D. «Directives: the effectiveness...», *op. cit.*, pp. 714 y ss., PRECHAL, S., «Remedies after Marshall», *op. cit.*, pp. 453 y ss., SANTAOLALLA GADEA, F., «La aplicación...», *op. cit.*, pp. 220 y ss., y GALMOT, Y. y BONICHOT, J.C. «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la transposición de las directivas al Derecho nacional», en *Noticias/CEE* n.º 47, 1988, pp. 22 y ss.

para el establecimiento del Mercado Unico, etc.). Aunque en algún caso se ha establecido algún calendario, como en el documento titulado «Futuras Orientaciones de la Política comunitaria en relación con la Protección y Promoción de los Intereses de los Consumidores», aprobado por Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986, lo cierto es que, por lo general, no se ha cumplido.

Desde esta perspectiva, se trata de lo que la doctrina denomina «acuerdo de caballeros» (*gentlemens agreements*), sin mayor contenido que el de una declaración de intenciones sobre las etapas y prioridades que las Instituciones tienen prevista en la protección de un interés general, acompañada de la autoobligación del Consejo de adoptar sin demora las decisiones oportunas sobre las propuestas normativas para cumplir con los fines y plazos de los respectivos planes y programas. Los actos de las Instituciones comunitarias en el desarrollo de estas políticas comunitarias, sin embargo, y pese a la falta de efectos vinculantes, se corresponden con lo previsto por los planes y programas para cada período de aplicación de los planes.

La ausencia de carácter obligatorio de los planes y programas ha sido establecida expresamente el TJCE en su sentencia de 12 de diciembre de 1996³⁸, aunque no en razón del tipo de acto normativo del que se trata, el programa de Acción, sino por su contenido. El TJCE excluye que el 5.º Programa de Acción en materia de protección del Medio Ambiente pueda contener normas jurídicas de carácter obligatorio, por los términos en los que se adopta dicho acto (Cdo. 30 de la sentencia, aprobación del planteamiento y la estrategia generales del Programa y solicitud a la Comisión que presente las propuestas pertinentes para ponerlo en práctica) y porque, según el propio Programa, sus *...objetivos y metas no constituyen ninguna obligación jurídica sino, más bien, unos determinados logros o resultados a los que hay que tender* (Cdo. 32).

Los Programas y Planes comunitarios, aunque constituyen una fuente de información importante sobre las prioridades de las Instituciones no generan derechos y obligaciones en su redacción actual. De hecho, muchas de las propuestas normativas presentadas por la Comisión en el marco de los mismos y durante su vigencia, han sido rechazados por el Consejo. Sin embargo, hasta la introducción de competencias expresas en el TCE, los Programas de Acción han establecido las prioridades en ambos ámbitos de actuación, generando un Derecho derivado que se caracteriza por:

³⁸ STJCE de 12 de diciembre de 1996, ASSOCIAZIONE AGRICOLTORI, As. C-142/95, Rec.-I 6669.

1.º La variedad de motivaciones que motivan la adopción de normas comunitarias de protección. La justificación fundamental radica en la voluntad de eliminar obstáculos a la libre circulación y las distorsiones a la competencia. En materia de protección de los consumidores, sin embargo, la necesidad de aumentar la competitividad de la economía comunitaria por esta vía, se combina con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos³⁹. Ello lleva a que junto a la supresión de obstáculos derivados de las diferentes reglamentaciones nacionales, se tenga que conseguir un elevado nivel de protección de los grupos de ciudadanos cuya posición jurídica se encuentre en desventaja ante los riesgos que se generan en ciertas prácticas comerciales e industriales. En este sentido, la normativa de protección de los consumidores debe superar las deficiencias de definición de las que adolece, en lo relativo a los derechos de los consumidores que se protegen y el ámbito subjetivo de sus normas (que el TJCE ha considerado, en algunos casos, aplicables a todos los ciudadanos estableciéndolo expresamente en la normativa interna de incorporación).

Una cuestión de cierta trascendencia es la determinación del concepto de «consumidor» que determina el ámbito subjetivo de aplicación de las normas. En el TCE no existe definición de este concepto, y algunos textos normativos manejan una definición amplia de consumidor que lo equipara con el ciudadano (Programa Preliminar 1975). Sin embargo, el concepto más extendido en el Derecho derivado de protección del consumidor es el de la persona física que actúa con un propósito extraño a su actividad profesional o comercial (concepto manejado, por lo general, por las directivas que regulan los intereses económicos de los consumidores). Este concepto se extiende a cualquier participante en el mercado en las normas comunitarias sobre publicidad (Directivas 84/450/CEE y 97/55/CE, arts. 1 y 2), y sobre responsabilidad por daños de productos defectuosos (Directiva 85/374/CEE, art. 1).

Esta duplicidad de conceptos normativos comunitarios de consumidor provoca una cierta confusión sobre el grupo de personas a los que la normativa comunitaria garantiza derechos, que se puede ver agravada por el hecho de que las propias directivas comunitarias o el art. 153.5 TCE⁴⁰

³⁹ Como reconoce expresamente la Comunicación de la Comisión «Estrategia para el Mercado Interior», COM (1999) 624 final, de 24 de noviembre de 1999, p. 3.

⁴⁰ *Vid.* STJCE de 14 de marzo de 1991, PATRICE DI PINTO, As. C-361/89, Rec. I-1189 y STJCE de 17 de marzo de 1998, Edgar DIETZINGER, As. C-45/96, en los que el Tribunal de Justicia se ocupa de interpretar el concepto restringido de consumidor establecido por la Directiva 85/577/CEE, rechazando la pretensión de la Comisión de interpretar el concepto de forma amplia, pero recordando que los Estados están facultados para adoptar o mantener criterios de protección más estrictos que los de la normativa comunitaria.

permiten que los Estados miembros amplíen el ámbito subjetivo de aplicación de estas normas, lo que, además de afectar a la racionalidad de las mismas, puede provocar una modificación generalizada del derecho de obligaciones y contratos nacionales, que exceda de los objetivos de esta política.

2.º La ausencia de normas generales o globales en ninguno de los sectores en los que existe normativa comunitaria. Ciertamente, la competencia normativa es compartida con los Estados miembros. Pese a las previsiones del 5.º Programa en materia del medio ambiente, con la identificación de sectores clave (industria, energía, transportes, agricultura y turismo) en los que es necesaria una actuación global, no existe ningún ámbito de actividad en el que la Unión Europea establezca un sistema integral de protección del medio ambiente. E incluso, en los sectores en los que más ha prodigado su actuación normativa, faltan las normas que coordinen las normas vigentes y permitan una protección efectiva de los recursos naturales. Esta característica se hace especialmente evidente en la normativa de protección de las aguas continentales, ámbito en el que la actividad de las Instituciones se ha enfrentado con algunas de las mayores dificultades para asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria.

3. LA PROTECCIÓN DE INTERESES GENERALES EN LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE VERTIDOS INDUSTRIALES DIRECTOS O INDIRECTOS A LAS AGUAS CONTINENTALES

Las directivas comunitarias de protección del agua se caracterizan por su fragmentación y desigualdad, y carecen de un enfoque global de protección de este recurso natural. Además, las mismas establecen una combinación de distintos criterios para la protección de la calidad de las aguas, que como ha señalado acertadamente la doctrina más especializada⁴¹, pueden incidir en un menor rigor en la protección de este recurso. La superación de los problemas que crea este marco normativo está lastrada por el carácter de competencia compartida de la Política comunitaria, y la necesidad de que el objetivo de protección del medio ambiente pueda «...lograrse mejor...» en el ámbito comunitario (art. 5 TCE), que por los Estados miembros. Lo cierto es que el nivel de incumplimiento en esta materia es tradicionalmente muy elevado, y alrededor del 25% de los

⁴¹ Además de los autores citados en la nota 13 se pueden consultar, DE MIGUEL GARCÍA, P., «Contaminación y calidad de aguas continentales: el Derecho español ante la normativa de la Comunidad Europea», DA 35, 1982, MARTÍN RETORTILLO, S., «Reflexiones sobre la calidad de las aguas en el ordenamiento jurídico español», REDA 65, 1990 o, más recientemente, FANLO LORAS, A., «La protección de las aguas», *Noticias de la Unión Europea* n.º 153, 1997.

procedimientos de infracción existentes en materia de protección del medio ambiente tienen por objeto la protección de las aguas continentales⁴².

Pese a realizar una valoración global positiva de la normativa comunitaria de protección del agua, el carácter fragmentario y desigual de la misma es reconocido expresamente por la Comisión de la Unión Europea en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, «La política de aguas de la Comunidad Europea»⁴³. Estos caracteres, según el propio texto citado, se deben a las competencias compartidas entre los Estados miembros y la Comunidad en materia de política de aguas, por lo que la Comunidad «...únicamente toma medidas cuando está en mejores condiciones de hacerlo que los Estados miembros, por lo que la legislación comunitaria no abarca la totalidad de los objetivos y de los problemas».

De forma sintética, la normativa comunitaria de protección del agua está compuesta de distintas directivas cuyo objetivo es proteger la calidad de las aguas frente a la contaminación. En la legislación comunitaria tradicional, esa calidad se pretende conseguir con la fijación de valores paramétricos comunes en el ámbito comunitario, que son aplicados a todos los Estados miembros. Estas directivas se pueden reconducir a dos grandes grupos en función de sus dos objetivos perseguidos por las mismas: el control de ciertas sustancias peligrosas y la garantía de la calidad de las aguas reservadas a ciertos usos. A ellas se unen las directivas relativas a productos y actividades contaminantes.

1.º Las directivas que regulan los procesos de vertidos contaminantes a las aguas superficiales, con independencia de los usos posteriores de las mismas. En esta categoría se encuentran lo que se denominan como normas de «emisión», porque los parámetros se fijan con relación al contenido del vertido contaminante. En algunos casos también se prescriben ciertos tratamientos o la utilización de ciertas tecnologías (por ejemplo, en materia de aguas residuales).

En este ámbito existen una directiva-marco y varias de desarrollo. La Directiva-marco es la Directiva 76/464/CEE, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad (modificada por la Directiva 86/280/CEE, de 12 de junio de 1986). Esta directiva ha sido desarrollada por otras desde su promulgación. En este grupo se incluye la Direc-

⁴² Según el Decimosexto Informe Anual sobre el Control de la Aplicación del Derecho Comunitario (1998), COM (99), 301 final de 29 de julio de 1999, p. 90.

⁴³ COM (96) 59 final, de 21.2.1996, p. 15.

tiva 91/271/CEE, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de aguas residuales urbanas, en la medida en la que en la misma se establece un régimen especial para la contaminación de estas aguas, y, además, prevé la utilización complementaria de la autorización previa, junto a los valores de emisión/inmisión para la garantía de la calidad de las aguas. Existen procedimientos de infracción abiertos contra la mayoría de los Estados miembros por el incumplimiento de estas normas⁴⁴.

2.º Las directivas que establecen objetivos de calidad de las aguas, según los usos a los que están destinadas. De esta forma se pretende que las masas de agua de aprovechamiento predeterminado estén libres de ciertas concentraciones de elementos contaminantes. En esta categoría se encuentran las normas que se califican en la doctrina como de «inmisión o calidad», porque los parámetros se establecen con relación a la composición del agua.

Es importante resaltar el que a pesar de las previsiones de los Programas de Acción comunitarios en materia de medio ambiente, números 4 y 5.º, en el sentido de resaltar la necesidad de establecer normas mínimas de calidad para todas las aguas comunitarias, se carece en la Comunidad Europea de parámetros de calidad para cualquier masa de aguas continentales, con independencia de los usos a los que se destinen. La fijación de dichos parámetros está vinculada, en la normativa comunitaria, a la predeterminación de determinados usos de las masas de aguas.

Hasta la fecha se han aprobado directivas para regular los parámetros que deben cumplir las aguas de consumo humano o la fabricación de alimentos, las de aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable (antes o después del oportuno tratamiento), para el baño, para la vida de los peces y para la cría de moluscos.

Todas las directivas de este grupo utilizan una técnica jurídica semejante: el establecimiento de valores guía, no vinculantes, y valores imperativos, que sí son de obligado cumplimiento. Junto a ello se establece la obligación de coordinar los planes nacionales elaborados por los Estados miembros para alcanzar dichos valores.

La incorporación al Derecho interno de las directivas comunitarias en esta categoría y su correcta aplicación presenta dificultades en la mayor parte de los Estados miembros, existiendo ya condenas del Tribunal de Justicia de Luxemburgo por ambos motivos, y recursos interpuestos contra distintos Estados, entre ellos, España⁴⁵.

⁴⁴ Según el Decimosexto Informe Anual (1998), *op. cit.*, p. 92, con la primera sentencia condenatoria general contra un Estado miembro en STJCE de 11 de junio de 1998, COMISION vs. LUXEMBURGO, As. C-206/98.

⁴⁵ *Vid.* al respecto, el Decimosexto Informe Anual (1998), *op. cit.*, pp. 92 y ss. Entre las sentencias más significativas se encuentra la STJCE de 12 de febrero de 1998, COMISION

3.º Las directivas de control de la contaminación de determinados productos (por ejemplo, detergentes), y de vigilancia sobre la calidad de las aguas (fundamentalmente, a través del intercambio de información)⁴⁶.

La mayor parte de estas directivas se ha incorporado formalmente al Derecho interno de forma completa. Al margen de ciertas modificaciones ya realizadas, y de cuestiones puntuales en cuanto a la interpretación de las directivas comunitarias, nuestro ordenamiento jurídico interno (recientemente modificado por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre de 1999, por la que se modifica la Ley de Aguas de 1985) recoge los contenidos de las directivas comunitarias, pero, al mismo tiempo, también sus posibles deficiencias técnicas para la consecución del principal objetivo perseguido, preservar la calidad ambiental de los recursos hídricos, en la que la diversidad biológica corresponda en lo posible a un Estado no perturbado de un agua determinada.

Como problemas fundamentales de dicho conjunto normativo, en cuanto a la consecución de los objetivos de calidad de las aguas continentales, se han resaltado los siguientes por la doctrina:

1.º *Ausencia de técnicas jurídicas específicas en las directivas sobre calidad de las masas de agua para asegurar el control de dicha calidad.*

Las directivas comunitarias que fijan los parámetros organolépticos, fisicoquímicos, de sustancias no deseables o tóxicas, o microbiológicos de las masas de agua, no prescriben los mecanismos que los Estados miembros deben utilizar para alcanzar dichos parámetros. Es el Estado miembro respectivo, en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las directivas, el que debe optar por distintos sistemas para garantizar el mantenimiento de los parámetros.

El legislador nacional también ha omitido el referirse en las normas de transposición a los mecanismos establecidos para la garantía de los parámetros, por lo que, por lo general, la garantía de los mismos se confía a la acción administrativa en materia de vertidos (autorización, tratamientos, instalaciones, muestreos,...), sin prever una intervención admi-

vs. ESPAÑA, As. C 92/96, por aplicación defectuosa de la Directiva 76/10/CEE sobre aguas de baño, primer caso en el que se condena a un Estado miembro por un incumplimiento general, en el conjunto de su territorio, de garantizar la conformidad de sus aguas de baño con la Directiva.

⁴⁶ STJCE de 1 de octubre de 1998, COMISION vs. ESPAÑA, As. C-71/97, condena a España por el incumplimiento de obligaciones derivadas de la Directiva 91/676/CEE, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos utilizados en la agricultura. También esta sentencia es la primera que se refiere a la aplicación de obligaciones prácticas que se derivan de la Directiva.

nistrativa específica en los casos en los que no se mantengan dichos parámetros.

Como señala ALONSO GARCÍA, es la técnica ordinaria de autorización de vertido la que debe utilizarse, de forma que sólo es conforme con el Derecho comunitario la autorización de vertido, que haya comprobado que con el mismo, no se sobrepasan los valores límite, aunque ello genere desigualdad con las nuevas instalaciones (salvo revisión de las ya concedidas que viertan a la misma masa de agua)⁴⁷.

2.º Y unido a lo anterior, *la posibilidad de utilización alternativa de los parámetros de calidad o de los parámetros de emisión (lo que se denomina como «enfoque paralelo»)*, *incide negativamente en la protección de la calidad de las aguas continentales.*

En la normativa comunitaria reguladora de los vertidos en aguas superficiales se establece un sistema de «valores límite de emisión», con el que se calcula el nivel máximo de reducción de la contaminación en función de la mejor tecnología actual y un nivel de costes razonable, y se fijan unos valores límite de contaminación del afluente, sin tener en cuenta la situación del cauce receptor (salvo para la determinación de normas nacionales más severas).

Sin embargo, y por necesidad de alcanzar un consenso para la aprobación de la normativa se permitió que los Estados miembros pudiesen optar por un sistema alternativo de fijación de «objetivos de calidad», previa aceptación de la Comisión, en el que se calcula la concentración de sustancias contaminantes de la lista I admisible en una masa de agua receptora de vertidos contaminantes, que los Estados miembros se comprometen a alcanzar y mantener.

Se establece de esta forma lo que se ha llamado un «enfoque paralelo»⁴⁸ de las normas de emisión y de los objetivos de calidad, que ha supuesto una solución poco satisfactoria para el mantenimiento de la calidad de las aguas continentales. En este sentido, la Comisión de la Unión Europea ha resaltado como, alternativamente, los objetivos de calidad y/o los valores límite de emisión son insuficientes para frenar la contaminación de las aguas por vertidos. Para conseguir el objetivo de preservar la calidad de las aguas, por lo tanto, se deben utilizar de forma complementaria.

El Reino Unido, principal defensor de los objetivos de calidad, argumentaba que las normas de emisión impiden la ausencia de contamina-

⁴⁷ Vid. ALONSO GARCÍA, E., *El Derecho Ambiental...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁸ Vid. al respecto, FANLO LORAS, A., «La protección de las aguas», *op. cit.*, pp. 33 y ss., y ALONSO GARCÍA, E., *El Derecho Ambiental...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

ción y dificulta regular los vertidos de empresas (por la acumulación de vertidos legales de distintas empresas).

Por otra parte, la Comisión de la Unión Europea, en la mencionada «Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, “La política de aguas de la Comunidad Europea”, (pp. 9-11), entiende que los objetivos de calidad ambiental suelen ser insuficientes por sí mismos para atajar los graves problemas de contaminación y pueden malinterpretarse como una “licencia para contaminar” hasta un nivel determinado. Asimismo, una estricta aplicación de los valores límite de emisión sobre la base de las mejores tecnologías disponibles puede conducir en algunos casos a inversiones innecesarias sin beneficios significativos para el medio ambiente». Y continúa «la existencia de objetivos de calidad ambiental permite a las autoridades determinar el grado de eficacia de los valores límite de emisión adoptados e incrementar su rigor en caso necesario. A la inversa, los controles de emisiones (basados normalmente en las mejores tecnologías disponibles) constituyen el elemento clave de toda estrategia destinada a garantizar el cumplimiento de los objetivos de calidad ambiental. Por consiguiente, ambos enfoques son complementarios y no contradictorios».

La existencia de este «enfoque paralelo», con la posibilidad de acogerse a un tipo u otro de norma ambiental, repercute en una merma en el rigor de la protección de la calidad de las aguas. Sin embargo, la utilización conjunta de ambos tipos de normas, o el establecimiento de medidas que contemplen ambos criterios puede resultar en una mejora de la protección ambiental.

La normativa española de incorporación de las directivas comunitarias han optado por recoger la opción prevista por la normativa comunitaria. De esta forma se repiten en la normativa nacional las insuficiencias que este «enfoque paralelo» presenta para preservar la calidad del agua. Sin embargo, las vaguedades y lagunas de nuestra legislación, según interpretaciones doctrinales, permitirían la utilización complementaria de los criterios de inmisión y emisión.

Esta opción está técnicamente justificada con relación a las sustancias de la lista II, en las que se prevé que los programas nacionales de reducción de vertidos de estas sustancias, deben establecer unos objetivos de calidad de las aguas, en función de los cuales, las autorizaciones de vertido fijarán los límites de emisión. El sistema se sustenta en la redacción de los programas nacionales de reducción de vertidos, lo que en nuestro caso se realiza a través de la planificación hidrológica, cuya elaboración está sufriendo notables retrasos.

La normativa descrita manifiesta una carencia fundamental, como es la falta de criterios de ecotoxicidad o toxicidad ambiental. A pesar de su elevado número, las normas específicas de protección del agua no incluye entre los criterios a ponderar en los procedimientos de autorización

los criterios de ecotoxicidad, es decir, el riesgo inmediato o diferido para los organismos acuáticos derivados de la exposición a unas sustancias o mezclas de sustancias.

La normativa específica sobre vertidos a medios acuáticos continentales establece objetivos de protección del medio acuático, como hemos visto, con arreglo a distintos criterios, unos relacionados con ciertos usos de los recursos (aguas potables de consumo público, aguas aptas para el desarrollo de la vida piscícola o de los molusco y aguas de baño) o se establecen otros criterios de emisión, sin referencia a usos concretos del agua (vertidos de aguas residuales urbanas o industriales).

Las normas sobre vertidos al medio acuático se recogen en este último grupo, y se concentran en el establecimiento de unos parámetros o límites de concentración de unas variables físico-químicas de los vertidos, consideradas de forma independiente, al margen de los efectos que las mezclas de sustancias puedan producir en las aguas continentales o en otros recursos naturales. Las técnicas de análisis y muestreo previstas en la referida normativa resultan, por lo tanto, insuficientes para detectar la degradación del medio acuático producida por los vertidos.

4. CONCLUSIÓN

La normativa de protección de los intereses económicos de los consumidores y de protección del medio ambiente carece de enfoque global y de normas generales de protección de todos los sujetos afectados por actividades que generan necesidad de protección (consumidores o no) o de todos los recursos afectados por una actividad contaminante. En los sectores en los que ha existido una actividad normativa más intensa se ha eludido la inclusión de criterios de protección generales, como los relativos a la toxicidad ambiental de los vertidos industriales indirectos y directos, permitiendo a los Estados aplicar los que mejor se acomodan a su realidad industrial y geográfica. Por otra parte, la necesidad de integración de distintas normas de protección del medio ambiente se refleja en la normativa estatal mediante soluciones parciales (cuando se subordina las licencias municipales de actividades clasificadas o las licencias industriales a las licencias de vertido, o se requiere que las operaciones de gestión de residuos tóxicos se evite «trasladar la contaminación o deterioro ambiental a otro medio receptor»), o somete a Evaluación de Impacto Ambiental determinados proyectos (como por ejemplo los de instalaciones de eliminación de residuos tóxicos y peligrosos, de almacenamiento de residuos radioactivos o grandes presas).

En lo que se refiere a emisiones de instalaciones industriales, sería necesario una perspectiva diferente, con el objetivo de evitar eficazmente la contaminación y la transferencia de los problemas de contaminación entre distintos medios receptores, con el objetivo de que las instalaciones industriales sean explotadas de la mejor forma para el medio ambiente. Por ello sería necesario que la técnica administrativa de la «autorización», incluya los criterios de ponderación sobre su toxicidad ambiental conjunta o combinada de distintas sustancias, y se complemente con instrumentos de control del cumplimiento de sus condiciones y requisitos. La propuesta se debe completar con una mayor coordinación entre los organismos públicos competentes para la concesión de las autorizaciones sectoriales de actividad.

En este sentido se debería enfocar la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y control integrado de la contaminación, con fecha del 1 de noviembre de 1999, en la que en la pretensión de conseguir mediante la técnica de la autorización de un grado de protección elevado del medio ambiente en su conjunto, entre otras normas de interés, exige que las instalaciones industriales se adapten a la mejor técnica disponible (art. 10), establece la posibilidad de establecer valores límite para sustancias o grupos de sustancias (art. 2.6) y demanda la coordinación de las autoridades administrativas autorizantes (art. 7).

En la actualidad se han presentado varias propuestas de modificación de la normativa de protección del medio ambiente, y de la normativa comunitaria, en general⁴⁹. Aunque dicha reforma es necesaria, debe realizarse con prudencia. Si tenemos en cuenta, las deficiencias de dicha normativa, el elevado nivel de incumplimiento de las directivas de protección del medio ambiente actualmente en vigor, y las recomendaciones que propugnan una flexibilización de dicha normativa y una reducción de los parámetros técnicos, la imagen de la Unión Europea como protectora de intereses generales puede verse seriamente perjudicada por los resultados de dicho proceso normativo.

⁴⁹ Entre ellos, el ya mencionado «Informe Molitor» —que recomienda basar la normativa de protección del medio ambiente en objetivos generales y dejar a los Estados miembros los métodos para aplicarla. Además, esta normativa, en el caso de ser imprescindible, debe basarse en un estudio de coste-beneficios que demuestre que la norma está justificada y que los objetivos se basan en análisis científicos comprobados— o la iniciativa SLIM (Simpler Legislation for the Infernal Market), COM (96) 559 final, de 6 de noviembre de 1996.

La competencia internacional de la Unión Europea en materia de flora y fauna

por Elena Bazo Gómez

Licenciada en Derecho,
Máster en Derecho Comunitario por la Universidad de Deusto

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA COMPETENCIA MEDIOAMBIENTAL INTERNACIONAL DE LA COMUNIDAD.—3. CONVENIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE FLORA Y FAUNA. 3.1. **Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestre.** 3.2. **Convenio relativo a la conservación de la vida salvaje y del medio natural en Europa.** 3.3. **Convenio sobre la conservación de las especies migratorias.** 3.4. **Convenio de Diversidad Biológica.** 3.5. **Convenio sobre los Alpes.**—4. APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDEN COMUNITARIO.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

«*El Medio Ambiente no conoce fronteras*», éste era el lema de los años setenta cuando la Comunidad comenzó a elaborar su primera legislación medioambiental.

A lo largo de los años, el crecimiento económico y demográfico ha provocado una reducción de la riqueza y de la diversidad de la fauna y flora de los ecosistemas naturales de Europa. El desarrollo urbano e industrial, así como la agricultura intensiva, amenazan constantemente muchas zonas importantes de la biodiversidad en la Unión. Todos los tipos de ecosistemas europeos se enfrentan a fuertes tensiones y, es muy probable, un aumento de la pérdida de la biodiversidad antes que su estabilización.

La siguiente exposición tiene por objeto el estudio de la intervención de la Comunidad en la esfera internacional de protección del medio ambiente, concretamente, en lo relativo a la protección de la flora y la fauna.

Nos referiremos en primer lugar a la competencia de la Comunidad para concluir acuerdos medioambientales sobre la materia. En una se-

gunda parte, se analizarán los cinco convenios, en cuatro de los cuales la Comunidad es parte integrante, formalmente, y el Convenio sobre Comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestre, de la que la Comunidad aún no es parte pero que ha dictado normativa de implementación. Se concluirá con una valoración de la aplicación jurídica de los Tratados Internacionales en la esfera comunitaria.

2. COMPETENCIA MEDIOAMBIENTAL INTERNACIONAL DE LA COMUNIDAD

La Comunidad ha venido desarrollando en los últimos años una «amplia» actividad en materia de medio ambiente. No se ha detenido en fronteras comunitarias sino que también ha realizado una gran labor en la dimensión internacional. Y es que el aspecto interno y externo de la política medioambiental comunitaria están inextricablemente unidos¹. Ambos aspectos han contribuido a construir una respuesta a los cambios que se han producido y es que la credibilidad de la Comunidad en el plano mundial depende en gran parte de su habilidad para adoptar progresivamente medidas medioambientales internas.

El objeto del trabajo desarrollado por la Comunidad se basa en un concepto de medio ambiente entendido en un sentido amplio, no sólo por los sectores donde ha incidido, sino también porque se ha manifestado en una presencia internacional bastante marcada. Por ello, la consideración de medio ambiente, utilizada por la Comunidad, es una unidad que no conoce fronteras y que sólo puede ser eficazmente protegida mediante una acción con un alcance interno —externo (mundial). La simple limitación a la esfera interna carecería de efectividad, ya que no dejarían de ser meros parches circunstanciales que no resuelven verdaderamente los problemas.

La competencia medioambiental internacional de la Comunidad no siempre ha tenido una base jurídica específica, sino que debido al nacimiento de la necesidad de una protección del medio ambiente las Instituciones comunitarias recurrieron a bases más o menos genéricas (artículo 308²), hasta la aprobación del AUE, en los años ochenta, cuando la competen-

¹ KISS, A.C., «L'Harmonisation de l'action communautaire avec l'action d'Organisations Internationales plus vastes», en *La protection de l'environnement par les Communautés Européennes*, dirigido por CHARPENTIER, J., París, 1988.

² Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

cia de la Comunidad aparece explicitada, aunque eso sí, como competencia compartida con los Estados miembros.

Cuando la Comunidad tuvo que suscribir convenios internacionales en el ámbito medioambiental, no encontró más base jurídica que el artículo 308, al que recurrió sistemáticamente para llevar a cabo su acción.

La exigencia de unanimidad en el seno del Consejo, establecida en dicho artículo, se convirtió así en un instrumento de cierre que permitía a cualquier Estado miembro, vetar la participación comunitaria en un convenio determinado, incluso en el supuesto de que el convenio recayese sobre materias ya cubiertas por una acción normativa interna.

Este argumento procesal, más que cualquier razón de carácter sustantivo, es el que explica por qué la amplia participación comunitaria, en convenios ambientales, no alcanzó efectivamente a todas las materias en las que existían ya normas internas o en las que la acción resultaba necesaria para lograr un objetivo de la Comunidad³.

En definitiva, la conclusión de convenios internacionales ambientales por parte de la Comunidad, se ha operado habitualmente mediante una decisión del Consejo, adoptada por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, conforme al artículo 300 en conexión con el artículo 308 (utilizado como base jurídica específica).

En la sentencia 45/86⁴, el TJCE acoge una interpretación restrictiva del antiguo artículo 235 (hoy artículo 308), cuando afirma *sólo está justificado recurrir a este artículo como fundamento jurídico de un acto, cuando ninguna otra disposición del Tratado confiera a las Instituciones comunitarias la competencia necesaria para adoptar dicho acto*. Esta interpretación ha sido reiterada por el TJCE en otro Dictamen⁵ al no considerar al antiguo artículo 235 (hoy artículo 308) como base suficiente para reconocer a la Comunidad una competencia para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Pero aún así, dicho artículo se presenta como un instrumento sumamente valioso para moderar la rigidez y el estatismo propio del principio de atribución de competencias y, también, para permitir una extensión material de las competencias comunitarias internas y externas. Además, las competencias conferidas mediante este artículo acabaron por formalizarse jurídicamente en las sucesivas revisiones de los Tratados.

³ MARENCO, G., «Les conditions d'application de l'article 235 du Traité CEE», *RMC*, 1970, págs. 147 y ss.

⁴ STJCE de 26.3.1987, Preferencias aduaneras generalizadas, As. 45/86, Recop. 1987.

⁵ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Recop. 1996.

Con el **Acta Unica Europea** se produce la incorporación de un Título referido al Medio Ambiente. Esta constitucionalización ha tenido una repercusión específica en el ámbito de las relaciones exteriores que ha encontrado en el artículo 174, una explicitación de la competencia internacional externa, consolidando los acuerdos mixtos.

Sin embargo, a pesar de su inclusión explícita con el AUE la capacidad convencional de la Comunidad sigue siendo una cuestión compleja.

En el artículo 174.4 se atribuye a la Comunidad de un modo explícito una competencia de naturaleza no exclusiva en materia de relaciones exteriores ambientales ... *se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar y concluir acuerdos en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales*. Por último, la Declaración núm. 9 del Acta Final indica que *la Conferencia considera que las disposiciones del párrafo segundo del apartado 5.º del artículo 130 R⁶ no afectan a los principios que resultan de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto AETR*.

Esta Declaración Final en lo que se refiere a AETR⁷ indica que la Comunidad será competente en aquellos ámbitos en los que haya legislado interiormente, por lo tanto, en aquellos ámbitos en los que la Comunidad no haya legislado, estamos hablando de la posibilidad que tienen los Estados miembros de concluir acuerdos internacionales sobre la materia. En opinión del profesor Kiss⁸, la referencia a la doctrina AETR posee un efecto benéfico, por cuanto respalda el mantenimiento del principio de paralelismo de las competencias comunitarias *in foro interno, in foro externo*, en la celebración de convenios ambientales.

De acuerdo al artículo 174.4 y a la Declaración incluida en el Acta final relativa a la sentencia AETR, la regulación que se presenta se muestra tanto imprecisa como contradictoria.

La controversia que se extrae del conjunto de estas disposiciones es determinar cuándo la Comunidad, cuándo los Estados miembros o ambos, pueden concluir acuerdos internacionales puros o mixtos.

De acuerdo al razonamiento seguido por Fernández Liesa⁹:

⁶ Actual artículo 174.4.

⁷ STJCE de 31.3.1971, Comisión contra el Consejo, As. 22/70, Recop. 1971. Es la llamada sentencia AETR, siglas que se refieren al Acuerdo Europeo relativo al trabajo de las tripulaciones de vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera.

⁸ KISS, A.C.: «La Protection Internationale de la vie sauvage», *Annuaire Française de Droit International*, 1980, pág. 661.

⁹ FERNÁNDEZ LIESA, C.R., «Relaciones exteriores de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente dentro del Acta Unica Europea», *R.I.E.* 1991, págs. 197 y ss.

- En el supuesto en el que la Comunidad no ejerza competencias internas ni externas, los Estados podrán concluir acuerdos internacionales, de acuerdo con el artículo 174.4. Estamos ante la llamada «*competencia estática*» o «*precaria*» en la que los Estados no deben prejuzgar opciones ulteriores que podría tomar la Comunidad y deberán incluir en los mismos «*una reserva de sucesión comunitaria*».
- En lo que respecta al respeto a los principios de la sentencia AETR, en la medida en que la Comunidad adopte reglas comunes, la competencia potencial comunitaria se ve transformada en exclusiva. A pesar de ello, la competencia de la Comunidad en materia de medio ambiente no se ha hecho exclusiva al no ser exhaustiva la normativa comunitaria. Además, la Comunidad nunca ha concluido acuerdos en materia de medio ambiente que hayan sido calificados como puramente comunitarios.
- En el caso en que la Comunidad quiera obligarse internacionalmente con base en una competencia potencial, fundándose en el artículo 174, las posibilidades de hacerlo son limitadas ya que los Estados miembros poseen una herramienta jurídica para oponerse, sin tener que acudir al bloqueo del Consejo.

De todo ello, Fernández Liesa concluye que la Comunidad sólo podrá intervenir en la hipótesis en la que parezca, que en razón de la naturaleza del problema, la eficacia de una medida comunitaria es superior a las medidas tomadas independientemente por cada Estado. El problema se trasladará ahora a determinar, en abstracto, cuándo será más efectiva la medida. En este caso, será el Consejo el que actuará de juez, mientras que el TJCE sólo podrá hacerlo en caso de error manifiesto. Así, serán los Estados miembros, en el Consejo, quienes decidan cuándo la acción podrá ser ejercida en el ámbito comunitario, convirtiendo así el principio de subsidiariedad en una limitación a la acción comunitaria, provocando un retroceso con respecto a la situación anterior, con base en el artículo 308.

- Otra limitación vendría dada por la posibilidad que concede a los Estados el artículo 176, que les permite concluir acuerdos internacionales en los que se establezcan medidas con mayor protección.
- El AUE, además, potenció los acuerdos mixtos, que son aquellos en los que se produce una participación de los Estados miembros con la Comunidad, incluso en el caso de competencia exclusiva. Se recupera el Dictamen 1/78¹⁰, en que la exclusividad de la

¹⁰ Dictamen 1/78, 4 de octubre de 1979, Recop. 1979.

competencia variará en función de la necesidad de financiación del proyecto del acuerdo.

En conclusión, demasiadas trabas y limitaciones que no suponen ningún avance con respecto a la situación anterior¹¹.

El antiguo artículo 130.R.4¹² introduce el principio de subsidiariedad. Según Krämer¹³ no considera a dicho artículo como un principio jurídico de distribución de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad, sino como una guía política para las Instituciones comunitarias, es decir, como una declaración política, de acuerdo a la cual la Comunidad basará su acción legislativa. El antiguo artículo 130.R.4 no es una norma legal que determine a perpetuidad las respectivas esferas de competencia entre la Comunidad y los Estados miembros.

Con la introducción del principio de subsidiariedad, se trata de determinar *a priori*, si la medida es más efectiva a nivel nacional o a nivel comunitario. Adoptar una posición al respecto, no deja de ser una especulación, lo que además llevaría muchos años al Consejo y, aún así, la realidad sólo puede ser probada *post factum*.

Para Juste Ruiz¹⁴ el principio de subsidiariedad no tiene aplicación en las relaciones exteriores sino, solamente, en la determinación del nivel de actuación adecuado entre la Comunidad y los Estados miembros en el plano interno. La actuación comunitaria deriva de las exigencias objetivas de la protección del medio ambiente y del carácter global de determinados problemas. Por ello, cree que el principio de subsidiariedad no está jurídicamente llamado a jugar un papel relevante como criterio de reducción de la acción comunitaria, en materia de medio ambiente.

Juste Ruiz cree que las reformas del AUE han contribuido poderosamente a asentar en el plano comunitario las bases de la acción internacional en este campo, poniendo de manifiesto problemas técnico-jurídicos, consecuencia de la escasa claridad en la distribución de competencias; *una redacción tan compleja es una estratificación de compromisos sucesivos que no forman un conjunto de normas totalmente compatibles*.

Krämer¹⁵ en lo que respecta a la codificación de la política medioambiental en el AUE señala la importancia del artículo 95 referente a la

¹¹ FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *op. cit.*

¹² Hoy el principio de subsidiariedad se incluye en las disposiciones generales, concretamente en el artículo 5.

¹³ KRÄMER, L., «The Single European Act and Environmental protection: reflection on several new provisions in Community Law» *C.M.L.R.*, 1988, págs. 659 y ss.

¹⁴ JUSTE RUIZ, J., «Las relaciones exteriores de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente», en *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*, Madrid, 1998.

¹⁵ KRÄMER, L., *op. cit.*

aproximación de disposiciones legales entre la normativa de los Estados miembros. El TJCE ha concluido que este artículo es una base jurídica válida para las directivas que intenten una aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, que tengan como fin la protección del medio ambiente.

En todo caso, el recurso al artículo 95 parece positivo ya que permite la adopción de directivas de aproximación de legislación en materia de protección del medio ambiente. El aspecto negativo es que un Estado se puede oponer a la aplicación de la directiva basada en el artículo 95, ya que el párrafo 4 del mismo artículo permite aplicar legislaciones nacionales diferentes, justificadas por razones importantes. Por todo ello, el recurso al artículo 175 sería el más adecuado y, así, lo ha reconocido el TJCE¹⁶.

El TJCE también ha rechazado la doble base jurídica artículos 175 y 95 (antiguos artículos 130.S y 100.A) para fundamentar la normativa medioambiental, por la incompatibilidad de procedimientos previstos en ambos¹⁷.

El **Tratado de la Unión Europea** consolida la competencia expresa de carácter especial instituida por el AUE. La Comunidad tendrá por misión promover «... un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del Medio Ambiente ...» (artículo 2) y *una política en el ámbito del medio ambiente* (artículo 3.1).

Se introduce un cuarto objetivo en el artículo 174.1 *El fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente*. Este objetivo no hace más que explicitar el liderazgo y compromiso comunitario ya existente en lo que se refiere a los problemas ambientales transnacionales pero al plantearlo como objetivo comunitario, consolida tanto una política exterior en el campo del medio ambiente, como sobre todo, una presencia de la Comunidad en dichos foros internacionales.

El artículo 174.4¹⁸ es más específico que el del AUE en cuanto a la atribución de competencias, pero ello no excluye la coexistencia, en

¹⁶ STJCE, Reino Unido e Irlanda del Norte / Consejo, As. 68/86, Recop. 1988.

¹⁷ STJCE de 11.6.91, Dióxido de titanio, As. 300/89, Recop. 1991.

¹⁸ *En el marco de sus respectivas competencias, la Comunidad y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Comunidad podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas, que serán negociados y concluidos con arreglo al artículo 300. El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales.*

cuanto a bases jurídicas, de los dos artículos antes mencionados. Así el artículo 308, aún sigue existiendo como base jurídica, cuando los poderes que le atribuye aquella son insuficientes¹⁹ y también, cabe recurrir al artículo 95, junto con otra base jurídica, cuando esta última no cubre todas las disposiciones del acto considerado. Aunque es evidente, que el artículo 174 ha traído consigo una reducción en la aplicación de ambos artículos. Con el TUE se pone fin a las controversias y, por fin, se reconoce el hecho de que el artículo 95 pueda ser la base jurídica para la adopción de medidas de protección del medio ambiente. Por todo ello, el recurso a los artículos 95 y 308 queda abierto para fundamentar la acción comunitaria medioambiental.

Desde la aprobación del TCEE, estos dos artículos han demostrado su flexibilidad para la implementación efectiva de medidas medioambientales. En todo caso, si la Comisión comienza un trabajo, entendiendo, que forma parte de su competencia, tiene la responsabilidad de explicar al Consejo y al Parlamento las condiciones de aplicabilidad.

Debemos reconocer la existencia de diversas disposiciones en los Tratados en las que la Comunidad puede encontrar una base adicional para su actuación en el plano internacional en materia de medio ambiente. Como ha señalado Raux²⁰ esta posibilidad deriva, por un lado, del artículo 174 que requiere «*el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente*» y, por otro lado, del artículo 6 que afirma que «*Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad...* ». Así, sabemos, que la competencia externa de la Comunidad puede derivarse implícitamente de la existencia de una competencia paralela en el plano interno, en aplicación de la doctrina jurisprudencial AETR²¹ y del Dictamen 1/76²². Cabría citar a modo de ejemplo, el artículo 37 (agricultura)²³, artículo 71 (transporte), artículo 95 (aproximación de legislaciones) o artículo 138 (política social), artículo 164 (investigación y desarrollo), artículo 177 (cooperación al desarrollo) y artículo 310 (acuerdos de asociación) para concluir convenios internacionales de dimensión ambiental. La ventaja de acudir a estas bases implícitas

¹⁹ STJCE de 12.7.73, Massey - Ferguson, As 8/73, Recop. 1973.

²⁰ RAUX, J., «La capacité contractuelle de la Communauté Européenne en matière environnementale», *La Communauté Européenne et l'environnement*, 1997, Paris.

²¹ STJCE de 31.3.1971, Comisión contra el Consejo, As, 22/70, Recop. 1971.

²² Dictamen 1/76, 26 de abril de 1977. Recop. 1977.

²³ Aludido para suscribir el Convenio para la conservación de la flora y fauna marina, DOCE L 252, 5.09.81.

para asentar la acción exterior de la Comunidad es que tiene un procedimiento de votación menos riguroso y, además, se asegura que se trata del ejercicio, en algunos casos, de una competencia comunitaria exclusiva, por oposición al carácter compartido de las competencias externas en el marco de la política de medio ambiente.

Con el Tratado de la Unión Europea el artículo 174.4 consagra el **principio de subsidiariedad** también a nivel internacional, ya que el principio aparece recogido en la cláusula general del artículo 5.

El principio de subsidiariedad ha pasado de encontrarse en el título dedicado únicamente al medio ambiente, a las disposiciones generales, (artículo 5). Si la Comunidad actúa, no podrá excederse más de lo que sea necesario para el cumplimiento de los objetivos del Tratado. Si nos encontramos ante una situación de necesidad la Comunidad se halla vinculada por el criterio de proporcionalidad.

Nos encontramos con la dificultad de determinar, dado el tenor del artículo 174.4, en relación con la vertiente internacional del medio ambiente, en qué sectores medioambientales poseen competencia los Estados miembros y, en cuales, la posee la Comunidad, o desde otra perspectiva, si cabe afirmar una actuación prioritaria de la Comunidad en la vertiente exterior del medio ambiente y, en caso afirmativo, si esa actuación se impondría a la competencia compartida de los Estados miembros en esa materia.

Según Natividad Fernández Sola²⁴ hay un enorme grado de incertidumbre en cuanto al rol internacional que deben asumir los Estados miembros, ya que hay importantes desacuerdos sobre las materias que deben ser objeto de reglamentación comunitaria. La interpretación del principio de subsidiariedad debe ser realizada conforme a criterios de oportunidad y de eficacia.

Dos elementos nos pueden dar una idea exacta de la capacidad internacional de la Comunidad en materia de protección del medio ambiente:

1. La acción de la Comunidad no debe interferir con las políticas nacionales de explotación de los recursos energéticos, según la Declaración anexa del AUE.
2. Los Estados miembros aseguran la financiación y la ejecución de las medidas propuestas, igualmente, en caso de acuerdos multilaterales.

²⁴ FERNÁNDEZ SOLA, N., «Incidence interne de la participation de la Communauté Européenne aux accords multilatéraux de protection de l'environnement», *RMCUE*, 1992, págs. 793 y ss.

En resumen, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Configuración de la competencia medioambiental como una competencia general de la Comunidad, artículo 3.1.
- Desde el punto de vista de su vertiente internacional, la competencia medioambiental es compartida. Sin embargo, parece que el principio de subsidiariedad refuerza la atribución prioritaria de la competencia medioambiental, en su vertiente exterior. Así, en materia de medio ambiente, resulta particularmente evidente que la acción de lucha contra su deterioro exige cada vez más, una acción planetaria por parte de la Comunidad Internacional. El análisis de la práctica de los Estados y de las Organizaciones Internacionales revela que el tratamiento del problema y la adopción de medidas para prevenir y paliar el deterioro del medio ambiente para ser eficaz, debe llevarse a cabo desde la dimensión mundial, que posee el mismo. Desde esta dimensión planetaria es posible argumentar la competencia prioritaria de la Comunidad a partir del principio de subsidiariedad contenido en el artículo 5. La protección internacional de medio ambiente resulta más efectiva a través de la acción de la Comunidad que mediante una acción individualizada de los Estados miembros. Por lo tanto, el principio de subsidiariedad permitiría desplazar la competencia sobre medio ambiente en su vertiente externa, configurada en el TCE como competencia compartida, en el sentido de una competencia que debe ser ejercida prioritariamente por la Comunidad Europea.

Además, los tratados internacionales sobre medio ambiente, suelen contener obligaciones muy generales, que suelen ser de comportamiento, no implicando obligaciones estrictas a cargo de las partes contratantes. Obligaciones que, por otro lado, exigen un desarrollo posterior por lo que, desde la perspectiva de la Comunidad el recurso a la técnica de las directivas, permite a los Estados miembros una cierta capacidad de acción a partir de las reglas generales establecidas por la norma internacional, que son, a su vez, desarrolladas posteriormente por la norma comunitaria de derecho derivado.

La acción en el seno de las organizaciones, con competencias sobre medio ambiente, suele tener como objeto la cooperación para abordar conjuntamente el tratamiento de los problemas presentes en los diversos sectores que conforman el concepto de medio ambiente, a través de medidas de coordinación que pueden implicar acciones concretas de las partes miembros de la Organización en su ámbito interno. Desde una perspectiva comunitaria, la eficacia de esa acción pudiera ser mayor si

la ejerce la Comunidad que si la desarrollasen individual o aisladamente sus Estados miembros. Además, el recurso al principio de subsidiariedad para justificar la actuación prioritaria de la Comunidad en la vertiente internacional es compatible con la posibilidad que tienen los Estados miembros de adoptar medidas más estrictas de protección (artículo 176).

En definitiva, tanto el principio de subsidiariedad como el contenido de la acción permiten afirmar que, a pesar de configurarse como una competencia compartida, la protección del medio ambiente en su vertiente exterior, es una materia en la que la Comunidad ostenta la iniciativa. Esta posición viene confirmada tanto por la práctica de las Instituciones comunitarias y de los Estados miembros, como por la práctica convencional²⁵.

Las Conclusiones elaboradas por el Consejo Europeo de Edimburgo (11 y 12 de diciembre de 1992)²⁶, confirman la aplicación del principio de subsidiariedad en un sentido jurídico estricto. Este mismo documento contiene unas directrices relativas a dicho principio en relación con las competencias mixtas. Vamos a resaltar las siguientes consideraciones:

1. Corresponde al Consejo comprobar que se cumplen los dos aspectos del principio de subsidiariedad: por un lado, los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros y, por otro lado, puede lograrse una mejor actuación a nivel comunitario.
2. La presencia de aspectos transnacionales inclina la balanza hacia la intervención de la Comunidad.
3. La necesidad de justificar la subsidiariedad mediante el recurso a indicadores cuantitativos o cualitativos.
4. Las medidas comunitarias deberán dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional, de forma compatible con el doble objetivo de que las medidas cumplan su finalidad y de que se respeten los requisitos del

T r a t a -

²⁵ En la Declaración n.º 9 del Acta Final del TUE adoptada por los Estados miembros en Guimaraes, el 1 de mayo de 1992, se afirma expresamente:

La Conferencia estima que, dado el creciente interés que tiene la protección de la Naturaleza a escala, nacional, comunitaria e internacional, la Comunidad debería tener en cuenta, en el ejercicio de sus competencias en virtud de las disposiciones que figuran en el Título XVI de la Tercera Parte del Tratado, las exigencias específicas en este ámbito.

²⁶ RIE, 1993/1, pág. 378.

do. Habrá que velar porque se respeten simultáneamente el Derecho comunitario y las disposiciones nacionales bien establecidas, así como el ordenamiento y el funcionamiento de los regímenes jurídicos de los Estados miembros. En todo caso, las medidas comunitarias deberán ofrecer a los Estados miembros varias formas alternativas de alcanzar los objetivos perseguidos.

5. La forma de actuación deberá ser lo más sencilla posible, las directivas serán preferibles a los reglamentos y las directivas marco a las directivas detalladas. Siempre que sea posible se optará por medidas no vinculantes.
6. Las normas establecidas a nivel comunitario, se procurarán que sean normas mínimas, dejando libertad a los Estados miembros para que fijen normas nacionales más estrictas.

3. CONVENIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE FLORA Y FAUNA

Hoy la Unión Europea es parte de 35 tratados regionales concernientes a la protección del medio ambiente y, de 10 convenios, de ámbito mundial.

La acción exterior de la Comunidad en materia de medio ambiente se desarrolló ya con amplitud, pese a sus precarias bases formales, en época de los tratados originarios. En particular, la participación se concreta en diversos tratados internacionales que abarcan numerosos sectores de la actividad: aguas marinas, contaminación fluvial, seguridad de la navegación, contaminación atmosférica, protección de la flora y la fauna...

Son cuatro los Tratados internacionales firmados y ratificados por la Comunidad que tienen por objeto la protección de la flora y la fauna terrestre:

- El 3 de diciembre de 1981 el Consejo adoptó el Convenio de Berna relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa, en el marco del Consejo de Europa.
- El 24 de junio de 1982, se adhirió al Acuerdo de Bonn sobre la conservación de especies migratorias pertenecientes a la fauna silvestre, negociado en el marco del Plan Nacional de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
- El 13 de junio de 1992 la Comunidad firmó el Convenio de Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro, negociado en el marco de Naciones Unidas.
- El 26 de febrero de 1996, el Consejo adoptó el Convenio para la protección de los Alpes.

También nos referiremos a los reglamentos de aplicación del Convenio de Washington de 1973 sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestre. Pero la Comunidad todavía no es parte en ese Convenio ya que no ha recibido el número de ratificaciones suficientes.

Esta segunda parte se compone de un estudio de los cinco Convenios anteriormente citados, de la competencia con que la Comunidad pasó a ser parte de los mismos o de la competencia en función de la cual dictó normativa de implementación.

3.1. Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre

Veintiún países firmaron en Washington, en 1973, este Convenio, que entró en vigor el 1 de enero de 1975.

Esta Convención Internacional pretende realizar una reglamentación internacional sobre el comercio de flora y fauna silvestre, así como de las partes y productos fácilmente identificables obtenidos a partir de esos animales y plantas. Su esencia reside en las medidas de limitación, de control y de vigilancia sobre la materia, con el fin de proteger a esas especies.

El Consejo autorizó a la Comisión el 14 de Marzo de 1977 a iniciar las negociaciones para la adhesión de la Comunidad a la Convención. En 1983 se presentó una enmienda al CITES para permitir la adhesión de la Comunidad. Esta enmienda, «Gaborone», necesitaba la ratificación de 45 Estados parte (las dos terceras partes de los 78 países que eran parte en ese momento). Hasta la fecha, sólo se han presentado alrededor de 34 instrumentos de ratificación. A pesar de ello la Comunidad Europea está aplicando el CITES desde el 1 de enero de 1984.

Los actos normativos preparatorios que dieron lugar a dos reglamentos de aplicación del Convenio²⁷, intentan fundamentar la competencia de la Comunidad sobre la materia sobre la que recae el Convenio.

La propuesta de la Comisión²⁸ para la aplicación comunitaria de este Tratado hacía referencia, en primer lugar, al artículo 133²⁹ (antiguo ar-

²⁷ Reglamento CEE 3626/82, *DOCE* L 384, 31.12.1982. Reglamento 3418/83, *DOCE* L 344, 7.12.1983.

²⁸ *DOCE* C 243, de 22.9.1980.

²⁹ Artículo 113 del Tratado de la Comunidad Económica Europea referido a la Política Comercial Común.

título 113), posteriormente, también hacía hincapié en el segundo Programa de Acción Medioambiental³⁰ y más, específicamente, a la parte referida a la protección de la flora y fauna salvaje. También hacía alusión a los mecanismos de control de la política comercial, a la libre circulación de productos, a la necesidad de armonización para evitar distorsiones en la concurrencia en el interior de la Comunidad, a las disparidades aduaneras que podría ocasionar, es decir, abogaba por la creación de unos mecanismos armonizados o comunes en el comercio de estas mercancías, así como un procedimiento común que permitiese una aplicación uniforme del Convenio.

En cuanto al Dictamen del Parlamento Europeo³¹ presenta como actos susceptibles de fundar el reglamento relativo a la aplicación del CITES, los dos Programas de Acción, la Directiva del Consejo de 1979³² sobre protección de aves salvajes, además de a un conjunto de resoluciones del Consejo referentes a la protección del medio ambiente mundial. Hace referencia, no sólo, a la necesidad de conservación de especies animales y vegetales, sino también a la salud pública, protección del consumidor, agricultura y relaciones económicas, invitando a la Comisión a aplicar uniformemente este Convenio.

En cuanto al Comité Económico y Social³³ está de acuerdo con la aplicación del Convenio a todo el territorio de la Comunidad, conforme al artículo 2, al Primer Programa de Acción Medioambiental y a la Directiva sobre protección de las aves de 1979. La adhesión a la Convención se desarrolla conforme a los principios enunciados en el artículo 2, en la medida en que esta adhesión promueve un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad. Aboga también por una armonización para evitar distorsiones entre las distintas normativas nacionales. La protección del comercio de la flora y la fauna salvajes es un problema que debe ser tratado a nivel de la Comunidad, atendiendo a necesidades aduaneras.

Las razones por las que la Comunidad decidió implementar las disposiciones previstas en CITES se debió, sobre todo, a que la implementación por cada Estado individualmente, podía dar lugar a distorsiones en las reglas de comercio exterior, amparándose en el artículo 30, que prevé restricciones de los Estados miembros por razón de la protección de la vida y la salud de animales y plantas.

³⁰ DOCE C 139, de 13.6.1977.

³¹ DOCE C 327, de 14.12.1981.

³² DOCE L 103, de 25.4.1979.

³³ DOCE C 138, de 9.6.1981.

El Reglamento 3626/82³⁴, relativo a la aplicación del Convenio basa su inclusión en el Derecho Comunitario en que los fines del Tratado internacional se corresponden con los fines de la Comunidad en materia de medio ambiente, haciendo referencia a los Programas de Acción y al artículo 308 (antiguo artículo 235) ... *sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, ...*

Aparte de estas razones técnicas, la aprobación del primer Programa de Acción medioambiental, la legislación de protección y conservación por la Comunidad de las especies indígenas así como regular el comercio de algunas especies salvajes, hizo que este asunto pasara de ser un asunto nacional a una competencia comunitaria.

En los últimos quince años, la normativa sobre comercio de fauna y flora silvestres ha dejado de ser asunto nacional para convertirse en competencia comunitaria. Las normas sobre comercio exterior son competencia exclusiva de la Comunidad y requieren la participación de la Comunidad. Por otra parte, la ejecución del Convenio por cada Estado miembro de forma individual sólo sería posible si se derogara lo establecido en el Tratado de Roma sobre la imposibilidad de que los Estados miembros adopten restricciones cuantitativas al comercio intracomunitario. El artículo 30 del Tratado únicamente permite estas restricciones entre Estados miembros en algunas condiciones, por motivos de protección de la vida y la salud de animales y vegetales. Esto en general, no es de aplicación a los campos regulados por la legislación comunitaria.

Sin embargo, este Convenio es necesario que sea implementado por los Estados Parte, según el artículo VIII, para que sea eficaz. Según el Informe de 1993, un 85% de las Partes Contratantes tenía una inadecuada implementación de la Convención.

Lo más reiterado es la ausencia de sanciones a las infracciones y una limitada cobertura de las especies incluidas en los Apéndices. El incumplimiento de este artículo VIII es la violación más frecuente del Convenio por las Partes.

Otro elemento conflictivo es la aplicación divergente por parte de los Estados miembros, que se debe a la existencia de intereses comerciales diversos y a niveles diferentes de preocupación medioambiental.

Los informes que se deben presentar son instrumentos muy importantes, permiten evaluar el impacto del comercio sobre las poblaciones protegidas, también muestran el grado de aplicación de la Convención por las distintas partes y señalan las regiones que presentan problemas

³⁴ Reglamento CEE 3626/82, DOCE L 384, de 31.12.1982.

específicos. Sin embargo, estos informes o bien no son presentados o son presentados con defectos, incompletos.

Uno de los problemas más importantes se centra en las distintas características económicas de los Estados Parte, por ello, la eficacia de la Convención pasa por reconocer las variadas características de los mercados de especies salvajes y las implicaciones de esta economía, para dar otras respuestas apropiadas.

En todo caso, esta Convención está hoy viva gracias, sobre todo, a la importancia que tienen hoy en día las ONG's. La Convención ha demostrado capacidad de adaptación y, al mismo tiempo, resistencia. El sistema que incorpora este Convenio ha sido indudablemente efectivo en algunos casos. El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) ha dotado al CITES de un Secretariado, el cual ha sido establecido en Ginebra y ofrece labores de coordinación.

La Comisión de las Comunidades Europeas juega, en el marco de la reglamentación comunitaria, un rol de pivote, de coordinación y de apoyo, y preside igualmente el Comité Comunitario del CITES, compuesto por los representantes de los Estados miembros. Se ha criticado que el Comité se reúne raramente por lo que deviene incapaz para resolver todos los puntos litigiosos que puedan surgir en la aplicación de este Convenio. Otra crítica es la escasa presencia de observadores cualificados y también la insuficiente publicidad de los trabajos y resultados de dicho Comité.

En conclusión, las actividades que pretende limitar son, por un lado, las importaciones clandestinas y, por otro, los documentos falsificados e inexactos. El total de mercancías confiscadas refleja un avance en la severidad de los controles y la verdadera amplitud del comercio ilegal, aunque realmente su volumen no es conocido en su totalidad.

3.2. Convenio relativo a la conservación de la vida salvaje y del medio natural en Europa

El 19 de septiembre de 1979, con ocasión de la tercera Conferencia Ministerial Europea sobre el Medio Ambiente, que se celebró en Berna, la Convención relativa a la Conservación de la Vida Salvaje y del Medio Natural en Europa quedó abierta a la firma. El mismo día ratificaron 18 Estados y, dentro de ellos, ratificaron los miembros de la por entonces Comunidad Económica Europea.

Este Convenio tiene por objeto asegurar la conservación de las especies de flora y fauna y sus hábitats, prestando especial atención a las especies vulnerables y a aquellas que se encuentren en peligro de extinción.

Todos los Estados miembros de la Unión Europea son parte de este Tratado internacional aunque en algunos, como Francia o Bélgica, no entró en vigor hasta 1990. Esto se debió, sobre todo, a discrepancias con su legislación sobre la caza y la importancia que tienen las asociaciones de cazadores en esos países.

Esta Convención no es restrictiva de los miembros del Consejo de Europa sino que se abrió a la participación de Estados no miembros, entendiendo la necesidad de que una efectiva protección requiere la colaboración internacional, sobre todo, cuando se trata de especies migratorias.

Hay que llamar la atención sobre los Convenios adoptados en el seno de una organización internacional, en este caso (el Consejo de Europa), por otra organización internacional (Comunidad Económica Europea). Los Estados miembros del Consejo de Europa tienen la vocación de devenir parte de las convenciones que adopta el órgano de ministros de dicha organización. Sólo para los Estados miembros está abierta la firma, los Estados no miembros de la organización únicamente podrán devenir parte por medio de la adhesión y, únicamente, después de la entrada en vigor del convenio.

Esta Convención sobre la conservación de la vida salvaje y del medio natural en Europa se desmarca de las disposiciones tradicionales incluidas en las convenciones llevadas a cabo con anterioridad.

En cuanto a las condiciones de participación, por un lado, los Estados miembros de la organización pueden firmar la Convención en todo momento, la firma también está abierta no sólo a la Comunidad Económica Europea sino también a Estados no miembros que han participado en su elaboración³⁵. Hasta la entrada en vigor de la Convención, y después de la misma, estuvo abierta la firma a todo Estado no miembro pero que haya recibido una invitación para la firma por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El carácter tremendamente especial de este Convenio, en comparación a los firmados con anterioridad por esta Organización, está justificado, en primer lugar, por la especialidad del Convenio y, en segundo lugar, porque su planteamiento es puramente biológico. La protección debe extenderse a otros países de acuerdo a las especies animales que caen dentro del campo de protección del presente Tratado (especies migratorias). Este argumento ha sido la base de la especificidad de la participación de países no miembros del Consejo de Europa (como los países de África del Norte y los países de Europa del Este, comprendiendo a la Unión Soviética).

³⁵ Finlandia, que se adhirió a la Unión Europea el 1 de enero de 1995.

La Convención ha sido el resultado de numerosos compromisos previos, que explican el carácter particular y las condiciones de elaboración de la Convención. El proyecto de la Convención ha sido realizado por un Comité de Expertos compuesto exclusivamente por especialistas en botánica o zoología, actuando bajo su propia responsabilidad sin recibir instrucciones de los gobiernos. El carácter particular de la Convención también se aprecia en la reducción del rol del Comité de Ministros, en comparación con otras convenciones, en beneficio de una mayor importancia de las partes contratantes con el fin de evitar discriminaciones entre Estados miembros y no-miembros, firmantes de la Convención.

Los gastos ocasionados como consecuencia de la adopción de este Convenio no serán sufragados por el presupuesto general del Consejo de Europa sino que serán sufragados por las partes contratantes.

Todo ello, atiende a la idea de incorporar a su organización más y más países, sobre todo, estrechar relaciones con los países del Este europeo y con la por entonces, Unión Soviética, y ampliar las ideas y los principios básicos que su organización profesa. Esta Convención asume los cambios necesarios a fin de poder incorporar territorios, dentro del ámbito de aplicación del mismo para asegurar la efectividad del acuerdo y la adopción del mismo.

Por Decisión del Consejo³⁶ referente a la celebración del Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa adoptado el 3 de diciembre de 1981 se aprueba en nombre de la Comunidad este Convenio.

La Comunidad participó en las negociaciones del Acuerdo y como no existen poderes de acción previstos necesarios a tal fin, se refiere a la competencia residual del artículo 308 para justificar la aprobación de dicho Convenio, en nombre de la Comunidad. La Comunidad participará en dicha aplicación ejercitando las normas comunes existentes y las que adquiera en virtud de los actos que el Consejo apruebe en el futuro. Es una aplicación del principio de *in foro interno, in foro externo*.

En la Decisión del Consejo sobre la aprobación del Acuerdo, antes mencionado, aparte de la base jurídica del artículo 308, se refiere también para justificar su competencia a los dos Programas de Acción sobre el Medio Ambiente comunitario³⁷, aprobados hasta esa fecha y a la Di-

³⁶ DOCE L 38, de 10.2.1982.

³⁷ DOCE C 112, de 20.12.1973 (Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, relativa a un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente).

DOCE C 139, de 13.6.1977 (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, relativa a la prosecución y ejecución de una política y de un Programa de Acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente).

rectiva de aves 79/409³⁸. Confirma, el Consejo, su competencia en el ámbito interno para justificar su ratificación del Tratado³⁹, o lo que es lo mismo, su competencia en el plano externo.

El Parlamento Europeo en su Dictamen⁴⁰ preceptivo para la elaboración del Convenio, incluye los dos Programas de Acción, la Directiva de aves al margen de otros informes de la Comisión sobre medio ambiente, salud pública y protección de los consumidores, para justificar la participación de la Comunidad en dicho Tratado.

Dado el reparto competencial existente en el ámbito comunitario, los convenios del Consejo de Europa abiertos a la participación de la Comunidad Europea o que prevén esa participación desde su inicio, contienen fórmulas para articular las diferentes situaciones derivadas del reparto competencial. La solución consiste *en que en cada ámbito se determine quién es el competente, la Comunidad o los Estados miembros*⁴¹.

La incidencia del reparto competencial en el ámbito comunitario sobre los convenios elaborados en el seno del Consejo de Europa es tenida en cuenta por estos convenios desde una doble perspectiva. De un lado, en cuanto a la participación en los órganos encargados del seguimiento en la aplicación del convenio en cuestión⁴², de otro, en cuanto al ejercicio de sus competencias dentro de estos órganos.

A pesar de la voluntad de ambas instituciones, tanto comunitarias como del Consejo de Europa, el Comité de este Convenio es poco activo. Hasta 1987 no se introdujeron reformas en los anexos. Además, no se introdujeron implementaciones en cuanto a la protección de los hábitats, ni para la aplicación de esta Convención a otros países extraeuropeos.

La falta de eficacia de esta Convención es consecuencia de distintos elementos:

³⁸ DOCE L 103, de 25.4.1979.

³⁹ La Comunidad participará en la aplicación del Convenio «... ejerciendo las competencias que se derivan de las normas comunes existentes y las que adquiera en virtud de los actos que el Consejo apruebe en el futuro...», (Exposición de motivos de la Decisión del Consejo, DOCE L 38, de 10.2.1982).

⁴⁰ DOCE C 175, de 14.7.1980.

⁴¹ BRILLAT, R., «La participation de la Communauté Européenne aux conventions du Conseil de l'Europe», A.F.D.I., 1991.

⁴² Artículo 13 del Convenio de Berna: 2. *Cualquier parte contratante podrá hacerse representar en el Comité Permanente por uno o varios delegados. Cada delegación dispondrá de un voto. En los campos que sean de su competencia la Comunidad Económica Europea ejercerá su derecho a voto con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean partes contratantes del presente Convenio; la Comunidad Económica Europea no ejercerá su derecho a voto en los casos en que los Estados miembros interesados ejerzan el suyo recíprocamente.*

- El conservadurismo de la mayor parte de los contratantes.
- La inconsistencia de la cooperación entre el Comité Europeo para la salvaguarda de la naturaleza y de los recursos naturales y el Comité Permanente.
- La enorme insuficiencia en materia de personal y de recursos financieros.
- Un intercambio de información insuficiente entre las partes contratantes y el secretariado. Todas las partes, incluida la Comunidad Europea, incumplen negligentemente sus obligaciones, de forma notable en la redacción de informes.
- La actitud del Consejo de Europa que por razones políticas, se muestra exageradamente prudente.

El más grande reproche que se le puede atribuir a todos los países firmantes es la total ausencia de protección integral de los hábitats de especies de flora y fauna que mencionan los Anexos I y II. Además, algunos países no han reconocido todavía formalmente, como protegidas, algunas especies consideradas por la Convención como tales.

Desde un punto de vista político, el hecho de que tanto la adopción como la aplicación puedan ser delegadas a poderes locales o regionales (federales), puede presentar un problema, desde un punto de vista competencial. También, el hecho de existir una legislación compleja, ya que el terreno ocupado por el Convenio es susceptible de enmarcarse dentro de la legislación sobre protección de la naturaleza y dentro de la legislación sobre caza.

Muchos Estados al amparo del artículo 9 han derogado las disposiciones que incluye el Convenio de Berna, el cual limita en cierta medida la protección de especies y la interdicción de diferentes medios de caza y de explotación.

3.3. Convención de Bonn sobre la conservación de las especies migratorias

Esta Convención se adopta dentro del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), fue concluida en 1979 y entra en vigor el 1 de noviembre de 1983.

Esta Convención es una respuesta a una recomendación de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972, que pretendía conservar y proteger a todas aquellas especies terrestres, marinas y aves migratorias, entendiéndose que la única posibilidad de hacerlo era a través de un tratado mundial, pues estas especies no tienen

fronteras en cuanto a su movilidad, por lo tanto, su protección tampoco puede estar supeditada a las fronteras estatales.

Esta Convención, de corte mundial, tiene por objeto la protección de especies migratorias, de sus hábitats y de sus itinerarios migratorios. Pone, sobre todo, el acento en la conclusión de acuerdos para la protección de ciertas especies. Incluye para ello dos anexos, el primero concerniente a las especies migratorias amenazadas y, el segundo, trata de especies migratorias sobre las cuales deben recaer dichos acuerdos de protección específica.

Desde un punto de vista comunitario, este Tratado es importante porque crea un marco más preciso que el de Berna, con respecto a los países extraeuropeos. Y es que la Comunidad podría «obligar» a países extraeuropeos a adherirse a la Convención. Su poder de persuasión es más grande, de manera que él mismo cumplirá las disposiciones del Tratado, implicará a todos los Estados miembros en su ratificación y creará una legislación comunitaria que deberá ser cumplida por todos los Estados miembros.

Esta Convención va mucho más allá en cuanto a la cooperación entre países firmantes de la misma, pretende la conclusión de acuerdos internacionales entre países cuando compartan especies dentro de sus fronteras.

Así, cuando se van a cumplir 20 años de su firma esta Convención está aún viva y conforme se van produciendo dentro de su marco la firma de acuerdos para la protección de ciertas especies, se van sumando a la misma países que pretenden salvaguardar algunas de sus especies y que no son parte de la Convención.

Por lo tanto, en cuanto al objeto de protección de este Tratado, el marco jurídico ofrecido por el mismo se muestra enormemente flexible por lo que da lugar a distintas posibilidades de protección, en cuanto a países no firmantes del mismo y en cuanto a especies no incluidas en un principio en los Anexos del Convenio.

La Comunidad Europea participó en el mismo, en el ejercicio de una competencia exclusiva, que según el Consejo le corresponde de acuerdo a la Directiva 79/409 sobre conservación de aves silvestres⁴³. La existencia de un acto jurídico de Derecho interno confiere a la Comunidad, según el Consejo, la competencia para celebrar todo tipo de acuerdos que inciden sobre uno ya regulado por la normativa comunitaria *la celebración de dicho Convenio por la Comunidad no implica ninguna ampliación de las competencias exclusivas de la Comunidad...*⁴⁴.

⁴³ DOCE L 103, de 25.4.1979.

⁴⁴ Decisión del Consejo de 24 de junio de 1982, DOCE L 210, 19.7.1982.

La referencia al artículo 308 (antiguo artículo 235) sigue fundamentando la actividad internacional de la Comunidad como así lo reconoce el Consejo en su primera referencia *visto el artículo 235...*⁴⁵.

El Parlamento Europeo, en su Dictamen sobre la decisión concerniente a la conclusión de dicho Convenio⁴⁶, hace referencia para fundamentar la competencia comunitaria a la Directiva sobre protección de aves salvajes, a la resolución sobre la adhesión a la Convención de Berna, a tres resoluciones⁴⁷ referentes a la protección del medio ambiente y a un informe de la Comisión para aprobar la proposición de la Comisión sobre el Convenio. No hace referencia expresa, a ninguna base jurídica del TCEE, sin embargo, introduce algunas propuestas sobre la aplicación del Convenio, sobre los Anexos, que según el Parlamento deben ser completados de acuerdo a la Directiva de Aves y con respecto, también al Convenio de Berna.

El Comité Económico y Social, en su Dictamen⁴⁸, hace referencia igualmente al Dictamen que emitió con ocasión del Segundo Programa de Acción Comunitario⁴⁹ y al Dictamen⁵⁰ que emitió este mismo órgano sobre los principios generales de salvaguarda del medio ambiente y conservación del patrimonio ornitológico. Recupera, también, este Dictamen su opinión favorable a la adhesión al Convenio de Berna. Aprovecha el Comité para emitir su opinión al respecto del Convenio, introduciendo al mismo tiempo algunas sugerencias; aboga por una coordinación y cooperación entre los distintos Estados miembros para asegurar la eficacia de esta Convención, así como disposiciones comunes en materia de agricultura y la creación de fondos comunitarios cuya finalidad sea la protección del medio ambiente. El Comité Económico Social, también, manifiesta su disgusto porque la Comunidad no es todavía parte de dicho Convenio, al mismo tiempo que recomienda que con la mayor brevedad posible, se proceda a la ratificación por parte de la Comunidad, aunque también reconoce la competencia de los Estados miembros, para el supuesto de especies migratorias fronterizas entre Estados firmantes.

⁴⁵ Decisión del Consejo de 24 de junio de 1982, *DOCE* L 210, 19.7.1982.

⁴⁶ *DOCE* C 327, 14.12.1981.

⁴⁷ Resolución de 20 de mayo de 1980 sobre la «Estrategia de Conservación Mundial» (*DOCE* C 147, 16.6.1980). Resolución de 16 de octubre relativa a una régimen común aplicable a las exportaciones de productos procedentes de los cetáceos (*DOCE* C 291, 10.11.1980). Informe de la Comisión sobre el Medio Ambiente, Salud Pública y Protección de los Consumidores (doc. 1-243/81)

⁴⁸ *DOCE* C 300, de 18.11.1980.

⁴⁹ *DOCE* C 281, de 27.11.1976.

⁵⁰ *DOCE* C 152, de 29.6.1977.

Una vez más, es el artículo 308 la fundamentación jurídica que prevé el Consejo para la celebración de dicho Convenio y la inclusión del mismo dentro del Derecho comunitario. La referencia a la Directiva 79/409 es el fundamento de la competencia exclusiva de la Comunidad, la actuación previa sobre este ámbito (conservación de aves silvestres) es la justificación de la exclusividad de la competencia comunitaria.

A pesar de la caracterización como exclusiva de la competencia de la Comunidad para negociar este Convenio, el mismo se engloba dentro de los «acuerdos mixtos», admitido por el Dictamen 1/78⁵¹, puesto que tanto la Comunidad como los Estados Miembros cooperan estrechamente en la negociación como en su posterior ejecución. Téngase en cuenta que el artículo 308, a diferencia de otras bases jurídicas, impone que el Consejo actúe por unanimidad limitando la participación del Parlamento Europeo a una simple consulta, de esta forma los representantes de los gobiernos de los Estados miembros controlan la ratificación del Convenio y deciden o no su celebración encargándole a la Comisión su negociación.

Existe también una proposición de la Comisión⁵² referente a la conclusión de este Convenio, basándose en distintos informes de la propia Comisión⁵³, además de la Directiva sobre protección de aves salvajes. También hace referencia a la Convención de Berna, y a los Programas de Acción que van fundamentando la competencia comunitaria sobre el objeto cubierto por el Tratado.

Así el 24 de junio de 1982 se aprobó una Decisión del Consejo⁵⁴ relativa a la celebración del Convenio sobre Conservación de las especies migratorias de fauna y flora silvestre. La competencia de la Comunidad se funda en el artículo 308, en los dos Programas de Acción y en la Directiva 79/409 sobre protección de aves salvajes. A partir de estos argumentos el Consejo entiende que:

...la celebración del Convenio por la Comunidad es necesaria para permitir a ésta la negociación y celebración de acuerdos regionales previstos por dicho Convenio en la medida que dichos acuerdos sean de exclusiva competencia de la Comunidad en virtud de la Directiva 79/409/CEE.

⁵¹ Dictamen 1/78, de 4 de octubre de 1979. Recop. 1979.

⁵² DOCE C 151, de 19.6.1980.

⁵³ Resolución de 20 de mayo de 1980 «Estrategia de Conservación Mundial» (DOCE C 147, de 16.6.1980), Resolución de 16 de octubre relativa a un régimen común aplicable a las exportaciones de productos procedentes de los cetáceos (DOCE C 291, de 10.11.1980), Informe de la Comisión sobre medio ambiente, salud pública y protección de los consumidores (doc.1-243/81).

⁵⁴ DOCE L 210, de 19.7.1982.

De esta forma queda clara la competencia de la Comunidad sobre la materia objeto del Convenio, sin embargo, el Consejo deja bien claro la no competencia exclusiva de la Comunidad en materia de protección de la fauna, sólo tendría competencia en el ámbito cubierto por la Directiva de protección de las aves salvajes. Por lo que, como deja más claro en la misma Decisión, esto no supone una ampliación de las competencias exclusivas de la Comunidad, aunque sin perjuicio de posibles actos posteriores, que podrían transformar la competencia de compartida en exclusiva.

La Convención en su artículo 1 párrafo 3.º hace referencia a la participación de organizaciones de integración económica regional, es decir, hace referencia a la Comunidad Económica Europea, como parte en el presente Convenio, por lo que será titular de los derechos y obligaciones dimanantes del Convenio, lo que quiere decir que los Estados miembros no estarán facultados para ejercer sus derechos separadamente, en aquellos ámbitos cubiertos por la legislación interna comunitaria.

La posición de la Comunidad en el Convenio es un reflejo del liderazgo que asumió en la negociación y en la conclusión del mismo. Reconoce la subjetividad internacional de la Comunidad y la competencia que tiene sobre el ámbito cubierto por el Tratado. Su lectura deja clara la existencia de una competencia compartida. Por un lado, la Comunidad estará obligada por el Convenio en aquellos campos que sean de su competencia y los Estados miembros no podrán intervenir. Los Estados miembros se hallarán vinculados por el Convenio en aquellos asuntos que entren dentro de su ámbito de actuación, relegando en este caso a la Comunidad. En este último caso, las Instituciones comunitarias se han mostrado favorables a una coordinación y una actuación conjunta entre los distintos Estados y las Instituciones comunitarias.

Esta Convención se configura como un Tratado marco, dentro del cual se establecen las bases para que los Estados (parte o no parte en la Convención) lleguen a acuerdos de protección de especies que se encuentren en peligro de extinción.

Las obligaciones que se derivan de este acuerdo son demasiado generales para que puedan ser eficaces sin ningún tipo de concreción por parte de los Estados. De ahí, se hace derivar la necesidad de llegar a acuerdos específicos en el que se concreten las obligaciones y las medidas a adoptar por parte de los Estados.

La Comunidad es parte solamente en dos acuerdos adoptados dentro del marco del Convenio: el Acuerdo para la conservación de aves migratorias de África y Eurasia y el Acuerdo para la Protección de Cetáceos del Báltico y del Mar del Norte. En cuanto al primero, cabe entender la participación de la Comunidad, de acuerdo al principio de *in foro interno*

y *foro externo*, es decir, la Comunidad había legislado ya sobre la materia objeto del acuerdo (aves) y la competencia interna pasa a ser exclusiva en el marco internacional, ya no pertenece a los Estados miembros. También había regulado el régimen de exportación de los productos de los cetáceos, por lo que también la competencia de la Comunidad es reconocida.

El primer acuerdo no presenta ninguna innovación con respecto a la Directiva de aves salvajes, podíamos decir incluso que en la Directiva las medidas de protección de las aves son más estrictas que las previstas en el Acuerdo, sin embargo, era necesario relajar el nivel de exigencia para que países de Asia y Africa firmaran el acuerdo y se comprometieran a cumplirlo. Podemos concluir que este acuerdo no tuvo mucho éxito, por parte de los países asiáticos (ninguno es parte de este Acuerdo) y solamente algunos africanos ratificaron el mismo (Guinea, Egipto, Mali, Marruecos y Togo).

En cuanto al segundo acuerdo del que es parte la Comunidad relativo a la protección de los cetáceos, se engloba dentro de la legislación comunitaria general para la protección de la fauna acuática.

La Unión Europea a través del Programa LIFE ha financiado y gestionado algunos proyectos de protección de especies que se encuentran no sólo en territorio de la Comunidad sino también en algunos países extraeuropeos. Así dentro del Acuerdo para la protección del «Zarapito de pico delgado», ha subvencionado su protección en países de la antigua URSS, aunque eso sí con especial incidencia en Grecia, por ser un país comunitario.

3.4. Convenio de diversidad biológica

En el marco del PNUMA tiene lugar la acción internacional que culminará con el Convenio de Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 y que firmó la Comunidad el 13 de junio de ese mismo año.

En esta Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo participaron 176 Estados con un total de 10.000 representantes, de los que 110 fueron Jefes de Estado, además de la actuación de 1.400 organizaciones no gubernamentales. Tal cifra de participantes ha hecho que a esta Conferencia se le haya denominado «Cumbre de la Tierra» pues nunca hasta ahora se habían reunido tal cantidad de representantes para discutir los acuciantes problemas del medio ambiente.

La Comunidad ha participado activamente en Río, ya en 1991 la Comisión envió una comunicación al Consejo titulada «Una plataforma común: orientaciones para la Comunidad en la CNUMAD de 1992», para

definir las orientaciones fundamentales sobre las que podían basarse las posiciones comunitarias y las de sus Estados miembros. Este Convenio es un intento de respuesta a la extinción acelerada de todas las diferentes especies vivas, incluidos animales domésticos y plantas. Esta quizá sea la gran diferencia con los instrumentos anteriores que se referían únicamente a la protección de la fauna y flora salvaje.

La firma simultánea por un gran número de países (más de 150 países) constituye sin duda un récord en la historia de las convenciones internacionales sobre medio ambiente. Conviene subrayar que los Estados Unidos no firmaron este Convenio por razón de su oposición a las disposiciones de esta Convención que se refieren a la regulación de la financiación y el derecho de propiedad industrial.

La Comunidad Europea dispone de un estatuto de observador en Naciones Unidas y reivindica el estatuto de participante en la Conferencia de Río. Después de numerosos problemas, tanto de carácter interno (tensiones entre los Estados miembros) como externos (desconfianza de los países del Tercer Mundo y reticencia de Estados Unidos), a la Comunidad Europea, por primera vez, en la historia de Naciones Unidas, se le ha reconocido el derecho a participar en igualdad de oportunidades que los Estados soberanos en una Conferencia Política sometida a las reglas de la Asamblea General. Esto hace resaltar la importancia actual de la Comunidad y es un importante hito para el futuro ya que abre una brecha en las estrictas normas jurídicas de la ONU, sin embargo, conviene subrayar que el estatuto de participante que obtuvo la Comunidad no incluía el derecho al voto.

Desde la perspectiva de la Comunidad Europea, cabe destacar la Declaración realizada en el momento de la firma del Convenio afirmando su competencia tanto sobre la materia de diversidad biológica como sobre la competencia para participar en tratados internacionales⁵⁵, todo ello como consecuencia de la exigencia del artículo 34 del Convenio⁵⁶.

⁵⁵ La Declaración dice:

De acuerdo con las disposiciones pertinentes del Tratado CEE, modificado por el Acta Unica Europea (y el Tratado de la Unión Europea), la Comunidad tiene competencia para adoptar medidas dirigidas a la conservación de la diversidad biológica, incluida la competencia de participar en acuerdos internacionales. Esta competencia es exclusiva en el ámbito del comercio. En las áreas cubiertas por la legislación comunitaria enumerada a continuación la competencia comunitaria es bien exclusiva o bien compartida con los Estados miembros.

La Comunidad puede asumir en el futuro mayores responsabilidades mediante la adopción de una legislación más específica sobre diversidad biológica. (BOE n.º 27, de 1 de febrero de 1994).

⁵⁶ 2. *Las organizaciones regionales de integración económica que pasen a ser partes en la Convención sin que ninguno de sus Estados miembros lo sea quedarán sujetas a todas las*

En relación con esta disposición, la Decisión 93/626/CEE⁵⁷, de 25 de octubre de 1993, relativa a la celebración de un Convenio sobre Diversidad Biológica, contiene una declaración que se depositará con el Instrumento de Aprobación del Convenio precisando el alcance de la competencia de la Comunidad⁵⁸.

Dentro de los instrumentos jurídicos enunciados por la Comunidad, como fundamento de su competencia, nos referiremos por su importancia:

- Decisión referente a la celebración de un Acuerdo relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa (Convención de Berna).
- Decisión relativa a la celebración de un Acuerdo sobre conservación de especies migratorias de la fauna y flora silvestre (Convenio de Bonn).
- Reglamentos de aplicación del Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestre.
- Directiva de aves silvestres.
- Directiva relativa a la conservación de los hábitats.
- Directiva de evaluación de repercusiones de proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.
- Reglamento sobre métodos de producción agraria.
- Decisión por la que se crea el Programa STEP (Programa Europeo de Ciencia y Tecnología para la protección del medio ambiente).
- Reglamento por el que se establece un régimen comunitario de pesca y acuicultura.

obligaciones que les incumban en virtud de la Convención. En el caso de las organizaciones que tengan uno o más miembros que sean Partes en la Convención, la organización y sus Estados miembros determinarán su respectiva responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones que les incumban en virtud de la Convención. En esos casos, la organización y los Estados miembros no podrán ejercer simultáneamente derechos conferidos por la Convención.

3. *Las organizaciones regionales de integración económica expresarán en sus instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión el alcance de su competencia con respecto a cuestiones regidas por la Convención. Estas organizaciones comunicarán asimismo cualquier modificación en el alcance de su competencia al depositario, el cual a su vez lo comunicará a las Partes. (BOE n.º 27, de 1 de febrero de 1994).*

⁵⁷ DOCE L 309, de 13.12.1993.

⁵⁸ *Con arreglo a las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, la Comunidad junto con sus Estados miembros, tiene competencia para emprender acciones encaminadas a la protección del medio ambiente.*

En relación con las cuestiones planteadas en el presente Convenio, la Comunidad ha adoptado varios instrumentos jurídicos, tanto en lo que se refiere a su política medioambiental como a otras políticas sectoriales, ... (DOCE L 309, de 13.12.1993).

- Directivas referidas a los organismos y microorganismos modificados genéticamente.
- Reglamento por el que se crea el instrumento financiero LIFE.

De la siguiente enumeración podemos observar cómo la Comunidad hace referencia a todos los instrumentos normativos aprobados por las Instituciones comunitarias sobre protección de flora y fauna salvaje. El primer instrumento es la Directiva de aves, año 1979, en el que el ámbito de protección de la Comunidad estaba limitado a esas especies, mientras que ya con la Directiva hábitats, año 1992, el ámbito de protección se amplía generosamente a todas las especies de flora y fauna así como a sus hábitats. A través de este Anexo se puede observar la evolución de la Comunidad en esta materia.

El Parlamento Europeo⁵⁹, el 8 de julio, había invitado ya a los Estados miembros a ratificar lo antes posible, el Convenio sobre diversidad biológica, y solicitaba a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros que emprendieran una serie de iniciativas para garantizar la aplicación de este acuerdo.

En el Capítulo financiero, el Parlamento lamenta que la Conferencia no haya estado a la altura del desafío respecto al desarrollo e invita a la Comisión a disponer la contribución presupuestaria necesaria para el Fondo Mundial del Medio Ambiente.

La Decisión del Consejo sobre la conclusión de la Convención sobre Diversidad Biológica, incluye referencias al artículo 175, considerando a la protección medioambiental como uno de los objetivos del Tratado, previsto en el artículo 174.

Reconoce asimismo que la conservación de la diversidad biológica es un concepto que requiere un esfuerzo global, internacional, sobre todo, atendiendo a la utilización sostenible de los componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos energéticos.

La Comunidad entiende que es necesario que los Estados miembros sean parte de esta Convención, en el contexto de sus respectivos poderes en las áreas cubiertas por la Convención, así podrían cumplirse más eficazmente las obligaciones que dimanen de la Convención.

Constituye una Convención marco propiamente dicha, por lo que deberá ser objeto de profundizaciones posteriores, por parte de los países parte de la misma. Hay que volver a la cuestión del rol internacional de la Comunidad en este tema y es que la Comunidad debe dar ejemplo en cuanto a la implementación de la misma y conseguir a través de los re-

⁵⁹ DOCE C 194, de 19.7.1993.

sultados obtenidos una mayor participación de los demás Estados, en cuanto a la protección de la diversidad biológica.

Todos los Estados miembros son partes contratantes del Convenio sobre Diversidad Biológica. De forma que actualmente se encuentran desarrollando sus estrategias nacionales o en proceso de hacerlo. Sin embargo, una implementación efectiva requiere una cooperación a nivel no sólo estatal sino también comunitario, de acuerdo a la distribución de competencias sobre la materia objeto del Tratado.

La Comisión, como guardiana de los Tratados, es la responsable de asegurar que la legislación comunitaria sea cumplida por los Estados miembros, ya que tiene el poder de requerir a los Estados en el cumplimiento de la normativa, antes de acudir al TJCE.

Los acuerdos de Río comportan además un compromiso económico importante *el protagonismo que la Comunidad pueda desenvolver en el ámbito económico internacional dependerá, en gran medida, de que sepa, de una parte, adaptarse y superar las limitaciones que le impone la estructura institucional de la Comunidad Internacional, y de otra, que pueda concitar el apoyo unánime de los Estados miembros a la hora no sólo de desarrollar política exterior comunitaria, sino además una política orientada al logro de una mayor independencia y solidaridad entre Estados*⁶⁰.

Aunque el Convenio contiene algunos principios innovadores, la mayoría son principios anteriores e incluso los que podemos considerar nuevos son relativamente tradicionales en su concepto y formulación y ya se hallan recogidos en algún texto.

Todas las disposiciones medioambientales están seguidas por una cláusula que muestra la debilidad de la Convención *en la medida que sea posible o en tanto sea necesario...*

El Quinto Programa Comunitario de Política y Acción sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible⁶¹ se aprobó formalmente en diciembre de 1992. Ya en el título de este mismo programa se encontraba algo que le diferenciaba de los programas anteriores y es, su referencia al Desarrollo Sostenible. El Parlamento Europeo también ha pedido tanto en 1992 como en 1993, que este concepto de «desarrollo sostenible» pase a ser objetivo prioritario en la reglamentación de los fondos comunitarios para la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales, así como que quede insertado en otros sectores conexos como la industria, energía, agricultura, transportes, etc. Este Quinto Programa de Acción

⁶⁰ PÉLAEZ, M., *La capacidad de compromiso de la Comunidad Europea en el medio económico internacional*, Universidad de Valladolid, 1989.

⁶¹ Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, DOCE C 138, de 17.5.1993.

fue elaborado paralelamente al Convenio sobre Diversidad biológica y se deduce claramente de su articulado que está inspirado en el mismo.

Lo novedoso pues se traduce en que es en un único documento en el que se pretende a todos los niveles la protección de la diversidad biológica y es que, la efectividad en la acción, debe comprender no sólo medidas horizontales sino también verticales. El problema a nivel comunitario se puede observar en la concurrencia de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad, sin embargo, este problema debiera desaparecer acudiendo al principio de subsidiariedad, pues las medidas comunitarias serán en este campo más efectivas que las que se sigan a nivel estatal, pues de lo enunciado anteriormente, así se deduce.

3.5. Convenio sobre los Alpes

El 12 de junio de 1991, el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre los atentados contra los hábitats naturales y seminaturales de los Alpes en relación con el creciente turismo de invierno y de verano, en dichas regiones. En esta resolución, el Parlamento pide que se adopten medidas destinadas a proteger el medio ambiente en la zona de los Alpes contra las consecuencias del Turismo.

El Convenio fue firmado el 7 de noviembre de 1991 en Salzburgo. Los firmantes del mismo son la República Federal Alemana, Austria, Francia, Italia, Liechtenstein, Suiza, Eslovenia y la Comunidad Económica Europea.

Constituyen los Alpes un hábitat y un refugio imprescindible para muchas especies amenazadas de fauna y flora silvestre.

Los peligros para la protección de este espacio son:

- Legislaciones divergentes.
- Los factores naturaleza y demografía.
- Agricultura y silvicultura.
- Condiciones y desarrollo de la economía.
- Tráfico y explotación turística.

El comienzo de las negociaciones para llevar a cabo un Convenio sobre la protección de este espacio se desarrolló los días 9 a 11 de octubre de 1989, en Berchtesgaden y no fue hasta aproximadamente dos años después cuando fue firmado el Convenio.

El 26 de febrero de 1996, el Consejo adoptó el Convenio para la protección de los Alpes⁶².

⁶² Decisión 96/191/CE, de 26.02.1996.

El ámbito de aplicación del mismo se extenderá únicamente a la región de los Alpes, siendo por ello, que los firmantes de este Convenio se circunscriban a aquellos países cuyo territorio se extiende por el espacio alpino. Se trata de un Convenio regional firmado entre cuatro países miembros de la Unión, la Comunidad (se trata de un acuerdo mixto) y tres países no miembros.

Este Convenio incorpora la visión de la necesidad de desarrollo sostenido, de acuerdo al Quinto Programa Comunitario de Política y Acción en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible⁶³. Incluye dentro del Convenio no sólo previsiones medioambientales sino que también incluye aspectos relacionados con otras políticas y que es necesaria su observación, para que el cumplimiento de este Convenio sea efectivo.

La Comisión en su Propuesta de Decisión al Consejo⁶⁴ no hace referencia a ninguna base jurídica para expresar la conveniencia de aprobación del Convenio, únicamente hace notar la participación de la Comunidad, en concreto de la Comisión, en las negociaciones del mismo, y la firma de la Comunidad en 1991. Además, resalta la importancia estratégica que tiene ese territorio para algunos países de la Unión por encontrarse dentro de su soberanía y para el resto de los Estados miembros debido a su situación transfronteriza y relevancia a nivel económico, social y ecológico.

El Comité Económico y Social⁶⁵ en su Dictamen sobre la propuesta relativa a la celebración del Convenio para la protección de los Alpes, se muestra de acuerdo a una pronta ratificación no sólo ya de los Estados miembros cuya soberanía se extiende al territorio alpino sino también de la Comunidad. Llama la atención sobre la necesidad de que la protección de los Alpes se lleve a cabo mediante políticas sectoriales y no, únicamente, desde la política medioambiental. En concreto hace referencia a la agricultura, ganadería, turismo, transporte.

Por Decisión del Consejo se procedió a aprobar este Convenio. En la misma se hace referencia al cumplimiento de los objetivos del Quinto Programa de Acción y al artículo 175. Se insta también a los Estados miembros firmantes del Convenio a que depositen lo más rápidamente sus instrumentos de ratificación, puesto que el ámbito del Convenio recae en materias que son competencia estatal, estamos ante un acuerdo mixto.

⁶³ DOCE C 138, de 17.5.1993.

⁶⁴ DOCE C 278, de 5.10.1994.

⁶⁵ DOCE C 110, de 2.5.1995.

4. APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDEN COMUNITARIO

El derecho comunitario sigue la concepción que existe en el Derecho Internacional sobre tratado internacional, como acuerdo celebrado por escrito entre Estados, o entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre estas últimas, regido por el Derecho Internacional, que consta en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular⁶⁶.

También el artículo 300.1.2 incluye una definición de tratado internacional, entendiéndolo como un compromiso adoptado por sujetos de derecho internacional que tiene fuerza obligatoria, cualquiera que sea su calificación formal. El TJCE⁶⁷ lo ha definido como ... *norma o regla de conducta, que afecta a un ámbito determinado, fijada mediante fórmulas precisas, que obliga a los participantes...*

Los acuerdos internacionales una vez concluidos conforme a las disposiciones del artículo 300 del TUE, serán vinculantes para las Instituciones comunitarias así como para los Estados miembros. La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que los acuerdos válidamente constituidos por la Comunidad, en sus relaciones exteriores, quedan subordinados a los Tratados constitutivos en la jerarquía de fuentes y prevalecen sobre cualquier regla de derecho comunitario derivado.

El artículo 300 del TCE indica en su párrafo 7.º que *los acuerdos celebrados en las condiciones mencionadas en el presente artículo serán vinculantes para las Instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros*. Por eso, Liñán Nogueras⁶⁸ escribe que *la fórmula no es la mejor de las posibles, ya que establece con nitidez su obligatoriedad pero no establece su eventual integración en el orden jurídico comunitario, su alcance en relación con la jerarquía, ni sus posibles efectos en relación con los particulares*.

El orden jurídico comunitario mantiene una tesis monista en cuanto técnica de integración de los acuerdos internacionales al derecho comunitario. El TJCE avanza un paso más al afirmar ... *que las disposiciones de este acuerdo forman parte integrante, a partir de la entrada en vigor del mismo, del orden jurídico comunitario...*⁶⁹. Liñán Nogue-

⁶⁶ Artículo 2, 1, a) de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre Derecho de los Tratados.

⁶⁷ Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975. Recop. 1975.

⁶⁸ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996.

⁶⁹ STJCE 26.10.1982, Kupferberg, As. 104/81, Recop. 1982.

ras⁷⁰ ha configurado un sistema de recepción automática de estos acuerdos, calificando esta recepción como no sujeta a ningún acto de transformación. La no transformación de los acuerdos internacionales no implica *per se* que no exista obligación de ejecutar esos acuerdos en el orden jurídico comunitario; precisamente, en numerosas ocasiones los propios acuerdos exigen que las partes, también la Comunidad en su caso, adopten en sus ordenamientos internos actos de ejecución. Incluso, a veces, los mismos acuerdos crean órganos conjuntos que pueden adoptar actos de ejecución, estos actos (válidamente adoptados) también entrarían a formar parte del ordenamiento jurídico comunitario y producirán sus correspondientes efectos.

En lo que se refiere al reglamento o decisión mediante el que se concluye un acuerdo internacional no se considera como un elemento indispensable del procedimiento de conclusión del acuerdo. En realidad, el consentimiento de la Comunidad se materializa en tal reglamento o decisión, pero no implica una transformación del acuerdo internacional en derecho comunitario, teniendo una importancia meramente instrumental⁷¹.

En cuanto a la primacía de los acuerdos internacionales, el antiguo artículo 228 párrafo 7.º (hoy artículo 300), según Boulouis⁷², *para vincular a las Instituciones, es decir, para subordinar el derecho derivado que ellas dictan, los acuerdos deben situarse, si no al mismo nivel jerárquico que el mismo tratado, al menos a un nivel que permita considerarlos como una referencia del control de legalidad al que se somete el derecho derivado.*

El TJCE en su Dictamen 1/75⁷³ afirma ya la primacía de los tratados constitutivos sobre el derecho convencional, llevando a cabo una doble operación:

1. Proclama la primacía de los Tratados constitutivos sobre cualquier acuerdo internacional que vincule a la Comunidad, así *la compatibilidad de un acuerdo con las disposiciones del tratado debe evaluarse teniendo presente el conjunto de las reglas del tratado, o sea, tanto las reglas que determinan la extensión de las competencias de las Instituciones de la Comunidad como reglas de fondo.* Los acuerdos internacionales concluidos por la Comu-

⁷⁰ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *op. cit.*

⁷¹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Madrid, 1993.

⁷² BOULOUIS, J., «Le Droit des Communautés Européennes dans ses rapports avec le Droit International Général», *RCADI*, 1992, vol. IV.

⁷³ Dictamen 1/75, 11 de noviembre de 1975, Recop. 1975.

nidad se celebran en aplicación de los Tratados constitutivos, los concluye o los asume en el ejercicio de sus competencias.

2. El derecho comunitario otorga al Tribunal un doble control, un procedimiento de control anterior a la conclusión del acuerdo y otro con posterioridad a la misma. El artículo 300, párrafo 6.º, prevé el control que pueda ejercer el TJCE antes de que un acuerdo internacional obligue a la Comunidad, *se pretende prevenir las complicaciones que resultarán de las impugnaciones ante los tribunales, de la compatibilidad de los acuerdos internacionales vinculantes para la Comunidad con los Tratados*⁷⁴. En segundo término, el Dictamen indica que el Tribunal puede ejercer un control posterior. Se trata de un control directo en base a los artículos 226 y 230 o el procedimiento prejudicial del artículo 234. Completando la posibilidad de control, el Dictamen 3/94⁷⁵, indica que los Estados miembros o las Instituciones comunitarias legitimadas disponen para ello de un recurso de anulación contra la decisión del Consejo de concluir el acuerdo e incluso pueden solicitar la adopción de medidas cautelares.

Los acuerdos internacionales ocupan un lugar preeminente sobre las normas de derecho derivado, así lo ha reconocido la jurisprudencia desde 1973⁷⁶, subrayando, en primer lugar, que las Instituciones comunitarias tienen la obligación de cumplir los acuerdos internacionales. En segundo lugar, las medidas posteriores que puedan adoptar las Instituciones comunitarias no podrán contradecir el alcance y los términos del acuerdo internacional. El TJCE en la sentencia *International Fruit Company*⁷⁷ examinaba la compatibilidad de un acto comunitario con un acuerdo internacional. La sentencia responde que para que la compatibilidad entre el acto comunitario y la norma internacional pueda afectar a la validez del acto, esa norma debe vincular a la Comunidad, si el argumento se esgrime ante jurisdicciones estatales es además necesario que la norma engendre para los justiciables el derecho de invocarla ante los órganos judiciales.

La reafirmación de la primacía se produce en la jurisprudencia comunitaria en el Dictamen 1/91⁷⁸, *según jurisprudencia reiterada de este Tribunal, las disposiciones de estos acuerdos y los actos adoptados por*

⁷⁴ Dictamen 1/75, 11 de noviembre de 1975, Recop. 1975.

⁷⁵ Dictamen 3/94, 13 de diciembre de 1995, Recop. 1975.

⁷⁶ STJCE de 7 de febrero de 1973, *Schroeder*, As. 40/72, Recop. 1973.

⁷⁷ STJCE de 12.12.1972, *International Fruit Company*, As. 21-24/72, Recop. 1972.

⁷⁸ Dictamen 1/91, 15 de diciembre de 1991, Recop. 1991.

sus órganos forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario a partir de su entrada en vigor.

Afirmar la primacía de los acuerdos internacionales en el orden jurídico comunitario tiene los perfiles bastante delimitados:

- Prima el mismo acuerdo (derecho convencional) y los actos posteriores válidamente adoptados por los órganos creados por él (actos que constituyen el derecho convencional derivado).
- La primacía extiende sus efectos a los actos de derecho derivado anteriores al acuerdo o posteriores al mismo. La obligación de cumplir e interpretar un acuerdo de buena fe implica que la Comunidad no pueda actuar contra el mismo acuerdo adoptando actos posteriores que la contradigan.
- La primacía afecta a todas las Instituciones comunitarias.

La simple contradicción entre derecho convencional vinculante para la Comunidad y una norma de derecho derivado, genera para esta última un proceso de deterioro que podemos denominar abolición y que equivale en realidad a una derogación⁷⁹. Es necesaria la eliminación de normas internas pues ... *el mero mantenimiento en vigor engendra siempre una situación de hecho ambigua*⁸⁰....

Una vez entre en vigor para la Comunidad el acuerdo internacional forma parte integrante del derecho comunitario. Se produce la integración de la totalidad de las disposiciones del convenio en el ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, la integración de una norma de origen internacional en el derecho comunitario no significa necesariamente que ya sea invocable por los sujetos, en sus relaciones mutuas o en sus relaciones con las Instituciones de la Comunidad, es preciso comprobar previamente cuál de las normas tienen efecto directo y cuáles no. La determinación de si una norma de un acuerdo internacional produce efecto directo o carece de él constituye en definitiva una operación de interpretación de ese acuerdo. Cabe una doble vía, por una lado, la fijación de los efectos del acuerdo en el mismo texto convencional y, por otro, su fijación por el Tribunal de Justicia. Esta segunda vía es la más seguida habitualmente⁸¹. El TJCE se ha manifestado, sobre todo, en materia de po-

⁷⁹ STJCE de 9.3.1978, Simmenthal, As. 106/77, Recop. 1978.

⁸⁰ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de justicia», *El derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993.

⁸¹ «Las normas del GATT no son lo bastante precisas como para hacer que nazcan estos derechos en beneficio de los particulares», STJCE, 22.06.1989, Fediol, As. 70/87, Recop.

lítica comercial común y, más concretamente, en lo que se refiere a los Acuerdos del GATT. El Tribunal es partidario de negar la eficacia directa a estas disposiciones y a su normativa de aplicación (en cuanto al Código Antidumping⁸² *no se concede a los particulares ningún derecho que éstos puedan invocar ante el Tribunal de Justicia y que las disposiciones de dicho Código no son aplicables directamente en la Comunidad*). Sin embargo, el TJCE⁸³ reconoció el efecto directo de un Acuerdo Internacional de los productos lácteos declarando el incumplimiento de la República Federal de Alemania, en la medida en que las obligaciones que emanan del mismo son claras y precisas. En la sentencia de 23 de noviembre de 1999⁸⁴ el TJCE reitera la carencia de efecto directo de las normas del GATT y la imposibilidad de que los particulares pudiesen invocarlas ante los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, dentro del marco generado por el GATT se pueden negociar acuerdos bilaterales que regulen las relaciones entre la Comunidad y los países terceros, en este caso las Instituciones comunitarias y los países contratantes pueden concertar los efectos que las disposiciones del acuerdo pueden surtir en el ordenamiento jurídico interno de las partes contratantes, en el caso de que dicho efecto no haya sido regulado por el acuerdo corresponde a los órganos jurisdiccionales su determinación. El GATT se caracteriza por la gran flexibilidad de sus disposiciones, no tienen carácter incondicional y la obligación de reconocerles valor de normas de derecho internacional inmediatamente aplicables en los ordenamientos jurídicos internos no puede basarse en el espíritu, el sistema o la letra del acuerdo⁸⁵.

En cuanto al posible efecto directo del derecho convencional derivado, el TJCE reconoce ese efecto directo a algunas normas, cuando estas normas, insertas en una decisión de un órgano creado por un acuerdo internacional, contengan obligaciones claras y precisas; *una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su te-*

1989. Por el contrario en el Acuerdo e Cooperación entre CEE-Argelia, el TJCE manifiesta ... *contiene una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a ningún acto ulterior, de ello dedujo el TJCE que esa disposición tiene efecto directo, de manera que los justiciables a quienes se aplica tienen derecho a alegarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales*, STJCE 15.01.1998, Babahenini, As. 113/97, Recop. 1989.

⁸² STJCE de 7.5.1991, Nakajima, As. 69/89, Recop. 1991.

⁸³ STJCE de 10.09.96, Comisión /República Federal alemana, As. 61/94, Recop. 1996.

⁸⁴ STJCE de 23.11.99, República Portuguesa/ Consejo de la Unión Europea, As. 149/96, Recop. 1999.

⁸⁵ STJCE de 5.10.1994, República Federal de Alemania /Consejo, As. 280/93, Recop. 1994.

*nor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno*⁸⁶.

En cuanto a la invocabilidad, la jurisprudencia actual diferencia entre efecto directo de algunas normas insertas en un acuerdo internacional e invocabilidad del mismo acuerdo ante el propio Tribunal de Justicia. Ante este órgano judicial, todas las normas internacionales vinculantes para la Comunidad pueden ser alegadas, él tiene competencia para interpretarlas y aplicarlas, lo que no quiere decir que tengan efecto directo.

Hay que tener en cuenta con respecto al efecto directo, que la mayoría de las normas convencionales carece de él. La Comunidad tiene la ventaja de poseer un poder para obligar a los Estados miembros, a exigirles el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los tratados y, también, controlar la aplicación de sus disposiciones.

En el caso de que la Comunidad, en su normativa, incluya disposiciones más exigentes que las previstas en el Tratado, los Estados miembros se hallan obligados por la normativa comunitaria más estricta. En muchos casos, la ratificación de acuerdos donde los límites de protección medioambiental son menos elevados que los establecidos en la Comunidad pueden servir para acelerar la protección internacional. En el caso de que la Convención prevea normas más estrictas que la norma comunitaria, la Comisión y los Estados miembros deberán llegar a un acuerdo. También, es posible que la Comunidad se adhiera a un tratado sobre una materia que no ha sido objeto de legislación comunitaria, en este caso, tanto la Comunidad como los Estados miembros se hallan obligados por el tratado internacional sin que sea necesario ninguna norma especial de transposición al derecho comunitario, basta con que el acta de conclusión sea precisa.

5. CONCLUSIONES

La competencia medioambiental se configura como una competencia general de la Comunidad y, desde su vertiente internacional, como una competencia compartida, trasladándose el problema en determinar *a priori* qué competencias tiene la Comunidad y cuáles pertenecen a los Estados miembros. La tarea de interpretación en la distribución de competencias pertenece al TJCE y en los últimos tiempos la está realizando a favor de una mayor participación de los Estados miembros en los foros

⁸⁶ STJCE de 30.9.87, Demirel, As. 12/86, Recop. 1987.

internacionales. Y es que la indefinición de la línea demarcadora entre el poder convencional comunitario y el estatal juega, normalmente, a favor de los intereses de los Estados miembros y se refleja tanto en la negociación de los acuerdos como en la posterior representación en los órganos de gestión de los mismos. Para resolver esta cuestión, me parece acertado, recurrir al principio de subsidiariedad, ya que la efectividad de la acción medioambiental resulta más acertada a nivel ya no sólo comunitario sino internacional, ya que no existen fronteras estatales para los problemas medioambientales. Además, la mejor manera que tienen los Estados miembros de ejercer soberanía es poniéndola en común en aquellas áreas en que ello sea más eficaz. Se presenta como necesario, por tanto, recurrir a un protagonismo de la Unión por encima del de los Estados miembros, ostentando las Instituciones comunitarias la iniciativa en esta materia y prioridad en el ejercicio de la misma. En los últimos años, parece que tanto la Comunidad como los Estados miembros lo han entendido así y en la Conferencia de Río, la Comunidad no sólo ha llevado la voz cantante en referencia a los Estados miembros sino que ha asumido su protagonismo en la escena internacional. Sin embargo, a pesar de la última reforma del Tratado no se configura la política del medio ambiente como una política común, elemento que parece el más adecuado desde el punto de vista de la eficacia en la protección del medio ambiente. Esto se debe, sobre todo, a las distintas condiciones en las que se encuentran los Estados miembros, por un lado, nos encontramos con los países del norte cuya legislación medioambiental es más estricta que la de los países del sur, menos industrializados, y es que la unificación en este aspecto supondría enormes costos que repercutirían sobre el mercado, por lo que los Estados sureños no están de acuerdo y se siguen reservando competencias en la materia, de ahí que la competencia sea todavía mixta. Así, el establecimiento de una política comunitaria y no de una política común del medio ambiente, ha mantenido la competencia de los Estados miembros.

El hecho de que la competencia no sea exclusiva no debe ser óbice para que los Estados miembros y las Instituciones europeas lleguen a acuerdos, presentando un frente común en todas las reuniones internacionales, mostrándose, al fin y al cabo, como un único bloque que resuelva interiormente, de acuerdo a mecanismos habilitados, sus diferentes intereses, intentando compatibilizarlos. Pues la defensa de la naturaleza debería ser un interés común ya que beneficia a todos.

La Comunidad tiene la responsabilidad de aplicar las reglas de derecho internacional del medio ambiente en el interior de sus fronteras, sin olvidar la responsabilidad que asumen los Estados miembros en cuanto a su cumplimiento. En todo caso, la Comunidad puede elaborar normativa

de armonización para evitar la aplicación dispar de las convenciones por parte de los Estados. Pero no sólo está obligado a ello sino que también debe llenar las lagunas que pudieran surgir de su aplicación, las insuficiencias y deficiencias del acuerdo. Al mismo tiempo, las obligaciones contraídas por la Comunidad como consecuencia de la adhesión a un tratado internacional debe llevar aparejada en sí misma una elevación de la protección del medio ambiente que repercuta en otras normas comunitarias.

A pesar de todo ello, el número de procedimientos de infracción que lleva a cabo la Comisión en materia de medio ambiente es superior a lo que ocurre en otros sectores. Por ejemplo, el Parlamento ha constatado deficiencias de funcionamiento en la aplicación de la Convención de Berna dentro de las legislaciones nacionales por la oposición entre la legislación de protección de especies y la caza, demandando de la Comisión una directiva comunitaria de aplicación de estas Convenciones. El control del cumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones generadas por el Derecho Comunitario constituye uno de los problemas más graves de la materia pudiendo decirse que existe «una laguna de ejecución», que afecta gravemente a la eficacia de la normativa ambiental de la Comunidad⁸⁷.

La protección del medio ambiente es una actividad que requiere una cierta permanencia y que reclama unos mecanismos de seguimiento que deben cumplirse. Por ello, la Comunidad debe participar en los mecanismos de aplicación de los Convenios.

De los cinco Convenios comentados es el CITES el que presenta un mayor desarrollo normativo y organizativo y aún así se han puesto de manifiesto sus deficiencias. El Convenio de Bonn y el de Berna son poco operativos, contienen un gran número de principios generales necesitados de concreción para su operatividad, la cual no se ha llevado a cabo, y de un instrumento económico que habilite su eficacia. En este punto cabría hablar de los acuerdos específicos que han tenido cabida dentro del Convenio de Bonn con respecto a determinadas especies, aplicados a un determinado territorio y con un instrumento propio de financiación, los resultados de los cuales se han presentado interesantes. Con respecto al Convenio de Diversidad Biológica, que es el más ambicioso de todos y está en proceso de implementación, el éxito del mismo dependerá de la asunción de la responsabilidad por los Estados partes y de la asunción del coste financiero. A nivel de la Comunidad es necesario una eficaz coordinación

⁸⁷ T.R. CROCKET, C.B. SCHULTZ., «The integration of environmental policy and the European Community: recent problems of implementation and enforcement», *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 29 (1991).

entre los Estados miembros y las Instituciones comunitarias. En referencia al Convenio de los Alpes no presenta ningún elemento novedoso con respecto a los demás.

Los convenios internacionales no tienen la suficiente fuerza vinculante para exigir su cumplimiento. Su redacción es lo suficientemente ambigua para que la correcta ejecución dependa de los Estados firmantes de los mismos. La normativa comunitaria es escasa y aunque sus intenciones son buenas es necesario establecer mecanismos que obliguen a los Estados a su cumplimiento, ya que la Comunidad sí que puede hacerlo y no los órganos creados por los Tratados internacionales. La eficacia de las normas incluidas en los Tratados con respecto a los Tribunales no es relevante ya que es necesario que generen a favor de los particulares derechos y obligaciones claros y precisos lo que no resulta realista ya que están formulados de forma general.

La Comunidad deberá a través de su normativa interna dar ejemplo de coordinación a los demás países, no sólo a través de su normativa de implementación sino también a través de la participación en los mecanismos de seguimiento de los convenios y además, a través de la superación de las lagunas con las que cuentan los convenios por lo general. En todo caso, hay que valorar en su justa medida la acción comunitaria de protección del medio ambiente en el ámbito internacional pues supone que en ciertos ámbitos la Comunidad realiza una «estrategia de aplicación autónoma» de textos elaborados, por otras organizaciones internacionales, o normas convencionales de cierta aplicación. Pero la cooperación comunitaria también va más allá y es la ejecución a nivel comunitario de compromisos adoptados por los Estados miembros fuera del sistema comunitario.

Serán los Estados, en última instancia, los encargados de anteponer el interés medioambiental a otros, para que la protección de la fauna y la flora sea efectiva. Se trataría de establecer unas líneas generales de protección, a nivel internacional y comunitario, que los Estados desarrollarán de acuerdo a su entorno.

El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español; la Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación

por Blanca Garrido Courel

Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto
Diplomada en Estudios Europeos en la Universidad de Deusto

Sumario: INTRODUCCIÓN.—I. LA AUTONOMÍA PRIVADA.—II. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LA LCU.—III. LA DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES.—IV. LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE 13 DE ABRIL DE 1998.—V. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

La protección de los consumidores es un tema que ha cobrado especial relevancia en los últimos años. Si bien es cierto que en el Tratado de Roma (TCEE) no se recogía ninguna referencia expresa, sino que solamente existía alguna consideración indirecta en la realización de algunas políticas comunitarias,¹ ha sido a partir de la década de los setenta cuando se han iniciado las medidas tendentes a la protección de los consumidores, las cuales se han ido intensificando cada vez más.²

Gracias a esta creciente acción legislativa se ha ampliado el marco protector de los consumidores, quienes pueden, de este modo, realizar sus transacciones e intercambios con total seguridad y garantía del reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, son notables los abusos que se cometen en las cláusulas generales de los contratos con consumidores. Y

¹ Así, el art. 39 TCEE establece como uno de los objetivos de la Política agraria común «asegurar al consumidor suministros a precios razonables» y los arts. 85.3 y 86 mencionan a los consumidores a la hora de determinar las condiciones de exención de ententes, en principio contrarias a las normas de libre competencia, o de definir la noción de abuso de una posición dominante, respectivamente.

² Destacan los tres Programas quinquenales para la protección e información a los consumidores, de 1975, 1981 y 1986 y los dos Planes de Acción de 1989 y 1993.

esto es preocupante, puesto que, no contratamos exclusivamente dentro de nuestro país, sino que somos parte de un gran mercado único en el que intervienen todos los demás países miembros de la Unión Europea.

Para limitarlos, el legislador comunitario se ha encargado de armonizar las legislaciones existentes en todos los Estados miembros, y de mejorar, con ello, la situación de los consumidores. Destaca, por tanto, en cuanto a la protección frente a las cláusulas abusivas, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, que será el objeto de mi trabajo, junto con la ley interna que la ha transpuesto a nuestro Ordenamiento (LCGC, de 13 de abril de 1998).

El presente artículo forma parte de una tesis más extensa en la que, con carácter previo, realizo un profundo análisis de la situación del consumidor frente a las cláusulas abusivas en materia de las condiciones generales de la contratación (CGC), regulado por la LCU, antes de la aparición de la Directiva. Con ello, pretendo dar una visión conjunta del tratamiento que, al respecto, se venía ofreciendo en nuestro Derecho, y de los cambios experimentados a raíz de esta Directiva y su ley de incorporación.

Sin embargo, para la publicación de este artículo, he reducido mi exposición centrándome, básicamente, en la nueva regulación. De forma muy breve, mencionaré las características y los principales defectos de los que adolecía la LCU hasta la llegada de la Directiva, en aras a resaltar y dejar patente los logros conseguidos en esta materia.

I. LA AUTONOMÍA PRIVADA

El estudio de los actos jurídicos y, particularmente, de los negocios jurídicos, se inscribe en la más amplia consideración de la autonomía privada.

La problemática de las cláusulas abusivas en el ámbito de las condiciones generales de la contratación (en adelante, CGC), conlleva la realización de un breve análisis sobre la libertad contractual, entendida no como libertad de los particulares frente al Estado, sino como libertad frente a otros particulares.

La libertad contractual como principio rector de la materia en nuestro Ordenamiento jurídico, aparece consagrada en numerosos preceptos del Código Civil.

Cabe destacar el artículo 1255 CC, donde se establece dicho principio con la sola limitación, de carácter general, de que los acuerdos celebrados no infrinjan las leyes, ni la moral, ni el orden público. Dentro de los límites de seguridad jurídica que implica el respeto a estas barreras de la legalidad, pueden las partes libremente concertar cuanto crean conveniente a sus intereses.

La autonomía privada como reconocimiento a los individuos de un poder para regular sus relaciones como tengan por conveniente se justifica porque es expresión del Derecho a la autodeterminación de la persona humana.³ Estos acuerdos realizados por los particulares vinculan porque han sido queridos por los individuos en el ejercicio de su libertad.

La justicia o injusticia del contenido pactado (a salvo los límites recogidos en el art. 1255 CC) es irrelevante porque la legitimidad de lo pactado no se basa en su contenido, sino en el procedimiento por el que se ha alcanzado el acuerdo, que ha sido el consentimiento libre y no la imposición.

La exigencia del consentimiento actúa como garantía de justicia, ya que asegura que el acuerdo no es injusto para ninguna de las dos partes, puesto que es de suponer que los acuerdos injustos se rechazan. De este modo, la conexión entre libertad y justicia es meramente fáctica y no normativa. Las decisiones libres conducen a acuerdos justos. La libertad protegida no es una libertad para alcanzar acuerdos justos, sino libertad para alcanzar acuerdos que a las partes les parezcan justos.

De este modo, son las partes contratantes las que, al tiempo de la elaboración del contrato, determinan lo que es justo o injusto para ellas. Debe entenderse el contrato como instrumento para la realización de intercambios de bienes y servicios, cuando la realización de los mismos se deja a los particulares y a su libre actuación. Ha de ser expresión de autonomía bilateral. Esto implica ausencia de cualquier interferencia estatal o de terceros, así como de toda imposición de la voluntad de una de las partes sobre la otra.

Es en este punto donde centraré mi análisis, en el tema de la imposición como punto de origen y en las consecuencias nocivas que de ella se derivan.

Como sabemos, la sociedad moderna ha experimentado numerosos cambios: avances tecnológicos, el desarrollo de las telecomunicaciones, la pujanza del sector terciario y de las vertientes monetaria y financiera, el aumento del nivel de vida, la aparición de las grandes multinacionales... Todos estos factores han determinado un desarrollo económico basado en una producción y comercio masivo de bienes y servicios.

En esta dinámica de aceleración y complejidad de la vida económica, el sector empresarial ha simplificado los mecanismos de formación del contrato. Fruto, por tanto, de las exigencias de dicha evolución económica y social han surgido los llamados contratos en masa o contratos tipo.

³ Esta es una idea generalmente admitida. Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 11 y ss., y sobre todo LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-2.º, Derecho de obligaciones, Barcelona, 1985, p. 28; y el artículo 10 de la Constitución que recoge como principio del Ordenamiento el respeto al «libre desarrollo de la personalidad» de los individuos.

Por medio de estos contratos, que son verdaderos contratos de adhesión, las empresas mercantiles e industriales, imponen a sus clientes sus condiciones generales, predispuestas unilateralmente y, muchas veces, sin posibilidad alguna de negociación o modificación por parte de sus posibles destinatarios.

Vemos pues, cómo decae en este tipo de contratos el presupuesto ideológico de la libertad de las partes para contratar.

Este fenómeno se trata de justificar desde el punto de vista económico por razón de la necesaria rapidez de las operaciones y en atención a la denominada «calculabilidad del riesgo».

Hay que tener presente que las CGC constituyen un instrumento de racionalización, vía estandarización, del que no pueden prescindir las empresas para hacer frente a la actividad contractual masificada. Si bien es cierto que las condiciones generales provocan una reducción de los costes de celebración y regulación de los contratos, favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial al tiempo que facilitan su coordinación, y permiten el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrecen las empresas, no hay que olvidar otra cuestión de especial relevancia.

En efecto, la proliferación de estos contratos de adhesión ha desencadenado situaciones constantes de desigualdad entre las partes contratantes, manifestándose a través de cláusulas y prácticas abusivas, desarrolladas en lo que comúnmente se denomina «letra pequeña».

En este sentido, el consumidor queda desprotegido viendo cómo se están vulnerando sus derechos sin que pueda, en la mayoría de los casos, hacer nada al respecto, ya que se trata de servicios, tanto públicos como privados, de consumo necesario, de los que no puede prescindir.

Ya antes de que se produjese la reacción legislativa frente a tales situaciones (como sucedió en Alemania, en Inglaterra, etc., incluyendo nuestra Ley de 1984, elaborada presurosamente por razón de las gravísimas consecuencias sociales derivadas del consumo humano del aceite de colza), la doctrina y jurisprudencia de los distintos países lucharon contra tales abusos por medio de los clásicos principios e instituciones del Derecho contractual recogidos en los Códigos decimonónicos.

En nuestro país, el pionero en esta materia fue el profesor Federico De Castro. Tres eran los cauces que el Ordenamiento ofrecía en la lucha contra las cláusulas y condiciones abusivas, a juicio del prof. De Castro:

- 1.º La Ley imperativa, que constituye uno de los límites inmanentes e infranqueables del Principio de la autonomía de la voluntad.
- 2.º El orden público. Es un límite, junto a la Ley y a la moral, al Principio de libertad de pacto recogido en el artículo 1255 CC.

3.º Pero, mayor importancia a los efectos de la protección de los consumidores presenta la nueva interpretación de la naturaleza de las «normas dispositivas».

Las normas dispositivas en principio son supletorias de la voluntad de las partes. Estas pueden apartarse del marco legal definido por dichas normas, pero para ello deberán dar una adecuada justificación causal, de modo que permitan al contrato seguir cumpliendo la finalidad económica amparada por el Ordenamiento.

Sin embargo, y a pesar de las diferentes medidas adoptadas por los Estados miembros para hacer frente a estos abusos, era preciso una actuación comunitaria, uniformadora de todas las legislaciones consumeristas existentes, con el objeto de lograr una mayor protección de los consumidores en el ámbito supranacional.

Es así como surge la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que comentaré más adelante. Pero antes, me detendré, brevemente, en el tratamiento que han recibido las condiciones generales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU) de 1984, que ha sufrido algunas modificaciones en virtud de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998, como luego veremos.

II. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA LCU

1. Concepto y caracteres

En nuestro Derecho, se ha afrontado una primera regulación más o menos detallada de las CGC en el marco de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (LCU), concretamente su extenso artículo 10 está dedicado a esta materia.

Dicho art. 10 es un precepto importante pero técnicamente deficiente. Regula, sin seguir ningún orden lógico, lo que son las CGC y su régimen jurídico. La doctrina ha comentado y criticado ampliamente este artículo y ha puesto de manifiesto la defectuosa redacción del mismo, solventando las numerosas dudas que plantea y que inducen a confusión.⁴

⁴ Destacan en esta materia, especialmente, los siguientes autores, cuyas obras me han orientado y ayudado a realizar la presente investigación: ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1991; LACRUZ BERDEJO, J., *Elementos de Derecho Civil, II*, Vol. 2.º, Derecho de obligaciones, Barcelona, 1985; RUIZ MUÑOZ, M.,

El art. 10.2 LCU establece que *a los efectos de esta ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.*

A su vez, el art. 10.1 LCU incide en qué se entiende por CGC refiriéndose a las *cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes.*

De estos dos preceptos cabe entresacar los caracteres que han de reunir las CGC:

a) La PREDISPOSICION UNILATERAL por uno de los contratantes.

Esta característica hace referencia a la falta de negociación por ambas partes. Las cláusulas son creadas única y exclusivamente por el empresario, la parte fuerte, con anterioridad a la celebración del contrato.

Según el tenor del texto, parece necesario que las cláusulas hayan sido redactadas por la Empresa o grupo de Empresas que las utiliza. Sin embargo, debe darse una interpretación finalista correctora a esta norma, de manera que se aplique por el mero hecho de usar condiciones generales.⁵

Lo trascendente no es quién las haya redactado efectivamente, sino quién las incluye en los contratos, quién les da fuerza vinculante.⁶

En cuanto a si han de constar por escrito, parece una exigencia obvia que se deduce del art. 10.2 LCU cuando habla de cláusulas, condiciones o estipulaciones «redactadas». Del mismo modo, el art. 10.1 LCU se refiere a la concreción claridad y sencillez de su «redacción». Sin embargo, algunos autores entienden que no es necesario que aparezcan sobre un soporte material, sino que basta con que se den a conocer y se impon-

La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores, Valladolid, 1993; COCA PAYERAS, M., «Comentario al art. 10.2», *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dir. R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 10.1.c)», *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios...*; CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., «Comentario al art. 10.4», *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios...*; CLEMENTE MEORO, M., «El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas», dentro de la obra *Contratación y Consumo*, Tirant lo Blanch tratados, 1998.

⁵ En este sentido, LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, p. 37; RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, p. 268; ALFARO, *Las condiciones...*, cit., pp. 120 y ss.

⁶ COCA PAYERAS, M., «Comentario al art. 10.2»..., p. 318.

gan al consumidor, interpretando el término «redactadas» en el sentido de «formuladas» (Alfaro, en contra, Coca Payeras).

b) LA GENERALIDAD

Esta nota característica de las CGC aparece formulada de manera incorrecta por nuestra LCU. Literalmente el artículo habla de uniformidad. Debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de generalidad puesto que, de otro modo, se estaría facilitando el fraude a la ley.

c) LA IMPOSICION

Debe entenderse en el sentido de que la empresa a la que se dirige el consumidor sólo contrata bajo las cláusulas o condiciones que impone (sentido relativo) y no en el sentido de que sólo con esa empresa puede contratar para obtener tales bienes o servicios, porque sólo él los oferta (sentido absoluto).

Este requisito es uno de los más problemáticos, con el que no está de acuerdo la mayoría de la doctrina, que aboga por su supresión, debido a su formulación tan deficiente. En seguida veremos que la Directiva y la Ley de incorporación matizan este requisito.

d) LOS SUJETOS DE LA RELACION JURIDICA han de ser, por un lado, una empresa o grupo de empresas (el predisponente), y por otro lado, un consumidor o usuario (el adherente).

Quedan fuera de la ley las relaciones contractuales entre empresarios o profesionales, debido a que el fin perseguido por la LCU, que regula el tratamiento de las CGC, es la protección del consumidor. Este es uno de los inconvenientes de haberse regulado esta materia en un marco tan reducido, lo cual ha sido muy criticado por la doctrina.

2. El control de las CGC

A través de las CGC, el predisponente abusa frecuentemente de la buena fe del consumidor cometiendo enormes atropellos.

Por ello es necesario un control exhaustivo de las mismas. El art. 10 LCU regula tres controles sucesivos, a desempeñar por el juez, con los cuales se consigue mayor protección y seguridad al poder depurar los contratos eliminando aquellas cláusulas que no se ajusten a lo exigido por la ley. Estos controles son los siguientes:

- a) Control de inclusión.
- b) Control de interpretación.
- c) Control de contenido.

a) *Control de inclusión*

Este control sirve para determinar qué condiciones se han incorporado al contrato.

El artículo 10.1.a) LCU exige para la inclusión de las cláusulas o condiciones al documento contractual *concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

b) *Control de interpretación*

Una vez que se ha superado el control de inclusión, deben interpretarse las CGC sólo en la medida en que forman parte del contenido contractual. El intérprete no realiza un control de legalidad de las mismas, tan sólo determina el alcance y sentido de las condiciones efectivamente incorporadas al contrato cuando sean oscuras. Se trata de una interpretación contractual circunstanciada, por lo que nunca podrá ser abstracta o uniforme.

Las normas de interpretación vienen recogidas en el párrafo 2.º del n.º 2 del art. 10 LCU, que dice: *las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas.*

La primera regla de interpretación que enumera este precepto es la *Interpretación contra proferentem.*

Los presupuestos básicos para aplicar esta regla son, por un lado, un contenido contractual oscuro, dudoso y por otro, la imputabilidad al pre-disponente.

En opinión de Coca Payeras⁷, debe corregirse el absurdo tenor del artículo, que se refiere al redactor de las CGC sin caer en la cuenta de que puede ser un tercero en el contrato a interpretar.

A primera vista parece que esta regla choca con los requisitos de inclusión (exigencia de concreción, claridad y sencillez), recogidos en el art. 10.1.a) LCU. Tanto éste como el art. 10.2.II LCU regulan idéntico supuesto de hecho, esto es, la falta de claridad de la condición general, pero distinto tratamiento jurídico: no inclusión —o ineficacia— e interpretación más favorable al adherente.

⁷ COCA PAYERAS, M., «Comentario al art. 10.2»..., p. 326.

Para intentar salvar esta antinomia, algunos autores consideran que, mientras que el control de inclusión controla la forma o formulación, la interpretación atañe al contenido de las cláusulas que han logrado superar el filtro de la formulación.

La segunda regla de interpretación que señala el art. 10.2.II LCU es la de la *prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales*.

Por cláusula particular debe entenderse aquélla no predispuesta, sino especialmente negociada por las partes.

La tercera y última regla con la que se cierra el artículo es la de la *condición más beneficiosa para el consumidor*: «*siempre que aquéllas (las particulares) sean más beneficiosas que éstas (las generales)*».

Se trata de una regla insólita ya que supone que, tratándose de un consumidor o usuario, no juega la regla de la prevalencia.

Hay quien señala otro criterio de interpretación para el caso de contradicción entre condiciones generales.⁸ Se trata de la *regla de la condición más relevante o más importante*, según el autor.

En este caso concreto no puede aplicarse la regla de la prevalencia ni la de la condición más beneficiosa. Y ello porque éstas se mueven en el campo de las contradicciones entre CGC y particulares. La regla *contra proferentem* tampoco es aplicable ya que no se trata de cláusulas oscuras, sino que son dos cláusulas claras pero opuestas.

La cuestión ha sido resuelta en alguna ocasión por nuestro TS (S. 19 de noviembre de 1965), haciendo prevalecer la *cláusula que mejor define la posición jurídica de las partes y el alcance del contrato*. Cuando no pueda resolverse la cuestión aplicando el criterio anterior, cabe recurrir como regla subsidiaria a la regla *contra proferentem* (Alfaro).

c) *Control de contenido*

Este se establece en el art. 10.1.c) LCU que, tras un encabezamiento global, en el que se definen las condiciones abusivas, expresando que para no tener el carácter de tales deberán ser *conformes a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones*, hace un elenco de doce apartados, donde se enumeran condiciones que para el legislador no reúnen esos requisitos, por lo que las tacha de abusivas.

El control de contenido de las CGC es el último control a llevar a cabo. Una vez incorporadas al contrato e interpretadas, de modo que su alcance y sentido no ofrecen dudas, debe revisarse su contenido por si resultara abusivo.

⁸ COCA PAYERAS, M., «Comentario al art. 10.2»..., pp. 328-329.

Los autores españoles ya han señalado la deficiente técnica jurídica de la que adolece este art. 10, y en especial, el apartado 1.c) (Coca Payeras, Alfaro, Díaz Alabart).⁹

La buena fe debe ser entendida en sentido objetivo, como honradez en el comercio o en el tráfico jurídico, solamente que llevada al momento de la perfección del contrato.

Por justo equilibrio de las contraprestaciones debe atenderse al justo equilibrio contractual: que la situación de ambas partes contratantes esté compensada según las exigencias de la equidad.

3. El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas

Las consecuencias jurídicas que se derivan de la infracción de lo preceptuado en el n.º 1 del art. 10 LCU, vienen recogidas en el n.º 4 del mismo artículo. Se trata de una doble consecuencia, que se produce por el hecho de que una cláusula sea abusiva: será nula y se tendrá por no puesta.

En mi opinión, este precepto se refiere a las cláusulas que no superan los controles, ya sea porque son incomprensibles o ininteligibles, o adolecen de una gran falta de claridad, sencillez y concreción, lejos de constituir una simple oscuridad subsanable mediante las reglas de interpretación, o ya porque son abusivas. Dichas cláusulas serán nulas de pleno derecho, entendiéndose esta nulidad como radical o absoluta.¹⁰

A continuación, se procederá a la integración del resto del contrato, acudiendo a las normas imperativas o a las dispositivas, según el caso, o a las normas generales sobre obligaciones, al contrato típico más afín o a los usos y a la buena fe cuando no existan las anteriores. Aunque en ocasiones es innecesaria tal integración porque el contrato puede seguir subsistiendo sin la cláusula anulada.

A pesar de todo esto, puede ocurrir que la nulidad de una cláusula conlleve la de todo el contrato, por existir una situación no equitativa entre las partes.

A juicio de Clemente Meoro¹¹, opinión que comparto, esta ineficacia total del contrato solamente se producirá cuando la cláusula afecte a un elemento esencial del mismo, como las que determinan la prestación principal.

⁹ COCA PAYERAS, M., «Comentario al art. 10.2»..., pp. 313-314; ALFARO, *Las condiciones...*, p. 9; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 10.1.c)»..., p. 249.

¹⁰ Las dudas surgidas en torno al régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas han sido cuantiosas, existiendo diversas opiniones al respecto. En este sentido, destacan autores como CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Comentario al art. 10.4»...; RUIZ MUÑOZ, M., *Nulidad parcial del contrato con condiciones generales*; CLEMENTE MEORO, M., «La ineficacia...».

¹¹ CLEMENTE MEORO, M., «La ineficacia ...», pp. 322-323.

III. LA DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO, SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

1. Antecedentes y significado

La génesis de esta Directiva¹² se enmarca en la política de protección al consumidor perseguida por la Comunidad Europea, consagrada en la actualidad en el art. 153 del Tratado de la Comunidad Europea.

La Directiva sobre cláusulas abusivas venía ya anunciada por el *Programa Preliminar de 1975*¹³ y por el *Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de Protección e Información de los Consumidores de 1981*,¹⁴ en el marco de la defensa de sus intereses.¹⁵

En realidad, los primeros trabajos de la Comisión relativos a la defensa de los consumidores frente a las CGC culminaron en agosto de 1976, con la publicación de un anteproyecto de Directiva sobre cláusulas estándar en los contratos celebrados con consumidores¹⁶, que pronto fue, sin embargo, abandonado.

No obstante, el Parlamento Europeo volvió a reclamar en 1980 la promulgación de la Directiva. Así, tras el *Segundo Programa* de 1981 y en respuesta a la misión encomendada en el mismo, la Comisión elaboró en 1987 un *Anteproyecto de Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*¹⁷, que cristalizó finalmente en la *Propuesta de Directiva* de 24 de julio de 1990.¹⁸

Este texto fue, sin embargo, objeto de severas críticas, especialmente por parte de la doctrina alemana, puesto que vulneraba ostensiblemente el principio de libertad contractual, siendo cuantiosas las incoherencias en las que incurría.

A la vista de estas críticas, la Comisión modificó los aspectos incompatibles con los principios generales admitidos en el ámbito del Derecho Privado de los Ordenamientos internos, y presentó el 5 de marzo de 1992

¹² *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*, n.º L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29.

¹³ *DOCE* n.º C 92, p. 16, EE 15, vol. 01, p. 65 a 84.

¹⁴ Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981, *DOCE* n.º C 133, de 3 de junio, p. 1, EE 15 vol. 03, pp. 6 a 16.

¹⁵ Así, especialmente, en los puntos 19. i). 21 y 24 del *Programa Preliminar* y en los puntos 28.1 y 30 del *Segundo Programa*.

¹⁶ EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el Ordenamiento español», *RDM*, 1994, cit., p. 464; PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 1998, Barcelona, pp. 21 y ss.

¹⁷ Doc. núm. XI 124/87; *vid.* EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria ...», cit., p. 464.

¹⁸ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*, n.º C 243, de 28 de septiembre de 1990, pp. 2-5.

una Propuesta reformada, en la que, no obstante, se mantenía firme en las líneas de la Política de protección del consumidor. Sin embargo, dejaba fuera del ámbito de aplicación y del control de contenido los contratos negociados individualmente por los consumidores, así como las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato con condiciones generales. Tampoco se le otorgó carácter de exhaustividad a la lista de cláusulas comprendidas en el Anexo, tal y como había propuesto el Parlamento Europeo.

Así, tras leves retoques, el Consejo adoptó finalmente el día 5 de abril de 1993, la Directiva 93/13/CEE. Culminaba con ello un largo proceso, marcado por los grandes retrocesos frente a la propuesta inicial elaborada por la Comisión.

No sin razón, se ha afirmado que esta Directiva representa, a la vez, el proyecto más ambicioso y el más discutido con vistas a la europeización del Derecho contractual. Formalmente, su promulgación se apoyó en el discutido art. 100. A TCEE, introducido tras el Acta Unica Europea de 1986, por ello se ha afirmado¹⁹ que esta Directiva *es un producto más de la indefinición del art. 100. A*. Sólo a raíz de las modificaciones en los Tratados fundacionales introducidas por los *Acuerdos de Maastricht* de 1992, se dota de una fundamentación *cuasi constitucional* a la política y las acciones comunitarias de protección de los consumidores, a través del nuevo art. 129. A.

En líneas generales, se trata de una Directiva de mínimos (Considerando 12.º y art. 8) que tan sólo contempla una armonización parcial de la materia. Representa el mínimo común denominador de las respectivas legislaciones consumeristas de los países miembros. De este modo, persigue establecer una protección supranacional, y al mismo tiempo permitir la subsistencia de las normas nacionales que cuentan con un importante grado de desarrollo. Presenta un carácter más bien experimental, ya que su art. 9 establece el *principio de seguimiento* de la aplicación de las normas comunitarias.²⁰ Por otro lado, es de carácter general, en el sentido de no limitado a un solo sector económico.²¹

¹⁹ RUIZ MUÑOZ, M., «Control de las condiciones generales de los contratos en Derecho comunitario», *GJ*, 1994, D- 21, pp. 57 y 58.

²⁰ Este precepto, en efecto, impone a la Comisión el deber de presentar al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación de las normas de la Directiva, reflejando esa experimentalidad y potencial provisional.

²¹ Así, DÍAZ FRAILE, J. M., «La transposición en el Derecho Español de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Aplicación registral», en *Noticias de la Unión Europea*, marzo 1997, n.º 146, p. 20, quien afirma que *es ésta una norma horizontal, esto es, no vertical o sectorializada (...), sino aplicable con carácter general a toda la contratación.*; VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *RCDI*, núm. 630, 1995, cit., p. 1534.

Por último, como ha señalado algún autor²², cabe decir que esta Directiva es importante y que, a pesar de sus insuficiencias, constituye un paso positivo, pero tímido e incompleto y, en ocasiones, hasta ambiguo. A continuación, examinaré algunos de los aspectos positivos y negativos de la Directiva.

2. El modelo normativo contemplado en la Directiva 93/13/CEE

2.1. Finalidad

Conforme al art. 1.1 de la Directiva, su propósito estriba en *aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*.

Las legislaciones sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores existentes hasta el momento en los diferentes Estados miembros, eran tan dispares que podían producirse distorsiones de la competencia. Era preciso una armonización de las mismas para lograr un establecimiento efectivo del mercado único y, al mismo tiempo, proteger al ciudadano en su papel de consumidor.

2.2. Ambito de aplicación

La declaración de intenciones recogida en el art. 1.1 encuentra desarrollo, principalmente, en los arts. 2 y 3 de la propia Directiva. Esta delimita su campo de aplicación con arreglo a dos criterios, uno subjetivo y otro objetivo; mientras el primero determina los requisitos que han de reunir los contratantes, el último, en cambio, se refiere al tipo de contrato que se pretende regular.

En cuanto al CRITERIO SUBJETIVO,²³ la Directiva restringe su campo de aplicación a los contratos entre profesionales y consumidores

²² PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *RDM*, 1996, núm. 219, p. 94.

²³ Algún autor como PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, pp. 31 y ss., considera que, en vez de *ámbito de aplicación personal o subjetivo* limitado, se trata de un *ámbito de aplicación material- funcional* limitado, en la medida en que la *condición* de consumidor no es una cualidad intrínseca respecto de una determinada categoría de sujetos, sino una *función económica ejercitable* o una *situación posible* en el mercado, que se identifica con la desempeñada u ocupada por aquellos sujetos que intervienen en las relaciones negociales entabladas en la última fase de los procesos de mercado en calidad de *no profesionales o empresarios*, o sea, con independencia de su dedicación pro-

(art. 1.1), sin que quepa extenderlo a los contratos acordados entre empresarios. Hay aquí una manifiesta influencia de la ley francesa (Ley núm. 78- 23, de 10 de enero de 1978). El Consejo habrá querido conciliar el modelo alemán y el francés, resultando una Directiva ambigua y hasta contradictoria.²⁴ En este sentido, debería extenderse el control de las condiciones generales a las relaciones contractuales entre empresarios, puesto que éstos también tienen que soportar cláusulas abusivas prerredactadas por sus proveedores. Sin embargo, y, a pesar del art. 1.1 donde delimita su campo de aplicación, la Directiva muestra interés también por los *competidores profesionales* (art. 7.1), ya que persigue incentivar la competencia y evitar cualquier tipo de distorsión que pueda surgir por medio del uso de cláusulas abusivas. Deja, por tanto, la posibilidad a los Estados miembros de extender la protección también a los contratos celebrados entre empresarios (art. 8).

Según el art. 2, es consumidor toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y, por el contrario, es profesional toda persona física o jurídica, lo mismo pública que privada, que actúe dentro de su actividad profesional.

Vemos pues, cómo la Directiva no contiene un concepto tan restringido de consumidor como nuestra LCU, ya que incluye, no sólo al «destinatario final» de los bienes y servicios objeto del contrato, sino también a cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Prescinde de la inútil nota negativa de no reintroducir los bienes y servicios de que se trate en otros procesos productivos que discurran en el mercado. Sin embargo, se aparta del criterio amplio, que comprende a toda clase de adherentes y, por tanto, también a los empresarios y profesionales que se han consagrado por la nueva LCGC, al no establecer ninguna discriminación al respecto (art. 2 LCGC).

La Directiva restringe, no obstante, el concepto de consumidor tuteable al excluir del mismo a las personas jurídicas, incluso siendo destinatarios finales del producto o servicio. Esta exclusión está poco justificada y conviene mantener en este punto el criterio amplio de la LCU. Así lo ha hecho la nueva LCGC.

fesional o de la clase social a que pertenecen, y con la finalidad de dar satisfacción a sus necesidades personales, particulares o familiares. Es decir, son sujetos *que actúan* como no profesionales frente a los *que actúan* como operadores económicos.

²⁴ PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales...», cit., p. 95. En opinión de este autor, no se trata de una Directiva sobre cláusulas abusivas, ya que éstas también surgen en contratos negociados, sino que es fundamentalmente sobre contratos de adhesión. Pero tampoco es una Directiva sobre contratos de adhesión, porque éstos no son exclusivamente de los contratos entre profesionales y consumidores.

La opción político-legislativa *consumerista* asumida por la Directiva supone no sólo la inaplicación de la misma a las relaciones negociales entabladas entre empresarios o, por seguir la terminología de la norma comunitaria, entre *profesionales*, sino, asimismo, la exclusión de su ámbito de aplicación de aquellos contratos celebrados entre *particulares* o, si se prefiere, entre *consumidores*.

Por otro lado, el empleo de la noción de profesional, como contraparte del consumidor, ha sido considerado por algún autor²⁵ como problemático, puesto que nuestro Ordenamiento ignora tal categoría jurídica.

En cuanto al CRITERIO OBJETIVO, es mucho más innovador y se separa del criterio seguido por nuestra LCU.

La Directiva no se aplica exclusivamente a las CGC en sentido estricto, sino a los contratos de adhesión, esto es, aquellos cuyas *cláusulas contractuales no se hayan negociado individualmente* (art. 3.1). Se considera que dicha negociación no existe cuando la respectiva cláusula *haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido* (art. 3.2.1.º).

En mi opinión, la opción por los contratos de adhesión ha sido adecuada, ya que es un concepto muy amplio, bastando que el contrato haya sido pre-redactado por una de las partes y que la otra no haya podido influir en su contenido.

No se exige la intención uniformizadora (cláusulas pre-elaboradas para un número «indeterminado» o para una pluralidad de contratos) subyacente a la expresión condiciones generales, utilizada por la Ley portuguesa²⁶ y nuestra LCGC, entre otras.

Así, resulta que la Directiva se aplicará cuando las cláusulas hayan sido redactadas con carácter singular o esporádico, y también cuando los contratos de adhesión se sujeten a condiciones generales preestablecidas, esto es, *redactadas con vistas a su utilización general* (art. 7.2). A su vez, se aplicará cuando, a pesar de haberse negociado alguna cláusula, la apreciación global de las demás cláusulas lleve a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión (art. 3.2.2.º).

La inexistencia de negociación es una presunción *iuris tantum*, correspondiendo la carga de la prueba al profesional (art. 3.2.3.º).

Las características de las cláusulas que componen los contratos de adhesión y que constituyen el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva son las siguientes:

²⁵ EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», pp. 466-467, quien considera que *hubiera sido más conveniente servirse de (... la ...) noción de empresario, reconocida legalmente en la mayoría de los Ordenamientos europeos*.

²⁶ PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales...», p. 26.

a) En primer lugar, la *contractualidad o carácter contractual*

Ha de tratarse de cláusulas destinadas a formar parte de una regulación negocial a establecer entre las partes o a incidir sobre ésta. Al igual que nuestra LCU, se exige esta característica, puesto que solamente las cláusulas efectivamente incorporadas al contrato serán sometidas el control establecido por la Ley.

Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas declarativas, es decir, aquellas cláusulas que se limiten a reproducir normas legales o de Convenios Internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte. Así, resulta de lo declarado en el Considerando 13.º y del art. 1.2 de la Directiva.

La *norma interpretativa* contenida en el Considerando 13.º establece que la expresión «*disposiciones legales o reglamentarias imperativas*» que aparece en el apdo. 2 del art. 1, incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo. De este modo, no sólo se excluyen las normas que reproduzcan disposiciones imperativas, sino también las que reflejen la regulación contenida en normas de carácter dispositivo y consuetudinario, aplicables en defecto de acuerdo entre las partes.

Se ha subrayado por algunos autores²⁷, que esta norma puede suponer un retroceso en la armonización, ya que permite que cada Estado miembro fije su propia regulación, que puede ser diferente de la de los demás Estados miembros.

b) En segundo lugar, la *Predisposición*

Las cláusulas deben haber sido *redactadas previamente*, según el tenor literal del art. 3.2.1.º, es decir, con anterioridad al nacimiento de la relación contractual entre las partes.

El control se ha circunscrito a la totalidad de los contratos, redactados con condiciones predispuestas, celebrados entre consumidores y profesionales, tanto si se emplean masivamente en las contrataciones, como si se utilizan para supuestos singulares.²⁸

Con este requisito, se sienta la presunción de que no ha existido negociación de las cláusulas, en tanto en cuanto el profesional o empresario predisponente no demuestre lo contrario.²⁹

El art. 3.2.1.º tan sólo dice que *haya sido redactada previamente*, por lo que dichas cláusulas pueden ser redactadas por cualquier persona, no

²⁷ EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», cit., p. 468; PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, p. 37.

²⁸ EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», cit., p. 469.

²⁹ Así, DIAZ FRAILE, J. M., «La transposición en el Derecho Español...», p. 21.

necesariamente por quien las imponga, incluso puede haberlo sido por un tercero. El tenor del texto no da lugar a confusión y en modo alguno facilita el fraude a la ley como podía suceder con el art. 10.2 LCU si se interpretaba literalmente. Nuestra nueva LCGC también ha corregido la deficiente técnica usada por el art. 10.2 LCU, en el mismo sentido que la Directiva. Lo importante no es quién las haya redactado, sino quién las incluye en los contratos.

En cuanto a si han de tener carácter escrito, parece que así se deduce del término empleado por la Directiva, esto es, «redactada». Del mismo modo, el art. 5 establece que «estas cláusulas deben estar redactadas siempre de forma clara y comprensible». Sin embargo, y como ya comenté en el capítulo anterior, puede entenderse el término «redactadas» en el sentido de «formuladas». Así lo han entendido algunos autores como Pagador López o Emparanza³⁰, quienes consideran que no es necesario que aparezcan en un soporte documental, sino que basta con que se hallen en un soporte informático o, simplemente, en la mente del contratante profesional o de los representantes de éste.³¹

La Directiva habla en su Considerando 11.º de que el consumidor debe gozar de la misma protección, tanto en un contrato verbal, como en un contrato escrito. Por ello, considero que debe entenderse el término «redactadas» en el sentido amplio de «formuladas». No es preciso que consten por escrito, puesto que sólo así podrá conferirse al consumidor la misma protección en ambos tipos de contratos. Esto mismo encontramos en el art. 5 cuando habla de *cláusulas propuestas y de las que consten por escrito*.

c) Por último, ha de concurrir el requisito de la *Imposición, rigidez o inevitabilidad*

Esta es la nota esencial, que priva al consumidor de autonomía para diseñar sus condiciones contractuales, por lo que se hace necesaria la intervención de los poderes públicos.

Hay que destacar que la Directiva exige exclusivamente que el consumidor no haya podido influir en el contenido, no que carezca de la posibilidad de obtener el bien o servicio en caso de rechazar el contrato, como se regulaba en el art. 10.2 LCU, el cual, si se interpretaba en sentido absoluto, podía excluir la protección en caso de estar disponible el mismo por parte de un competidor oferente.

³⁰ EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», p. 468, cuando habla de «*la obligatoriedad de que las cláusulas insertas en el contrato se hallaren formuladas previamente*».

³¹ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, cit., p. 34.

La Directiva ha matizado este requisito de la inevitabilidad ofreciendo la posibilidad de que se negocie alguna cláusula aislada del contrato, sin que, por ello, deje de considerarse al contrato como un contrato de adhesión, sometido por tanto al control de la ley.

Se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas que hayan sido objeto de negociación especial entre las partes (art. 3.1 y 2) y aquellas cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, con la condición de que *se redacten de manera clara y comprensible* (art. 4.2).

Por último, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de trabajo, los contratos relativos a los Derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades (Considerando 10.º *in fine*).

2.3. Mecanismos de control de las cláusulas abusivas

Las cláusulas de los contratos de adhesión, esto es, las cláusulas no negociadas individualmente sino predispuestas con anterioridad a la celebración del contrato e impuestas posteriormente al adherente, sin que éste tenga posibilidad de influir sobre su contenido, deben reunir unos requisitos internos y externos para ser válidas y eficaces. Al mismo tiempo, deben superar unos controles, al objeto de verificar en cada caso el cumplimiento de los requisitos y evitar con ello cualquier tipo de abuso y vulneración de la buena fe por parte del predisponente.

La Directiva establece tres mecanismos de control, al igual que nuestra LCU en su art. 10, como ya vimos. Así, los controles son básicamente los mismos:

- a) Control de inclusión.
- b) Control de interpretación.
- c) Control de contenido.

a) Control de inclusión

Este control se dirige a verificar la transparencia, esto es, pretende hacer posible que el adherente conozca el contenido contractual. A esto se refiere el Considerando 20.º de la Directiva cuando dice que *los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles (... y...) que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*.

A esta exigencia se refiere también el art. 5, que consagra, aunque de manera tímida y casi en *passant*³², la obligación de que las cláusulas sean

³² PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales...», p. 97.

redactadas «de forma clara y comprensible». Esto mismo se extiende a las cláusulas esenciales, es decir, las relativas al objeto principal del contrato y a la relación precio y calidad (art. 4.2).

Lo que omite la Directiva es la referencia a la regla de las cláusulas sorprendentes que se contemplaba en las propuestas iniciales pero que ha desaparecido del texto definitivo. Son aquellas cláusulas que provocan «una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar».³³ También es omitida por nuestra LCU. En la LCGC tampoco hay una referencia expresa a esta regla, pero es posible encontrarla, aunque de forma indirecta, en los arts. 5 y 7. a). Así, en el art. 5 se exige la aceptación expresa del adherente y su firma para incorporar las condiciones generales al contrato, y el art. 7.a) establece que no se incorporarán *las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer (...) o cuando no hayan sido firmadas*. Ambos preceptos se dirigen a evitar este tipo de cláusulas. A su vez, en algunos de los supuestos regulados en la Disposición Adicional Primera de la LCU, podemos encontrar indicios de cláusulas sorprendentes. Pero esto lo comentaré más adelante.

Muchas han sido las críticas respecto a esta primera forma de control. Las reglas consagradas en el art. 5 se consideran insuficientes e insatisfactorias, porque la Directiva se ha quedado por debajo de lo que era de esperar. Debería haber establecido *deberes de comunicación* previa e íntegra, de las cláusulas contractuales generales, *deberes de información y de aclaración*, con la consecuencia de que el no cumplimiento de tales deberes y reglas impida que las cláusulas puedan ser invocadas, o sea, esas cláusulas no forman parte del contrato.³⁴

Tampoco resulta explícitamente exigida la entrega material o puesta a disposición del documento contractual respecto de los casos en que el contrato se documenta habitualmente por escrito. Asimismo, la redacción del art. 5 se presta a equívocos³⁵, al referirse la exigencia a *los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito*. ¿Tal previsión se refiere a aquellos en que la celebración del contrato suele documentarse por escrito? o ¿se extiende, también, a aquellos casos en que, aun no documentándose por escrito la celebración del contrato, existe algún tipo de documento acreditativo de

³³ Vid. sobre este punto ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pp. 241 y ss. ampliamente; PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, pp. 55-58.

³⁴ PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales...», p. 97.

³⁵ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, pp. 53-54.

la celebración de éste (v. gr., tickets, facturas, etc.)? Surgen, como vemos, numerosas cuestiones difíciles de resolver que ponen de relieve las deficiencias en que ha incurrido la Directiva.

Gracias a que es una Directiva de mínimos estos déficits se han podido salvar en las leyes de transposición a los Ordenamientos internos, como es el caso de la ley portuguesa³⁶ o la española sin ir más lejos, la cual establece un sistema de control más completo, exigente y riguroso.

b) Control de interpretación

Al igual que en nuestra LCU, como ya vimos en el capítulo anterior, una vez que las cláusulas han sido incorporadas al contrato, se procede a determinar el alcance y sentido de aquellas que puedan resultar oscuras o dudosas.

Así pues, se aplicará la regla *contra proferentem*, tal y como aparece en el segundo inciso del art. 5 que dice que, *en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*.

La Directiva da una formulación novedosa de esta regla de interpretación, la acoge de forma invertida, en opinión de Vattier Fuenzalida³⁷, puesto que la regla pasa de tener como sujeto central al predisponente (*las dudas se interpretarán en contra de quien haya redactado las cláusulas*) a colocar en tal posición al consumidor-adherente (*prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*).

El hecho de que aparezca formulada en positivo, *pro consumatore*, se debe a que el autor material de las cláusulas de este tipo de contratos no tiene por qué ser necesariamente el profesional que las impone a la hora de contratar con él. Pueden haber sido redactadas por un tercero (por ejemplo, un Notario, un abogado, etc.) que nada tiene que ver con el contrato y que el empresario se limite a incorporarlas en sus contrataciones dándoles fuerza vinculante. El art. 1 LCGC no deja lugar a dudas sobre esta cuestión, superando los defectos de redacción del art. 10.2 LCU.

No queda, pues, más remedio que formular la regla interpretativa en positivo, disponiendo que las dudas en la interpretación se resolverán de la forma más favorable para el consumidor, quien siempre es, además, *adherente*.

Algún autor como Emparanza³⁸ ha observado que la norma contenida en el art.5 de la Directiva *rebaso la protección que se atribuye al adhe-*

³⁶ PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales...», p. 97.

³⁷ VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», cit., p. 1540.

³⁸ EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», cit., pp. 470 y 471.

rente en tales situaciones y parece impedir al predisponente presentar argumentos en contra: así, mientras que, p. ej., el § 5 AGB-Gesetz dispone que las dudas surgidas en la interpretación de las condiciones generales corren a cargo del predisponente, lo que —afirma Emparanza— supone otorgarle la posibilidad de aclarar el significado de dichas condiciones, el art. 5 de la Directiva no deja resquicio defensivo alguno para el empresario, por cuanto no admite prueba en contrario por parte del predisponente.

Considero, sin embargo, que así debe ser siguiendo el tradicional fundamento de esta clásica regla de interpretación, cual es el de la buena fe, que impone la responsabilidad de quien, al emitir una declaración de voluntad, no se expresa claramente.

No cabe duda de que esta regla sirve para promover la redacción clara y comprensible de las condiciones contractuales, exigida en el art. 5.1.³⁹

Esta regla interpretativa, sin embargo, no se aplicará en el ámbito del llamado *procedimiento de control abstracto*, del que se ocupa el art. 7.2 de la Directiva. Se someten a este tipo de control las cláusulas contractuales *redactadas con vistas a su utilización general*, que forman parte de un pliego de condiciones pero que todavía no han pasado a integrar el contenido de ningún contrato concreto. Por ello, deben ser objeto de una interpretación objetiva, uniforme o típica, esto es, atendiendo al tenor literal de las mismas y al tipo de relación contractual en el que están llamadas a insertarse.

Así se deriva del art. 4.1 que habla de una interpretación circunstanciada *sin perjuicio de art. 7 (...)*. Por tanto, se tendrán en consideración todas las circunstancias que concurren en el momento de la celebración del contrato, así como todas las demás cláusulas del mismo contrato o de otro del que dependa, resolviendo las dudas a favor del adherente, sólo cuando las cláusulas formen parte de un determinado contrato y se sometan, por tanto, a un procedimiento de control concreto. En caso contrario (procedimiento de control abstracto), se seguirá una interpretación típica.

Por último, señalar que desapareció del texto definitivo la *regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales*, regla que, por otro lado, aparece recogida tanto en la LCU, en su art. 10.2.II, como en la nueva LCGC (art. 6.1).

³⁹ A este respecto, no debe confundirse la regla *contra proferentem* con la obligación de que las condiciones se redacten de manera clara y comprensible, expresada en los arts. 4.2 *in fine* y 5.1.º, que constituyen los requisitos de inclusión. Me remito al capítulo anterior para la explicación de la diferencia que existe.

c) Control de contenido

Es el último control que se realiza, en el cual está la clave del régimen protector, ya que persigue eliminar del contrato aquellas cláusulas abusivas o desequilibradas, que concedan privilegios a favor del empresario o profesional y en perjuicio, claro está, del consumidor.

En la Directiva, el control de contenido se articula en torno a la existencia de una cláusula general prohibitiva (art. 3.1) —cuya aplicación trata de facilitarse mediante el establecimiento de unos criterios instrumentales a tal fin (art. 4.1)— y un catálogo ejemplificativo de cláusulas que se consideran prohibidas, que figura recogido en el Anexo de la Directiva (art. 3.3 y Anexo).⁴⁰

La cláusula general descansa en la buena fe y en el justo equilibrio de las contraprestaciones, coincidiendo con el art.10.1.c) de la LCU. En efecto, según el art. 3.1, las cláusulas que no se hayan negociado individualmente *se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

La buena fe, como ya dije al comentar la LCU, debe entenderse en sentido objetivo, como pauta general de conducta en las relaciones jurídicas. Además, en consonancia con la jurisprudencia alemana, la Directiva añade que la buena fe de los empresarios y profesionales exige que traten *de manera leal y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta* (Cndo. 16).

Por lo que se refiere al justo equilibrio de las contraprestaciones, en realidad, la Directiva emplea una terminología distinta que la de la LCU (desequilibrio importante, en lugar de justo equilibrio de las contraprestaciones), pero ambas expresiones vienen a significar lo mismo. Se pretende eliminar las cláusulas que trastocan el equilibrio contractual entre las partes, en detrimento del adherente-consumidor. Se quiere con esto, defender al consumidor de las condiciones establecidas unilateralmente por la otra parte, teniendo presente tanto el superior conocimiento técnico como el mayor grado de información del que goza generalmente dicho predisponente. No obstante, este desconocimiento no puede predicarse de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, ya que son estos aspectos los que influyen decisivamente sobre el consumidor a la hora de contratar. Por ello, se justifica que la Directiva en su art. 4.2 haya excluido tales cláusulas del control de contenido.

⁴⁰ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, pp. 58 y ss.; EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», pp. 472 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», pp. 1537 y ss.

En lo que concierne a la relación entre la buena fe y el desequilibrio (término empleado por la Directiva), el tenor literal de la norma es desconcertante, puesto que, como bien ha observado Vattier Fuenzalida⁴¹, da a entender que una cláusula es abusiva sólo por ser desequilibrada, aunque no sea contraria a las exigencias de la buena fe. A pesar de esto, debe considerarse abusiva la cláusula desequilibrada que contradiga, además, la buena fe; y ello porque, como se ha observado⁴², no es fácil pensar en ejemplos de falta de equilibrio que, a su vez, no sean contrarios a la buena fe. La nueva LCGC contiene una redacción más precisa, gracias a la cual se excluye la interpretación descartada.

En cuanto a los criterios que deben seguirse para determinar el carácter abusivo de una cláusula, aparecen recogidos en el art. 4.1, conforme al cual, habrá que fijarse en la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, en todas las circunstancias concurrentes en la celebración del mismo y en todas las demás cláusulas de ese contrato o de otro del que dependa.

Tal y como había adelantado, la Directiva incluye un catálogo meramente indicativo de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Este se contiene en el Anexo de la Directiva, el cual contiene cerca de 20 hipótesis, en cuyo examen pormenorizado no voy a entrar. En términos generales, se refieren a la falta de reciprocidad (Anexo 1, letras c, d, i, j, k, m, n y o), a la modificación unilateral del contrato (Anexo 1, letras f, g, h y p), a la garantía de que la cosa, el servicio o el precio responden a las características acordadas (Anexo 1, detrás k, l y m), o se trata de cláusulas modificativas de responsabilidad (Anexo 1, letras a, b y q).

Este catálogo no es exhaustivo sino orientativo, en aras de lograr mayor flexibilidad. De ahí, su carácter de «lista gris», en virtud de la cual, las cláusulas que contiene no se declaran en todo caso nulas, sino sólo cuando «tengan por objeto o por efecto» alguno de los supuestos planteados en el Anexo. Frente a este tipo de listas, están las «listas negras», que declaran nulas *ex lege* las cláusulas insertas en ellas. Tienen, por tanto, mayor efecto disuasorio por la segura inmediatez de su aplicación una vez verificada su presencia. Muchas han sido las críticas⁴³ que ha recibido la Directiva por la técnica empleada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que se trata de una Directiva de mínimos, que ha elaborado esta lista abierta, por las dificultades que entraña encontrar supuestos homo-

⁴¹ VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», pp. 1538-1539.

⁴² DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 10.1.c) ...», pp. 252- 253.

⁴³ EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», pp. 474- 475; VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», pp. 1539- 1540, entre otros.

généatemente subsumibles en los Ordenamientos de los países miembros. De modo que los Estados miembros pueden adoptar listas negras ampliando los supuestos, en virtud del art. 8, tal y como ha hecho la LCGC de 1998.

2.4. *Tratamiento jurídico de las cláusulas abusivas*

El tratamiento jurídico dispensado a las cláusulas abusivas viene regulado en los arts. 6 y 7 de la Directiva.

El art. 6 contempla un procedimiento de control concreto y el art. 7, un procedimiento de control general o abstracto.

Respecto a los efectos derivados de la calificación de una cláusula como abusiva, el art. 6.1 declara su ineficacia al expresar que *no vincularán al consumidor* y que el contrato sigue *siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*.

El legislador comunitario ha usado una terminología atécnic⁴⁴ —*no vincularán*— y se ha remitido a las distintas soluciones técnicas de los Estados miembros —*en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales*—, de modo que sean los legisladores nacionales los que decidan en qué categoría de ineficacia se concreta la falta de carácter vinculante de las cláusulas abusivas.

En nuestro Ordenamiento, los autores españoles⁴⁵ han interpretado que la Directiva ha optado por la nulidad parcial de tales cláusulas abusivas, al igual que nuestro art. 10.4 LCU. Por lo demás, el resto del contrato seguirá existiendo y obligará a las partes, siempre que dicho vínculo contractual pueda subsistir sin las cláusulas amputadas. En caso contrario, se declarará la nulidad total del contrato.

La posibilidad de subsistencia o no del resto del contrato, dependerá de si éste se ha visto afectado en sus elementos esenciales como consecuencia de la desaparición de las cláusulas abusivas. Si el contrato queda desprovisto de causa, o su objeto experimenta una alteración sustancial que afecta a su finalidad o se produce cualquier otra alteración de sus elementos esenciales, deberá predicarse la nulidad total del contrato como supuesto excepcional, ya que sólo en este caso no resulta posible la integración del mismo. Así se ha entendido por la

⁴⁴ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, pp. 109 y ss.

⁴⁵ Entre otros, PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, pp. 110 y ss.; EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», pp. 476 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», pp. 1541 y ss.

mayoría de los autores⁴⁶ y así es como se ha venido interpretando el art. 10.4 LCU.⁴⁷

Se ha sugerido que este art. 6.1 contiene una norma *pro consumatore*⁴⁸, puesto que sólo se desvincula de las cláusulas abusivas el consumidor, el cual puede optar por un contenido negocial más ventajoso del que suscribió inicialmente. El empresario, en cambio, una vez suprimidas las cláusulas abusivas, no puede invocar un desequilibrio en su contra y tampoco puede modificar el contrato o exigir la ineficacia total.

La Directiva guarda silencio respecto al modo de colmar las lagunas provocadas por la anulación de las cláusulas declaradas abusivas. Este silencio del legislador comunitario pone de manifiesto su voluntad de que sean los legisladores nacionales de los Estados miembros los que se encarguen de regular el modo de integración de estos contratos.⁴⁹ De este modo, se procederá a la integración con arreglo al Derecho dispositivo, los usos, y, sobre todo, la buena fe. Tal es la solución acertada de la LCGC, que hace remisión expresa al art. 1258 CC (art. 10.2 LCGC, así como el art. 10. bis LCU, introducido por la LCGC).

En relación con las ACCIONES JUDICIALES DE TUTELA de los derechos del consumidor, la Directiva distingue entre las Acciones individuales y las colectivas. Las primeras, se ejercen ante el juez por cada adherente o consumidor *ex post*, esto es, respecto de un determinado contrato de adhesión ya pactado, y se concretan en la nulidad parcial de las cláusulas abusivas (art. 6.1).

Las Acciones colectivas se recogen en el art. 7, que regula un procedimiento de control general o abstracto, lo cual constituye una auténtica novedad en la materia.

Estas acciones consisten en los *medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores* (art. 7.1). Y esto, en interés de los consumidores y también en el de los profesionales (*competidores*), lo que demuestra la relación existente entre **protección de los consumidores y de-**

⁴⁶ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, pp. 108 y ss.; EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», pp. 476 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», pp. 1541-1542.

⁴⁷ *Vid.* al respecto, capítulo anterior: *Régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*.

⁴⁸ VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», cit., p. 1541; PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, cit., p. 111.

⁴⁹ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, p. 112; EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», p. 477, quien considera que dejar reducido el contrato a las restantes cláusulas *supondría vulnerar la intención de las partes contratantes, cuyo marco obligacional ha quedado deformado por las mutilaciones practicadas sobre el contenido del contrato*.

fensa de la competencia. La Directiva persigue, no sólo la protección de los consumidores, sino también estimular la competencia, eliminando cualquier distorsión que pueda surgir entre los vendedores de servicios, en especial, cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros. Se avanza en una concepción más moderna, que constata que la eliminación de las cláusulas no sólo afecta a los consumidores, sino, asimismo, a los profesionales en cuanto que la utilización por uno de ellos de estas cláusulas distorsiona el mercado. Vemos pues, cómo este artículo deja la puerta abierta a una ampliación del ámbito de protección contra las cláusulas abusivas, no dirigida exclusivamente a los consumidores.

Entre estos medios, destaca la legitimación activa de las asociaciones y organizaciones de consumidores, de modo que cobran un relevante protagonismo⁵⁰, pudiendo intervenir en los procedimientos de control establecidos al efecto y, a su vez, plantear acciones de reclamación contra los empresarios o sus asociaciones que usen o recomienden el uso de estas cláusulas contractuales (art. 7.3).

La legitimación pasiva se configura de una manera amplia. Se puede reclamar, *por separado o conjuntamente*, la cesación en el uso o en la recomendación de determinadas CGC, a un profesional concreto, a varios profesionales concretos, o a sus asociaciones. Y no es preciso que utilicen o recomienden la utilización de cláusulas iguales; basta con que sean *similares* para que se les pueda demandar.⁵¹

Volviendo a la legitimación activa, sería conveniente su extensión a otras entidades como los propios profesionales y/o sus asociaciones.⁵² Así se ha hecho en la LCGC.

Este tipo de control abstracto tan sólo se aplicará a las *cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general* (art. 7.2), es decir, a las CGC *stricto sensu*. Se excluyen, por tanto, las cláusulas predisuestas utilizadas en contratos individuales.

Por otro lado, la Directiva no impone un modelo de control determinado, dejando la opción a los legisladores nacionales de los Estados miembros, quienes pueden elegir entre un control judicial o a posteriori, o un control administrativo o a priori.

Tampoco da la Directiva una respuesta sobre las consecuencias que pueden derivarse de este procedimiento de control abstracto. Tan sólo se

⁵⁰ EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria...», cit., p. 478.

⁵¹ PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, p. 123.

⁵² En este sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, p. 122.

limita a exigir que se apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. Serán, por tanto, los Estados miembros los que determinen las consecuencias de la declaración de una condición como abusiva.

Con estas medidas de carácter procesal se pretende superar el inconveniente de que la aplicación de la ley dependa de la iniciativa procesal del lesionado, que muchas veces no se arriesgará a verse envuelto en un litigio judicial contra una empresa.⁵³

2.5. *Otras cuestiones*

Un aspecto importante a tener en cuenta es el de la jurisdicción competente para conocer de estos casos, es decir, de conflictos surgidos por la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales, en los que la parte débil de la relación es, claro está, el consumidor.

Debe acudir al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.⁵⁴ Este texto contiene entre las competencias especiales (Título II, Sección 2.^a), dos tipos de criterios susceptibles de afectar a la protección contractual del consumidor:

- 1) Las disposiciones de los arts. 7 a 12 en cuestión de seguros.
- 2) Los arts. 13 a 15 relativos a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores.

Ambos tipos de disposiciones aseguran la protección del destinatario del bien o servicio y le atribuyen el privilegio del criterio de su domicilio.

Por otro lado, hay que tener presente que la Directiva únicamente regula los aspectos fundamentales de una materia, en este caso, la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y deja aspectos a completar a los Estados miembros. Es, por tanto, una técnica de legislación compartida, en la que la Directiva sólo obliga en cuanto al resultado a alcanzar, siendo los Estados miembros libres para elegir la forma y los medios necesarios para alcanzar dicho resultado (art. 249 TCE).

Aunque, en principio, este instrumento jurídico no va dirigido a los ciudadanos, sino que tiene como destinatarios a los Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha permitido, no obstante, que éstos aleguen las dis-

⁵³ PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales...», cit., p. 98

⁵⁴ *BOE* n.º 24 de 28 de enero de 1991 y *BOE* n.º 103 de 30 de abril de 1991. El Convenio de Bruselas está acompañado de distintos «informes sobre su aplicación», recogidos en el *DOCE*, serie C, n.º 189 de 20-7-1990.

posiciones de una Directiva, a fin de evitar que un Estado pueda sacar ventaja de su desconocimiento del Derecho comunitario de protección al consumidor.

Como ya sabemos, en determinadas ocasiones se ha reconocido EFECTO DIRECTO a las Directivas. Pero tan sólo en supuestos excepcionales, esto es, cuando no se haya transpuesto la Directiva al Ordenamiento interno, o se haya transpuesto incorrectamente, y sea lo suficientemente clara y precisa como para determinar el alcance de los Derechos subjetivos que confiere a los individuos.⁵⁵ Se ha reconocido expresamente, por tanto, el efecto directo vertical. En los demás supuestos en los que se trata de una relación horizontal, no se ha admitido el efecto directo⁵⁶ aunque el TJCE tampoco es tajante en este sentido tal y como lo demuestran algunas sentencias⁵⁷. El ciudadano, a pesar de esto, cuando se le niegue el efecto horizontal, siempre tendrá derecho a una indemnización por parte del Estado, por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento⁵⁸.

Hasta hace bien poco, una de las cuestiones que más ha preocupado a la doctrina ha sido precisamente ésta. Una Directiva de tales características, que crea derechos tan importantes a favor de los consumidores y que, desgraciadamente todavía no ha sido transpuesta, forzosamente debe tener efecto directo. Y no sólo efecto directo vertical, sino que la doctrina ha venido invocando también el efecto directo horizontal.⁵⁹ Afortunadamente, la nueva LCGC de 13 de abril de 1998 ha incorporado por fin la Directiva 93/13/CEE, modificando a su vez, en algunos aspectos, la LCU y ampliando el marco protector del consumidor hasta ahora existente. De este modo, se han resuelto los problemas sobre el efecto de esta Directiva, puesto que, es la norma interna de transposición la que debe invocarse ante los Tribunales, si bien, considero que el TJCE debería decantarse definitivamente por el efecto directo horizontal de las normas indirectamente aplicables cuando no son transpuestas o lo son incorrectamente, en aras de una mayor y más eficaz protección de los ciudadanos europeos.

⁵⁵ Sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, VAN GEND Y LOOS; ídem, STJCE del 9 de marzo de 1978, as. 106/77, SIMMENTHAL.

⁵⁶ STJCE 7/3/96, as. C-192/94, EL CORTE INGLÉS, S.A.

⁵⁷ Así por ejemplo, la STJCE de 13 de noviembre de 1990, en torno a una cuestión suscitada entre particulares relativa a las causas de nulidad de las Sociedades mercantiles previstas por el artículo 11 de la Directiva 68/151 (1.ª Directiva de Sociedades). No obstante, es forzoso reconocer que esta cuestión del «efecto horizontal» no está todavía definitivamente decantada en sentido afirmativo. Puede verse en sentido contrario en nuestro Derecho, v. gr., la Sentencia del TS de 18 de marzo de 1995.

⁵⁸ STJCE de 19 de noviembre de 1991, as. 6 y 9/90, FRANCOVICH Y OTROS.

⁵⁹ Así, DÍAZ FRAILE, J. M., «La transposición en el Derecho Español...», p. 20; VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», pp. 1545-1546, entre otros.

IV. LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE 13 DE ABRIL DE 1998

Tras varios intentos frustrados y después de casi cuatro años desde la fecha prevista, se aprobó la tan esperada LCGC 7/1998, de 13 de abril.⁶⁰ Una ley ansiada y deseada por todos⁶¹, no sólo porque incorpora a nuestro Ordenamiento la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, comentada anteriormente, sino también, porque es la primera ley que regula las CGC de forma específica y concreta, no limitada exclusivamente al ámbito de protección de los consumidores, sino abierta a todo tipo de relaciones contractuales, tanto de profesionales entre sí, como de éstos con consumidores.

Sigue una técnica utilizada ya en otros Ordenamientos europeos, esto es, contiene un ámbito de aplicación general de control de las CGC, pero añade normas específicas para el caso de que el adherente sea un consumidor.

Distingue con ello lo que son cláusulas abusivas de lo que son CGC. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene su propio ámbito en la relación con los consumidores. Así se establece en la Disposición adicional primera, que modifica el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, en lo que se refiere a las CGC, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU). Esto no quiere decir que las condiciones generales entre profesionales no puedan ser abusivas, pero en este caso, se aplicarán las normas generales de nulidad contractual.

Esta es una de las notas que caracterizan a la nueva LCGC. A continuación, comentaré los aspectos más relevantes y que merecen especial atención de esta Ley.

1. Transposición de la Directiva 93/13/CEE a través de la LCGC

La presente ley incorpora la Directiva 93/13/CEE mediante una regulación exhaustiva de las CGC que se echaba en falta desde hace mucho tiempo. De este modo, protege a cualquier persona que contrate con otra

⁶⁰ BOE 89/98 de 14 de abril.

⁶¹ Venían reclamando la elaboración de una ley de CGC, entre otros, COCA PAYERAS, M., «Comentario al art. 10.2»..., pp. 226-229; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 10.1.c»..., p. 250; especialmente rotundo en sus críticas a la LCU se muestra ALFARO, *Las condiciones...*, pp. 299-300, que le llevan a propugnar no sólo la promulgación de una LCGC, sino a privar de cualquier utilidad práctica a la LCU, aconsejando su derogación, y ulterior sustitución por leyes sectoriales de contenido tuitivo.

que utilice condiciones generales en su actividad contractual. Se pretende proteger la igualdad de los contratantes y, en particular, al contratante que ostenta la posición más débil. No se centra exclusivamente en los consumidores, los cuales disponen de una regulación específica en la LCU, concretamente en el art. 10, modificado y perfeccionado por esta LCGC, que supera, hasta cierto punto, las deficiencias técnicas y sistemáticas de su anterior redacción, y que incluye un art. 10. bis, entre otras modificaciones. Esta ampliación del ámbito subjetivo la vemos en el art. 2, que habla de los contratos *celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente) que puede ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.*

Encontramos el concepto de CGC en el art. 1, donde las define como aquellas *cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

La ley emplea el término CGC, en lugar de *cláusulas no negociadas individualmente* como hemos visto que emplea la Directiva y que permite su aplicación tanto a las cláusulas redactadas con carácter singular, como a las destinadas a una generalidad de contratos.

Aquí se regulan las CGC en sentido estricto, y se caracterizan por las tres notas (predisposición, imposición y generalidad) que ya he analizado ampliamente y en lo que no me voy a detener.

Lo que sí me gustaría destacar es la redacción más depurada y explícita del precepto, reflejo de la influencia jurisprudencial y doctrinal, que permiten un entendimiento más exacto del concepto. Así p. ej., no se da tanta importancia a la autoría material de las CGC, por cuanto que se resalta la imposición por una de las partes (predisponente), quien les da fuerza vinculante al incorporarlas al contrato. Es también indiferente la forma como aparezcan, su extensión y cualquier otra circunstancia, siendo tan sólo importante las tres notas básicas. Es claro que se superan así los defectos mencionados, y que el concepto se extiende a las condiciones redactadas por terceros, a los formularios detallados, a los avisos expuestos al público o impresos al dorso, cualquiera que sea la posición de la empresa en el mercado.

Se exige la generalidad en el sentido apuntado por la doctrina, superando con ello, los inconvenientes derivados de la literalidad del antiguo art. 10.2 LCU.

Al igual que en la Directiva se admite la posibilidad de que se negocie alguna cláusula, sin que por ello deje de considerarse como un con-

trato de adhesión (art. 1.2). Vemos pues, cómo se definen las CGC como las cláusulas que conforman este tipo de contratos, sin seguir, por tanto, la línea marcada por la Directiva, que, no obstante, queda reflejada en las modificaciones que se introducen en la LCU.

Se aplica esta ley a los contratos celebrados bajo condiciones generales, excluyendo los mismos contratos que excluye la Directiva (art. 4).

Por lo que respecta a los MECANISMOS DE CONTROL de las CGC, la ley es mucho más exigente y rigurosa que la Directiva, puesto que regula un sistema de control más completo que garantiza una efectiva protección del adherente.

Los *Requisitos de incorporación* aparecen expresamente recogidos en el art. 5. Dentro de estos requisitos, no sólo se exige la claridad, concreción, sencillez y transparencia, lo cual queda consagrado, no ya de forma tímida y casi en *passant* como habíamos visto en la Directiva, sino que se obliga a seguir estos criterios de forma contundente, utilizando para ello un párrafo aparte (pf. 4), para resaltar la importancia de su contenido. La exigencia, digo, no se agota ahí, sino que en el pf. 1.º del art. 5 se establece el deber de información y comunicación previa de las CGC por parte del predisponente. Una vez mostradas al adherente, se exige, al igual que en la ley alemana, la aceptación expresa de éste y la firma por todos los contratantes.

Sólo tras la información expresa y la entrega de un ejemplar de las CGC podrá entenderse que hay aceptación del adherente para que queden incorporadas al contrato. Se logra con esto mayor seguridad jurídica, evitando que el adherente quede desprotegido por el desconocimiento de las cláusulas que asume al firmar el contrato. Asimismo, se elimina el efecto sorpresa que pueden producir ciertas cláusulas que, al no darse a conocer con carácter previo a la celebración del contrato, pueden contradecir las expectativas del adherente. Efectivamente, la preocupación del legislador por lograr una mayor transparencia en las condiciones generales se refleja en este art. 5 y en el 7.a). De estos artículos, puede deducirse una regla contra las cláusulas sorprendentes, consecuencia del endurecimiento de los requisitos de inclusión.

La ley impone, con gran acierto, estas mismas exigencias para el caso de que el contrato no se formalice por escrito, pero exista un documento acreditativo de la celebración de éste, y también para el caso de la contratación telefónica o electrónica, supuestos cada vez más comunes por los avances de la tecnología. Así, salva las deficiencias, ya vistas, en que había incurrido la Directiva.

El art. 6 contiene las *Reglas de interpretación* de las cláusulas que se han incorporado al contrato pero que pueden resultar un tanto oscuras o dudosas. Estas son las mismas que regulaba el pf. 2 del n.º 2 del art. 10

LCU, esto es, la regla de la prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales, la regla de la condición más beneficiosa y la regla *contra proferentem*. La regla *contra proferentem* aparece formulada «de forma invertida», al igual que en la Directiva, a cuyo comentario me remito. El pf. 3 de este artículo es de aplicación supletoria. En él se resuelve cualquier tipo de problema que pueda surgir en la interpretación que no pueda resolverse mediante estas reglas, ya que son perfectamente compatibles con las disposiciones del CC sobre la interpretación de los contratos.

El *Control de contenido* de las condiciones, para determinar si son o no abusivas, no aparece en la LCGC, sino que tiene su propio ámbito dentro de la LCU, es decir, en la relación con los consumidores, ya que, a las condiciones generales entre profesionales que sean abusivas, se les aplicarán las normas generales de nulidad contractual. Pero de esto hablaré más tarde.

Volviendo a los requisitos de incorporación, las condiciones generales que no los cumplan no se incorporarán al contrato (art. 7), o serán nulas de pleno derecho si contravienen o infringen esta ley o cualquier norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1). Estos dos artículos se aplican cuando se trate de cualquier tipo de adherente, incluidos los profesionales. Ya no surge la duda de a qué tipo de cláusulas se refiere la ineficacia, como sucedía con el art. 10.4 LCU, puesto que el art. 7 LCGC es muy específico y detallado en su redacción, al disponer que no se incorporarán las que no sean conocidas o firmadas por el adherente, ni tampoco las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. La ley abandona las anteriores imprecisiones y vaguedades que convirtieron al art. 10 LCU en uno de los más criticados por la doctrina, pese a la importancia de su contenido. Ahora bien, si el adherente actúa como consumidor o usuario y las condiciones se reputan abusivas, también serán nulas de pleno derecho (art.8.2). Puede comprobarse aquí el tratamiento diferenciado y más riguroso que reciben los consumidores que contratan con condiciones generales. En este caso, se incluye un supuesto más de ineficacia. A los mencionados en el art. 7, se suma el carácter abusivo de las condiciones generales, pero, únicamente, cuando el adherente sea un consumidor.

La ineficacia parcial sigue siendo la solución más adecuada para colocar al sujeto que se pretende beneficiar y proteger con esta norma en la mejor situación posible. Solamente se instará la nulidad total del contrato cuando resulten afectados sus elementos esenciales por la ineficacia y consiguiente supresión de aquellas condiciones infectadas. Por lo demás, el resto del contrato se integrará con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo, tal y como dispone expresamente el art. 10.2 LCGC. Frente al silencio de la Directiva, el legislador nacional ha optado por esta vía de integración

del contrato, vía que venía siendo admitida por la doctrina de forma generalizada.

Junto a la Acción Individual, contenida en estos artículos y que se ejerce ante el juez a posteriori, la LCGC, en respuesta al mandato del art. 7, en el que se impone a los Estados miembros la instauración de mecanismos eficaces para que cese el uso de las cláusulas declaradas abusivas, prevé una serie de acciones colectivas y amplía la legitimación activa para su ejercicio.

Estas Acciones Colectivas, que constituyen una auténtica novedad, permiten superar los inconvenientes de un control sólo a posteriori, con efectos circunscritos al caso concreto y que depende sólo de la iniciativa del lesionado, víctima, a menudo, de su propia inercia y de su falta de medios para enfrentarse, él solo, a un contratante poderoso.

Estos tres tipos de acciones, de carácter preventivo, son los que aparecen en el art. 12:

1. *Acción de Cesación*, para obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar las condiciones generales nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.
2. *Acción de Retracción*, por la que se impone al demandado la obligación de retractarse de la recomendación de usar cláusulas nulas, así como de abstenerse de recomendarlas en el futuro.
3. *Acción Declarativa*, para que se reconozca una cláusula como condición general y se inscriba en el Registro de CGC únicamente cuando ésta sea obligatoria, de conformidad con el art. 11.2, inciso final, de esta ley.

Se prevé expresamente el derecho que tiene el adherente lesionado a la devolución de las cantidades pagadas al demandado, así como a la indemnización por los daños y perjuicios causados, tal y como venía entendiéndose la doctrina hasta el momento, pese a no mencionarse en la LCU.

La Ley amplía de forma extraordinaria y superando las previsiones de la Directiva, la legitimación activa, puesto que tales acciones pueden ejercitarse, no sólo por las asociaciones de consumidores y usuarios, como era de esperar, sino también por las asociaciones de empresarios, profesionales y agricultores, los cuales tienen que soportar, muchas veces, condiciones que son, de por sí, nulas por las razones ya comentadas. El art. 16 enumera las entidades que pueden ejercitar estas acciones en defensa de los intereses de sus miembros.

La nueva Ley, a través de estas acciones, garantiza plenamente los derechos del adherente lesionado, así como de los restantes adherentes que sufran idénticas condiciones, impuestas por el mismo profesional. Y ello porque los efectos judiciales de la sentencia no se despliegan exclu-

sivamente sobre las partes litigantes, sino que se extienden *ultra partes*. Las sentencias podrán invocarse en otros procedimientos por cualquier interesado que ostente intereses coincidentes, esto es, soporte condiciones similares, declaradas nulas en virtud de dichas sentencias (Exposición de Motivos y art. 20).

No obstante, el alcance de la sentencia se limita al sujeto condenado por la misma, sin afectar a otros empresarios que usen condiciones nulas. Admitir esto podría suponer una vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva de estas personas, contemplado en el art. 24 CE, por cuanto les privaría de defensa judicial efectiva.

La LCGC, en previsión de este escollo y para salvarlo, consagra la posibilidad de ejercitar las acciones contra uno o varios profesionales del mismo sector o contra sus asociaciones (art. 17), de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva. El ejercicio conjunto o separado de las acciones confiere una protección íntegra de los adherentes, permitiendo que cese el uso de las condiciones que se reputen nulas.

Otra de las novedades es la creación de un Registro de CGC, de acuerdo con lo previsto en el art. 7 de la Directiva y conforme a los preceptos legales de otros Estados miembros de la Unión Europea.

En este Registro, de carácter jurídico, se inscribirán las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general, las interposiciones de demandas, las sentencias estimatorias de cualquiera de las acciones previstas por la ley, así como las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación.

La inscripción es voluntaria salvo en los casos en que se imponga por el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente (art.11.2). En cualquier caso, podrá solicitarse la inscripción por cualquier interesado.

Con esta publicidad se consigue un efecto disuasorio sobre los empresarios a la hora de utilizar condiciones generales. Este Registro *se estima sumamente conveniente como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la ley* (Exp. Motivos LCGC).

Supone un paso más adelante en la protección y seguridad jurídica de los adherentes, ya que, la inscripción en este Registro otorga efectos «erga omnes» a la declaración judicial de nulidad. A su vez, sus asientos producirán efectos prejudiciales en otros procedimientos sobre cláusulas idénticas. Un Registro de semejantes características, dedicado exclusivamente a las CGC, da muestra de la gran relevancia del tema, debido a la problemática que conlleva y a la necesidad de una mayor información y salvaguardia de los derechos de los contratantes.

El fallo de la sentencia podrá publicarse también, por decisión judicial, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiere dictado sentencia, o en ambos, si así lo acuerda el juez (art. 21).

La publicidad registral es una medida elogiada de esta ley, ya que contribuye a facilitar el conocimiento de las CGC y de las decisiones judiciales que las hayan prohibido o declarado nulas.

El sistema de control de las CGC instaurado por esta ley, se ve reforzado y completado por el deber de los Notarios, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y los Corredores de comercio, de velar por el correcto cumplimiento de esta ley, informando en todo caso de la existencia de las condiciones generales, de la obligatoriedad de su inscripción en los casos legalmente establecidos y de cualquier otra cuestión relacionada con el tema, dentro de sus respectivos ámbitos competenciales.

Se prevé, a su vez, un régimen sancionador derivado de la falta de inscripción de las CGC, cuando ésta sea obligatoria, o de la vulneración de lo impuesto en las sentencias en las que se prohíbe la utilización o recomendación de las condiciones generales declaradas nulas.

2. La LCGC y su incidencia en la LCU

La Disposición adicional primera de la ley está dirigida a la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Entre las modificaciones destacan las experimentadas por el art. 10, encargado de regular, como sabemos, el régimen de control de las CGC en los contratos celebrados por los consumidores.

De conformidad con la Directiva y haciendo uso de la facultad de incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que aquélla impone, se opta por un ámbito subjetivo de aplicación amplio. Así, la figura objeto de protección especial, abarca al consumidor en sentido estricto, que comprende tanto a la persona física como a la jurídica que sea destinataria final de los bienes y servicios, y se entiende incluida también —según el criterio de la Directiva— a toda persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, aunque no fuera destinataria final de los bienes y servicios objeto del contrato.

También las Administraciones públicas quedan incluidas en el régimen de protección de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas, por lo que esto no ha variado.

El sistema de control contenido en este art. 10 se refiere a los contratos de adhesión, en el mismo sentido que la Directiva. De este modo, la

norma se aplicará tanto si se trata de condiciones generales predispuestas por el empresario, a las que se adhiere el otro contratante, como si se trata de cláusulas predispuestas *ad hoc* para un solo contrato. Lo fundamental es que no haya existido negociación individual.

Sin embargo, considero que el pf. 1 del art. 10 LCU adolece de mala redacción y da lugar a confusión. Por un lado, habla de *las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos y servicios*. Sigue utilizándose la misma trilogía de siempre (*cláusulas, condiciones o estipulaciones*) que no tiene demasiado sentido, pues los tres términos vienen a significar lo mismo y han sido considerados tradicionalmente como sinónimos.⁶² Del mismo modo, sigue refiriendo las condiciones generales a la *oferta o promoción de productos o servicios*, expresión que, por otro lado, se cita en varios artículos de la misma ley, por lo que responde a un *arrastre de artículos anteriores*.⁶³ Se ha suprimido la referencia a la *venta* que carecía de sentido, ya que reducía el ámbito objetivo a los contratos de compraventa. Básicamente, el comienzo de este precepto se mantiene intacto.

El problema surge, según mi punto de vista, al haberse suprimido el inciso *con carácter general* y al mencionar seguidamente a *las cláusulas no negociadas individualmente*. Y es que esto se presta a equívocos. Da la impresión de que las cláusulas que se aplican a la oferta o promoción son objeto de negociación especial entre las partes, frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Esta es la interpretación que se deduce del tenor literal del texto. Por esto, creo que el legislador no se ha esmerado demasiado al redactar de nuevo este precepto; algo que era del todo punto necesario y en cuya realización se esperaba un mayor esfuerzo normativo. Se ha querido utilizar la misma expresión que la Directiva (*cláusulas no negociadas individualmente*) para dar cabida, tanto a las condiciones generales, como a las cláusulas preestablecidas para un contrato particular, haciendo hincapié en la falta de negociación individual, pero lo ha hecho de forma confusa e, incluso, errónea. Hubiera bastado con utilizar simplemente esa expresión que, de forma amplia, abarca los dos tipos de cláusulas en el sentido ya indicado. Así, habría logrado el objetivo pretendido por la Directiva de forma clara y precisa. Además, es la expresión que encontramos en el art. 10. bis, donde se da la definición de cláusula abusiva. Entonces, ¿qué sentido tiene el n.º 1 del art. 10?, ¿pueden las cláusulas que se aplican a la oferta o promoción ser abusi-

⁶² COCA PAYERAS, M., «Comentario al art. 10.2»..., p. 318.

⁶³ Así lo expresa COCA PAYERAS, M., «Comentario al art. 10.1»..., *vid.*, p. 231, n.º 7, donde cita a los autores J. DUQUE y F. RODRÍGUEZ ARTIGAS en su obra *Anteproyecto de LCGC*, Valladolid, 1987, pp. 17-18.

vas? Según este art. 10 sí, pero según el art. 10. bis no, ya que sólo menciona al segundo tipo de cláusulas que aparecen en el art. 10. Pero, por otro lado, la expresión del art. 10. bis incluye también a las condiciones generales.

Vemos pues, cómo las deficiencias técnicas persisten en este artículo. Parece que se ha convertido en una costumbre el empleo de jeroglíficos, contradicciones o expresiones ambiguas.

A continuación, en los apdos. a) y c) se regulan el control de inclusión y el control de contenido, respectivamente. El apdo. a) se mantiene igual, el c), en cambio, sí ha resultado modificado. Ha desaparecido la lista enunciativa de las cláusulas consideradas abusivas, la cual adolecía de una deficiente técnica jurídica, por ser repetitiva y por olvidar importantes supuestos. Este apartado se resume en la exclusión de las cláusulas abusivas, es decir, aquéllas que no reúnen los requisitos de *buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*. Ya no habla de *contraprestaciones* sino de *derechos y obligaciones de las partes*, aunque esto no tiene especial relevancia. Con la nueva redacción de este apartado se superan las críticas recibidas como consecuencia del desorden de su contenido, en el que se mezclaban los requisitos que debía reunir una cláusula para no ser abusiva, con la enumeración de las cláusulas abusivas, entre las que se encontraba otra definición, más explícita, de cláusula abusiva.

El control de interpretación se recoge en el n.º 2 del art. 10 LCU. Se ha suprimido el párrafo en el que se definían las CGC. El segundo párrafo subsiste, pero únicamente contiene la regla *contra proferentem* o *pro consumatore*, como se prefiera, siguiendo la línea marcada por la Directiva.

No creo necesario hacer un análisis de estos tres tipos de control, comentados ya extensamente en las páginas precedentes, a las cuales me remito.

El n.º 3 del art. se refiere a la LCGC, que será también aplicable para el caso de que las cláusulas tengan el carácter de condiciones generales.

El n.º 4 contiene el párrafo añadido por la disposición adicional segunda de la Ley de Arbitraje, que modificaba el art. 10 LCU.

A su vez, el art. 10 menciona la obligación de los Notarios, de los Corredores de Comercio y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de informar a los consumidores y de prohibir la inscripción de contratos que contengan condiciones declaradas abusivas, en virtud de sentencia inscrita en el Registro de CGC (art. 10.6 LCU).

La modificación más patente que ha experimentado la LCU ha sido la inclusión de un nuevo art. 10. bis. Este es una reproducción casi literal de lo dispuesto en la Directiva. Define las cláusulas abusivas como *todas aquellas estipulaciones* (en lugar de cláusulas) *no negociadas individual-*

mente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En esta definición se emplea la misma terminología que la Directiva. No obstante, este artículo da una redacción más precisa, por cuanto que deja claro que la cláusula, para ser abusiva, debe contradecir la buena fe y causar un desequilibrio. No causa el mismo desconcierto que la Directiva, que establece *pese a las exigencias de la buena fe*. Esto ha sido corregido por el legislador nacional al utilizar la expresión *en contra de las exigencias de la buena fe*. Es un pequeño detalle pero de gran importancia.

Junto a esta regla de carácter general, se recoge una lista negra (frente a la lista gris de la Directiva) de cláusulas que, automáticamente, de forma directa, se consideran ineficaces y no pueden acceder al Registro (art. 10. bis, segundo inciso y disposición adicional primera). Esta es una enumeración enunciativa de cláusulas abusivas, extraídas en sus líneas generales de la Directiva, pero añadiendo otras que se estima necesario que estén incluidas en el Derecho español. Esta lista irá aumentando progresivamente, enriqueciéndose con otras cláusulas que se declaren abusivas en virtud de futuros pronunciamientos jurisprudenciales. Ahora bien, sólo operará cuando exista un consumidor frente a un profesional.

La enumeración viene dividida en varios apartados, según se refieran las cláusulas a la vinculación del contrato a la voluntad del profesional, a la privación de derechos básicos del consumidor, a la falta de reciprocidad, a las garantías o a otras cuestiones. Entre los supuestos de abuso regulados, podemos encontrar algunos que ocultan, en realidad, hipótesis de cláusulas sorprendentes: así ocurre, p. ej., con los casos contemplados por el apdo. 6.º, por el apdo. 7.º.1, por el 23.º y por el 24.º. En todas esas hipótesis se trata de modificaciones introducidas a través de condiciones generales o cláusulas predispuestas y que afectan a aspectos y cuestiones respecto de los cuales el adherente se forja, de ordinario, expectativas razonables y legítimas (en cuanto al precio, en cuanto al contrato que se celebra, en cuanto a la finalidad o utilidad del bien o servicio que se adquiere, etc.) y en todas ellas, las cláusulas que obran los efectos descritos se reputan abusivas.⁶⁴

⁶⁴ PAGADOR LÓPEZ, J., «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *LA LEY*, núm. 4767, 5-4-1999, nota 42, p. 5. Este autor considera que todo esto induce a pensar que para la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en consonancia con la línea que parece seguir la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas, las cláusulas sorprendentes no son más que un caso de cláusulas abusivas por intransparentes, por lo que, pese a carecer de una formulación explícita de la regla de las cláusulas sorprendentes, permite declararlas nulas e ineficaces por abusivas.

Por lo demás, el art. 10. bis, al igual que la Directiva, habla de la posibilidad de negociar alguna cláusula —lo cual no obsta para que se siga aplicando la ley—, de la carga de la prueba por parte del empresario y de los instrumentos necesarios para determinar el carácter abusivo de las cláusulas.

Recoge también el régimen de ineficacia parcial del contrato, procediendo a la integración del resto, conforme a lo dispuesto en el art. 1258 CC, siempre y cuando pueda subsistir sin las cláusulas abusivas. Incluso podrá ser *remodelado judicialmente el contrato*. Sólo en caso de que, una vez realizadas estas últimas operaciones, se dé una situación no equitativa en la posición de las partes, podrá el juez declarar la ineficacia del contrato mismo (art. 10. bis. 2 LCU). Se mantiene, en cierto modo, el tenor del antiguo art. 10.4 LCU, sólo que con mayor exactitud, sin las anteriores imprecisiones.

En cuanto a la explicación del contenido de este precepto, me remito a lo visto en el comentario sobre la Directiva.

Por último, en el n.º 3 de este artículo, se habla de la ley aplicable a las obligaciones contractuales contenida en el Convenio de Roma de 1980, según el cual, serán aplicables, en todo caso, las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. De este modo, se hace efectivo el mandato contenido en la Directiva, en su art. 6.2, en el que ordena a los Estados miembros la adopción de medidas necesarias para que el consumidor *no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*.

Así, se garantiza la efectiva protección del consumidor, en situaciones vinculadas a un tercer país o en las relaciones intracomunitarias.

V. CONCLUSIÓN

Debo terminar mi exposición señalando que la Directiva que he comentado es muestra del esfuerzo y la dedicación de todos los miembros de la Unión Europea por lograr este proyecto tan ambicioso, como es el del mercado común, en el que la protección de los consumidores se presenta como uno de los principales objetivos.

Esta Directiva se enmarca, como ya hemos visto, en el contexto de la política comunitaria de protección de los consumidores. Se ha configurado de modo expreso como una *Directiva de mínimos*. Sin embargo y, debido a la posibilidad que tienen los Estados miembros de incrementar la protección de los consumidores mediante disposiciones más estrictas

(Considerando 12 y art. 8 de la Directiva), considero que pueden crearse disfuncionalidades entre los Estados miembros al seguir teniendo cada uno niveles de protección diferentes.

Con respecto a la LCGC, que transpone esta Directiva, considero que la ha incorporado correctamente, a pesar de algunos fallos que he señalado. Esta ley regula por fin un fenómeno de suma importancia para los consumidores y también para los empresarios, por lo que en materia de la contratación masiva se puede decir que se ha dado un gran paso adelante. A pesar de ser una Directiva de mínimos, la LCGC ha sabido reflejar el objetivo pretendido por aquélla, incrementando los niveles mínimos de protección establecidos, en virtud de la facultad conferida a los Estados miembros en el art. 8 de la Directiva. Al mismo tiempo, ha unificado el régimen legal aplicable a todos los vínculos contractuales, en los que el adherente soporta condiciones generales abusivas.

Sólo espero que, a partir de ahora, se supere el fracaso experimentado por la normativa que regulaba esta materia (art. 10 LCU, en concreto), cuyo mejor exponente se revela en el reducido número de resoluciones jurisprudenciales pronunciadas por el TS relacionadas con el art. 10 LCU. En los últimos años, las decisiones judiciales sobre esta materia han sido muy escasas.⁶⁵

Con todo, mis reflexiones finales no son todo lo optimistas que yo quisiera, y ello debido a que hay mucho trabajo pendiente en materia de consumidores. Creo que es un tanto utópico que la labor realizada por los Estados miembros y por las instituciones comunitarias llegue a todos los ciudadanos europeos de forma efectiva.

La información que existe hasta el momento, dirigida a los consumidores y a la defensa de sus derechos, es insuficiente. Si tan importantes somos para la Comunidad Europea y sus objetivos de integración, no entiendo por qué no refuerzan e intensifican las medidas tendentes a informarnos, incluso a educarnos, sobre todas aquellas cuestiones que nos afectan directamente, que son muchas. Ciertamente, son numerosas las leyes que regulan aspectos fundamentales que conciernen a los consumidores, pero, si no las conocemos y, por tanto, no podemos beneficiarnos de ellas, ¿qué sentido tiene el esfuerzo normativo realizado?

⁶⁵ Este escaso tratamiento jurisprudencial ha sido puesto de relieve por la doctrina española; *vid.*, por todos, MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al art. 20. 1, 2», *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dir. R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992, p. 593, que en una amplia nota (n.º 257), y dada la ausencia de pronunciamientos del TS, ha pretendido pasar revista a los remedios aplicados por nuestros tribunales inferiores en esta materia.

Gizarte-babesaren intentsitatearen konbergentzia European eta Euskal Autonomia Erkidegoaren berezitasunak

Jon Olaskoaga Larrauri, Jesús Alsasua López eta Javier Bilbao Ubillos
Ekonomia Aplikatua I Saila. Euskal Herriko Unibertsitatea

Sumario: SARRERA.—EUROPAKO EKONOMI INTEGRAZIO PROZESUAN GIZARTE-BABESA SISTEMA NAZIONALEN KONBERGENTZIARI BURUZKO BI IKUSPUNTU DESBERDIN.—KONBERGENTZI HIPOTESIAREN KONTRASTAKETA.—GIZARTE-BABESAREN INTENTSITATEAREN KONBERGENTZIA 1985-1995 EPEAN.—GIZARTE-BABESAREN INTENTSITATEARI BURUZKO PATROI EKONOMETRIKOAK.—EUSKAL AUTONOMIA ERKIDEGOAREN GIZARTE-BABES SISTEMA EUROPAKO BATASUNAREN KONTESTUAN.—BIBLIOGRAFIA

SARRERA

Europako Ekonomi Integrazio prozesuko urrats garrantzitsuenetari-koak izan ditugu 90eko hamarkadan. Barne-merkatua burutzeak, kapitalen zirkulazio libreak, eta trukaneurri finkoek eta ezeztazinek euro-zonako nazio artean —estatuentzako ekonomi politika erabilgarrienei uko egitea suposatu dutenak— eszenatoki berri bat sortu dute, hala nola ekoizpen eta gizarte sistemengan eragipen nabariak izan dena.

Bestalde, Espainia Europako Komunitateetan sartu zenetik hamabost urte pasatu dira eta, jadanik, Espainiaren integrazio prozesu horretan parte hartzeak ekarri dituen inplikazioak balora daitezke, koiunturak edota egokitze prozesuak dakartzan eraginak alde batera utzita.

Artikulu honek 1986tik hona Espainiako gizarte-babesa sistemaren jarduera erlatiboaren deskribapena eskaintzea du helburu, Espainiako sistemak Europako maila estandarra erdietsi badu edo, alderantziz, 1986ko mailatik jaitsi egin den jakinaraztea, alegia. Hortaz aparte, lan honek Euskal Autonomia Erkidegoak gauzatu duen sistemaren berezitasunak izango ditu aztergai, EUSTATEk ateratako gizarte-babesaren kontuan oinarriturik.

EAerekiko kontuak, Espainiakoak eta Europako Batasuneko estatuetakoek bezala GBABESE (Gizarte-Babesaren Estatistika Bateratuen Sistema Europarra) metodologia du erreferentziazat. Beraz, batak besteen

artean duen homogeneousasuna bermatutzat jo dezakegu, historian lehen-dabiziz EAEko gizarte-babesa sistemaren deskribapen erlatiboa nahiz analisisa egiteko aukera dugularik.

EUROPAKO EKONOMI INTEGRAZIO PROZESUAN GIZARTE-BABESA SISTEMA
NAZIONALEN KONBERGENTZIARI BURUZKO BI IKUSPUNTU DESBERDIN

Erabateko ekonomi integrazio kontestu batean, Europan zehar gizarte-babesa sistema nazionalen jarduerari buruzko irakurketa desberdin bi egin daitezke, ikuspuntu teorikotik behintzat:

—Lehenengo ikuspuntuaren arabera gizarte-babesa sistemek jardue-ra hurbilkorra erakutsiko dute ekonomi integrazioak bultzatuta. Hau da, gaur egun Europako herrien arteko diferentzia aipagarriak gero eta ahulago bilakatuko direla berresten da ikuspegi honetatik, arauketa berezien beharrik gabe. Jarrera baikor honen atzean argudio orokor bat aurki daiteke, gizarte-babesa sistemen arteko desberdintasunak gizarte bakoitzaren kondizio politiko, kultural, ideologiko, eta batez ere, ekonomikoetan —literaturan sistemaren sustraiak deitu izan direnak— oinarritzen direla, alegia. Beraz, ekonomi integrazioak kondizio hauen erabatekotasuna bultzatuko lukeen heinean, gizarte-babesa sistemen homogeneousotasunaren aldeko eragina erakutsiko luke.

Bereziki, biztanleko errenta eta gizarte-babesaren intentsitatearen arteko loturaren estutasunak —datozen ataletan kuantitatiboki argudiatuko eta neurtuko dena—, biztanleko errentan, norabide hurbilkorra egongo balitz, gizarte-babeseiko intentsitatean jarduera bera izango litzatekeela pentsarazten digu.

Hortaz, lehendabiziko ikuspegi honen gakoa ekonomi integrazioak biztanleko errentan jarduera hurbilkorra probokatuko duela aurrikustean datza, integrazioaren eraginez nazioen biztanleko errentak hurbildu egingo balira, automatikoki babesaren intentsitatea ere Europako nazioen artean gero eta erabatekoagoa izango bailitzateke. Horregatik, azaltzen ari garen ikuspegiak Nazioarteko Merkataritza jakintza arloan garatutako tesi neoklasikoetan aurkitzen du bere elkarkide baliotsuena. Heckser (1919) eta Ohlin (1933) aitzindarien atzetik, arlo honetan ari izan diren egileek —Samuelson (1949 eta 1948), batez ere— garapen desberdinak proposatu badi-tuzte ere, Caire-k (1992) lotura aipagarria antzeman du euren proposamenetan, hots, denak konklusio batera iristen direla: ongarrien eta zerbitzuen zirkulazio libreak, kondizio berezi batzuetan, fakto-

reen produktibitateak eta bizitza-maila parekatzen dituela integrazioaren eremu osoan. Aipatutako kondizioak Cuadrado (1996) honako hauetan laburtzen ditu: merkatuetan lehia perfektua izatea, produkzioan eskala errendimenduak edo kanpo-ekonomiarik ez egotea, esparru osoan teknologia bera erabilgarria izatea, eta azkenik, faktoreen mugikortasuna.

Kondizio hauek egiaztatuz gero, kapitalak errentabilite gehiago erdietsiko lukeen gunetara mugituko litzateke, erlatiboki hain garrantuak ez direnetera, alegia. Lanaren mugikortasunak soldaten eta errendimenduen hurbilketa lagunduko luke, merkataritzak berak teknologiarekiko konbergentzia bultzatuko lukeen bitartean.

Laburpen gisa, ikuspuntu honetatik barne merkatuan sakontzeak biztanleko errentak gero eta berdintsuagoak izatearen alde jokatu-ko luke —produktibitateak eta faktoreekiko ordainketak bateratuko lukeelako— eta azken finean, gizarte-babesa sistemen hurbilketa *naturala* bultzatuko luke, hauek sustrai berdinak edukiko lituzketen heinean.

Beraz, gizarte-babesaren intentsitateen bateratzea ontzat hartuta ere, ikuspuntu honen defendatzaileek Europako herrien artean gizarte-politika arloan diren arau desberdintasunaren harmonizazio prozesu baten beharrik ez litzatekeela izango adierazten dute. Politikari begira, Batasunaren xede nagusia langileen mugikortasuna eragozten duten oztopoak ezabatzea besterik ez litzateke izango, nahiz eta kolektibo zehatz batzuetan —gizarte bazterkeriak intzidentzia nabariagoa duenetan— neurri berezien beharra ageri.

—Lehenengo ikuspegiak Europako gizarte-politika gutxiesten badu, beste ikuspuntu batetik behar beharrezkoa dela adierazten dutenak ere badaude. Ekonomisten artean barne merkatu batean konbergentzia ekonomikoa nahitaezko ondorioa dela uste dutenek badaukate aurkakorik. Izan ere, ekonomi literaturan maiz jarri izan da auzitan produktibitateak eta faktoreekiko ordainketek nahiz biztanleko errentek baterakotasunaren aldeko norabidea hartu behar dutela ekonomi integrazio prozesuetan. Are gutxiago gizarte-babesa sistemen egitura edo gizarte-babesaren intentsitateak berak ere. Ezkorrago dirudien ikuspuntu honen argudiatzaileek honako azalpenak eman dituzte besteak beste:

Lehendabizi, faktoreekiko produktibitateen zehaztapenean lehenengo ikuspuntuan aintzakotzat hartzen ez ziren beste determinatzaile batzuk jokatzeko dutela adierazten da. Espazio ekonomikoek azpiegiturekiko edota giza kapitalarekiko hornidura desberdintseuz gozaten dute, baita ikerketa eta garapenean esfortzu desberdinak egin ere. Hortaz, hobeki hornituak dauden erregioek barne

merkatu eta, oro har, integrazio prozesuaren etekinak bereganatuko duten susmoa izan daiteke. Izan ere, aglomerazio edota bilketa-ekonomiek, nahiz ikaste-ekonomiek, lurralde garatuaren desabantailak konpentsatu egin ditzakete, faktoreen koste garaiagoak batez ere, nazioarteko merkataritza teorietan naturalizat eman izan den inbertsioaren norabidea aldatuz, hau da, inbertsioak —eta baita langile kualifikatuena ere— lurralde azpigaratuenetatik garatu-entara zuzenduz. Horrela, faktoreekiko ordainketetan eta errentetan maila desberdinak mantendu edo gehiagotu daitezkeen era berean, estatu garatuenean gizarte-babesean egin dezaketen esfortzua ere handiagoa gerta daiteke babes-intentsitate garaiagoak lortuz. Horrez gainera, bigarren abisu bat ere egiten digute ikuspegi honetatik ari diren egileek. Lehiakortasun galtze kontestu batean, eta ohiko ekonomi politiken baliagarritasuna erabatekoa ez denean —integrazioaren eskakizunak direla eta gertatzen den moduan— ekonomi azpigaratuenean estrategia berezia jar daiteke martxan, gizarte gastuetan murrizketa latzak gauzatzearena, alegia. Lehiakortasunarekiko posizioak hobetu nahian lan-kostuak gutxitzearen bidetik.

Labur esanda, ikuspuntu teorikoen arabera aurrikuspen desberdinak, eta beharbada kontrakoak, ditugu Europako Batasuneko mugen barne gizarte-babesaren etorkizunari dagokionez. Teoriaren arabera ez dago, beraz, ekonomi integrazioaren eraginak zeintzuk izango diren aurretiaz esaterik. Teorikoki zenbait posibilitate daude irekita: gizarte-babesarekiko Europako herrialdeen artean dauden aldeak ezabatzea, mantentzea, eta baita areagotzea ere posible izango litzateke.

Datozen epigrafeetan ikuspegi teorikoetatik alde egin eta datu enpirikoetara joko dugu helburu zehatz batekin: martxan dagoen Europako ekonomi integrazio prozesuak gizarte-babesaren intentsitatearekiko konbergentzia bultzatu ala eragotzi egin duen aztertzea. Bide batez, nazioen joerak teorian aipatutako eredu batera edo bestera egokitzen diren egiaztatzeari ere lekua emango diogu. Azkenik, Espainiari eta Euskal Autonomia Erkidegoari buruzko datuak erabiliko ditugu, posible izanez gero, bi gizarte hauen berezko joerak—beste Europako gizarteekiko hurbilkorra edo, alderantziz urrunkorra— zeintzuk diren bereiztu eta azaltzeko asmoz.

KONBERGENTZI HIPOTESIAREN KONTRASTAKETA

Edozein neurri nominalen konbergentzia aztertzeko bi teknika desberdin dira literaturan nagusiki agertzen direnak, biak ere ondo egiaztat-

tuak (Barro eta Sala-i-Martí, 1991). Bata σ -konbergentzia, eta bigarrena β -konbergentzia deituak. Bi teknika hauek lan deskribatzaile nahiz hipotesi argigarrietan erabil daitezke.

Lehenengo teknika, datuen aldakortasunaren eboluzioaren azterketan datza. Aldakortasun hau neurtzeko baloreen logaritmoak kalkulatu ondoren hauen arteko desbidazio estandarra erabiltzen delarik. Erreferentzia-tzat hartutako epean desbidazioa motelduz gero, epe horretan konbergentzia nagusi izan dela esan daiteke, eta alderantziz, balore hori igoko balitz eboluzioa urrunkorra izan dela esango genuke.

β -konbergentzia, aldiz, kontrastaketa ekonometrikoan oinarritzen da. Lehendabiziko pausoa epearen lehenengo momentuan magnitude horrek hartzen dituen balore bakoitzeko indize erlatiboa bilatzea da. Indize honen eta aipaturiko epearen barruan baloreek jasandako hazkunde tasaren artean erlazio negatiboa begiaztatuz gero, lehen bezala, konbergentzia egiaztatuko litzateke.

Teknika hauek aplikatzerakoan lehenengo kudeaketa magnitude zehaztea dugu, gizarte-babesa sistemen adierazgarria den aldagaia, alegia. Literaturaren arabera gutxienez hautagai bi ditugu gizarte babesa sistemen deskribapen laburra ematen digutenen artean: lehendabizikoa; literaturan *intentsitatea* izendatua izan dena, biztanleko gastu korrontea gizarte-babesean hain justu. Bigarrena, *esfortzua*, gizarte-babeseko gastu korrontea eta Barne Produktu Gordinak osatzen duten ratioa, hain zuzen.

Artikulu honetan lehenengoa aukeratu dugu, gizarte babesaren intentsitateak sistemaren eragingarritasuna neurtzen duelakoan. Izan ere, intentsitateak gizarte-babesa sistemen babesa norainokoa den adierazten digu¹, sistemak zenbat baliabide ekonomiko eskuragarri duen eta intentsitate horren beste azalgarriak alde batera utziz.

Esfortzuak, aldiz, gizarteak erlatiboki gizarte-babesa sistemen esku zenbat baliabide jartzen duen esaten digu. Izan ere, intentsitatea eta esfortzuaren artean erlazio zuzena ikus daiteke, hurrengo ekuazioan ageria den legez.

INTENSITATEA = GASTUA GIZARTE-BABESEAN / POPULAZIOA

$$\text{INTENSITATEA} = \text{GASTUA GIZARTE-BABESEAN} / \text{BPG} \times \text{BPG} / \text{POPULAZIOA}$$

$$\text{INTENSITATEA} = \text{ESFORTZUA} \times \text{BIZTANLEKO ERRENTA}$$

¹ Intentsitatea Eros Ahalmenearen Parekotasuneko (EAP) unitatetan neurtu dugu, hauek herrialde bakoitzean ematen diren gizarte-prestazioek zenbateko balioa duten, salneurriak gora-behera, jakiten laguntzen baitigute.

Esfortzua eta *aberastasuna* ditugu, beraz, intentsitatearen bi azalgarri funtsezkoak. Zenbat eta esfortzu garaiagoa, hau da zenbat eta BPGren zati handiagoa gizarte-babesera lotu, hainbat eta intentsitate garaiago. Eta, halaber, zenbat eta gizartea aberatsagoa izan hainbat eta baliabide gehiago gizarte-babesean erabili ahal izateko.

Hortaz, esfortzua intentsitatearen azalgarria izan arren, ezin digu jakinarazi gizarte bateko batez besteko hiritarrari zenbat baliabide dagoz-kion gizarte-babesa sistemaren kontura. Alemanian, adibidez, BPGren %29.4 gastatzen da gizarte-babesean, Herbeheretan, Belgikan edo Frantzian baino gutxiago, baina, hala ere, Alemaniako hirritarrek gizarte-babes gastu handiago batez gozatzen dute. Egia da Alemaniako gizarteak bere esfortzua areagotuko balu, biztanleko errentan duen abantaila oraindik gehiago aprobetxatuko lukeela, biztanleko gastua indartuz, baina horrelakorik ez badu egiten ere batez besteko hiritar alemaniarra belgiarra edo frantziarra baino babestuagoa dago. Horregatik, batez besteko hiritarrak sistematik zenbat diru lortzen duen adierazteko, intentsitate kontzeptura jo beharra dugu.

Azken azalpena ulertuz gero, normaltzat jo daiteke konbergentzia analisiak, gehienetan, intentsitateari buruzkoak izatea, datorren paragrafoetan laburtuko dugun Alonso, Galindo eta Sosvilla-Rivero-ren lana, kasu.

Alonso, Galindo eta Sosvilla-Rivero-ren lanak (1997) *biztanleko gizarte babeseko gastua EAPtan* magnitudeari σ -konbergentzia eta β -konbergentzia aplikatzearen emaitzak eskaintzen dizkigu. Lan honen epea, 1966 eta 1992 artekoa izan zen, erreferentzi geopolitiko Europa Bata-suneko hamaika nazio (momentu hartan Europako Komunitatea osatzen zuten hamabi lurraldeak, Grezia izan ezik) ziren bitartean. Egileek honako emaitza hauek izan zituzten:

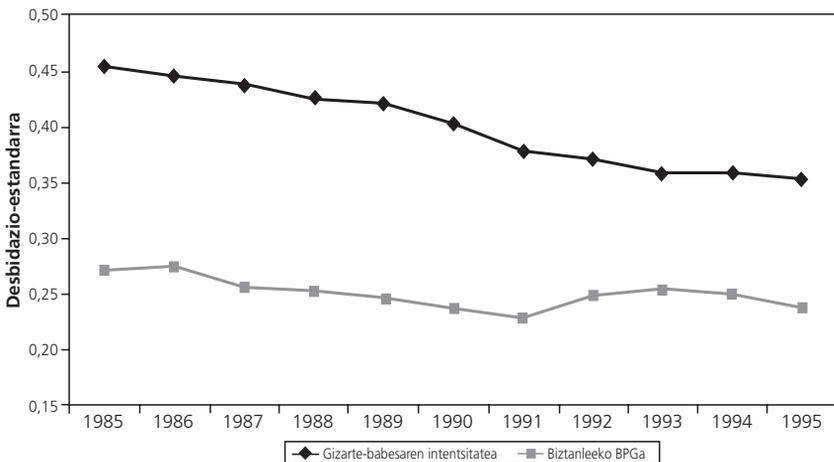
- σ -konbergentziari dagokionez kontrastaketa positiboa izan zen. Izan ere datuen arteko aldakortasuna 0.85 puntutik 0.22 puntutara jaitsi zen hogeita zazpi urte haietan, hau da 0.024 puntuko beherakada urtero batez beste. Gutxitze honen abiadura ez zen berdina izan epe guztian, aitzitik, hiru jarduera desberdin antzeman daitezke urteotan zehar:
 - 1968ko datua hartuz, 1974ra doazen sei urteetan erabilitako aldakortasun-indizea 0.85etik 0.54ra bajatu zen, hau da %36ko beherapena jazo zuen.
 - 1974tik 1978ra, norabidea aldatu, eta aldakortasuna berriro lehendabiziko neurrietara igo zen, 1978an 0.87 puntura, hain zuzen.
 - Eta azkenik, 1978tik aurrera, indizearen norabidea beherakoa izan da epearen amaieraraino (1983 eta 1987 urteetan izan ezik),

nahiz eta beherakada nabarmenenak 1979tik 1981era izan. Hor-
tik aurrera estabilizazioa nagusi izan dela esan genezake.

- Bigarren teknika aplikatzerakoan Alonso, Galindo eta Sosvilla-Riverok biztanleko gastuaren logaritmoa hautatu zuten epearen hasieran magnitudeak hartzen duen balore erlatiboaren indize gisa. Ondoren, indize hau biztanleko gastuaren batez besteko hazkunde tasarekin erlazionatu zuten kontrastaketa ekonometriko baten bidez. Erlazio hori negatiboa izan zen, epearen hasieran indize txikiagoak zituzten nazioak hazkunde-tasa handiagoak lortu zituztelako epearen bukaeran, alegia. Kontrastaketa, beraz, konbergentziaren aldekoa izan zen.

GIZARTE-BABESAREN INTENTSITATEAREN KONBERGENTZIA 1985-1995 EPEAN

Goiko epigrafeetan azaldu ditugun bi teknikak lan honen erreferentzia tenporala den 1985-1995 epean gertatu zena zehazki aztertzeko erabiltzea aukeratu dugu, gure ustez nahikoa izango litzatekeen zehaztasuna eskaini izan ez arren. Hala ere, teknika hauen emaitzak erreferentziatzat hartuko ditugu harik eta, datozen epigrafeetan, beren hutsuneak azaltzen ditugun eta teknika alternatiboak proposatzen ditugun artean.



1. grafikoa

Sigma-konbergentzia

Lehenengo eta behin, azal ditzagun σ -konbergentzia teknikak eskaintzen dizkigun emaitzak. **1 grafikoan** ikusten denez, 1985etik hona, aztertutako hamaika nazioek gizarte-babesean gauzatutako biztanleko gastuen arteko aldaberatasunak behera egin du, datuak logaritmoetan adierazten direnean. Gutxitze hori, ordea, erlatibizatu beharrean gaude, esan dugun bezala 1978tik aurrera gutxitzea izan baita joera normalena (bakarra, 1983 eta 1987 urteetatik izan ez balitz). Izan ere, gure epe laburrean, 1985-1995, indizeen arteko desbidazio estandarra 0.46tik 0.35era jaitsi da, hau da 0.10 hamar urtetan, 0.01 urte bakoitzeko, 1968-1992 aipatutako epe luzean jaitsiera hori urte bakoitzeko 0.023koa izan den bitartean. Are gehiago, 1991tik aurrera jaitsieraren abiadura oraindik motelagoa izan da, ondorioz, aipatutako adierazlea azken lau urte horietan 0.026 puntu baino jaitsi ez delarik.

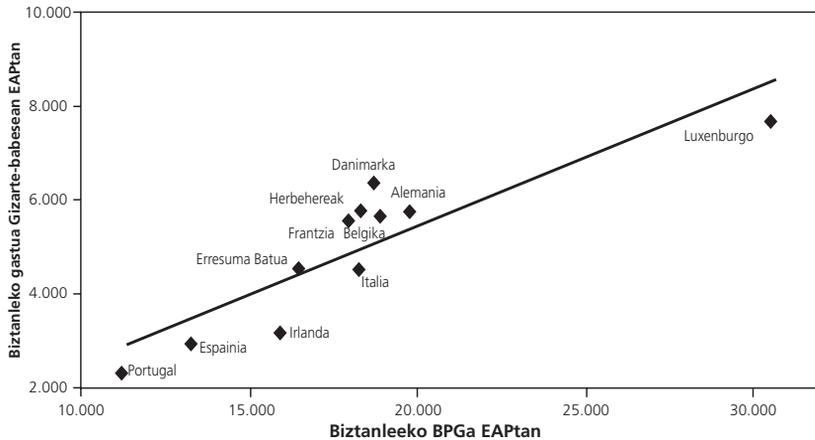
Beraz, σ -konbergentzia analisiaren arabera 1985 eta 1995 urteen artean eta gizarte-babesaren intentsitateari —hau da gizarte babesaren burututako biztanleko gastuari— dagokionez nolabaiteko konbergentzia izan dela esan daiteke. Hala eta guztiz ere, konbergentziaren abiadura asko moteldu da bigarren epe honetan 1968-1992 epearekiko.

β -konbergentzia teknikaren emaitzak ez daude σ -konbergentziak eman dizkiguenetatik oso urrun. 1985eko intentsitate erlatiboa Europako Batasunarekiko desbiderazioa bateko hainbestean neurtuz, indize honen eta epean zehar gertatutako aldatze-tasaren arteko erlazioa zenbatetsi dugu, kalkulaturako ekuazioa honako hau delarik:

$$1985\text{-}1995\text{eko hazkunde tasa} = \alpha + \beta 1985\text{eko intentsitatea EBrenaren bateko hainbestetan}$$

Ariketa honek konklusio bi dakarzkigu: Alde batetik, ekuazioan β parametroa, izatez, negatibo azaltzen zaigu. Beraz, aldagai bi hauen arteko loturarik egongo balitz honek 1985eko intentsitate erlatiboa eta geroztiko hazkunde tasa alderantzizko zentzuetan mugitzen direla argituko liguke. Baina, bestalde, egokitzearen kalitatea ez da beharrezkoa den bezain ona² konbergentziaren hipotesia zalantzarik gabe onartzeko. Izan ere, kontrastaketaren emaitzaren arabera konbergentziarik dagoen ala ez berrestea ezinezkoa dela esan genezake, edo behintzat, baieztapen hori ezin dela frogatu enpirikoetan bermatu.

² Kontrastaketaren egokitasunaren adierazlea %0.446koa da



2. grafikoa

Aberastasuna eta gizarte babesaren intentsitatea EBean

GIZARTE-BABESAREN INTENTSITATEARI BURUZKO PATROI EKONOMETRIKOAK

Azken epigrafean bi teknika desberdin erabili ditugu mugatu izan den intentsitate kontzeptuarekiko konbergentzia hipotesia kontrastatzeko asmoz Europako Batasuneko eremuan. Bi teknika hauek bi ezaugarri garrantzitsuetan bat datoz:

- Lehenik eta behin, teknika biek ikuspegi orokorretik aztertzen dute konbergentzia. Hau da, kontrastaketa positiboa izanik behatutako aleak —kasu honetan Europako hamaika nazio— beren arteko diferentziak ezabatzeke, edo behintzat murrizteke, joeraren froga izango genuke, nahiz eta ale bakoitzak bere joera propioa izan eta, behardada, hau batez besteko ereduaren kontrakoa izan arren. Beste era batera azaltzarren, edozein konbergentzia prozesutan orokorreko joera hurbilkorra eta ale batzuen joera urrunkorra ez dira guztiz baterazinak. Orain arte erabilitako teknikak orokorrean gertatzen denaren berri sintetizatua ematen diguten heinean, ezin dute informazioa nazioz nazio eskaini, hau da, kasu konkretuen azterketa eragozten digute, nolabait.
- Bestalde, datuen azterri labur baten ondoren garbi dago gizarte-babesaren intentsitatea eta biztanleko errentaren arteko lotura. Lotura hori dela eta, biztanleko errentan konbergentzia biziagoa den epealdietan, babesaren intentsitatean ere aldakortasunaren gutxitzearren abiaduran nabarmentzen da (**1. grafikoa**). Beraz, intentsi-

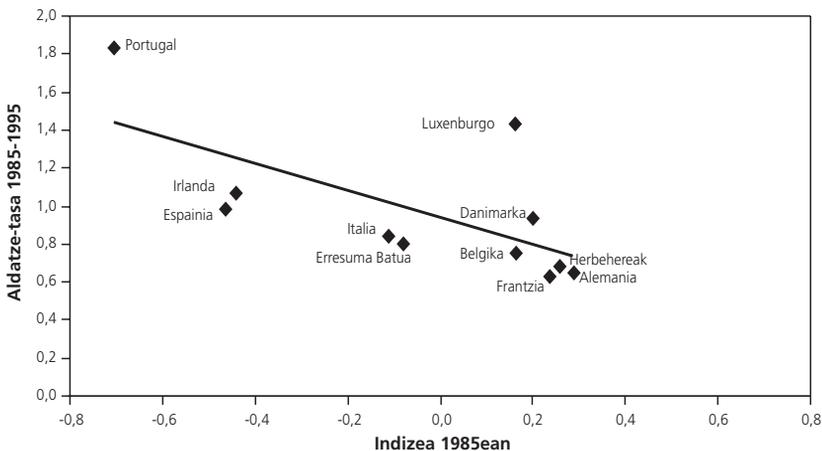
tatean konbergentzia dugunean posiblea litzateke, teorikoki behintzat, efektu bi bereiztea, hau da, alde batetik errentarekiko konbergentziaren eragina neurtu eta horren gaintik besterik dagoen jakitea. Erabilitako teknika biek, ordea, ez digute horrelako informaziorik eskaintzen.

Atal honetan gizarte-babesarekiko konbergentzia frogatzeko beste teknika alternatibo bat proposatuko dugu. Orain arte erabilitakoen aldean berezitasun bi ditu metodo honek:

- Batetik, sistema bakoitzaren banakako eboluzioa ikusteko aukera ematen du
- Bestetik, BPGren konbergentziak intentsitatearengan duen eragina isolatzen du, haren gaintik nazio-sistema bakoitzak europako batez bestekoarekiko duen joera nabarmenduz.

Arestian aztertu dugun bezala, gizarte-babesaren intentsitatea eta biztanleko BPGren arteko lotura nabarmen igar daiteke. Hori dela eta, biztanle bakoitzeko errentan hurbilketaren bat gauzatzen denean, biztanleko gizarte gastuko datuak ere hurbilkor agertzen zaizkigu, Europako Bata-sunean behintzat.

3. grafikoan, 1995eko biztanleko errenta neurtu dugu ardatz batean eta biztanleko gizarte-babesean egindako gastua bestean, biak ere EAP unitatan, aldagai bi hauen arteko harremanik balego begibistan ager dadin.



3. grafikoa

Beta-Konbergentzia

Ekonomisten helburua begibistakoa dena frogatzea omen bada, kasu honetan oso erraz dugu lana burutzea baliabide ekonometrikoen bidez. Bai Gizarte-babesan biztanleko egindako gastua, bai biztanleko Barne Produktu Gordina EAPetan neurtzen baditugu minimum karratuen teknika aplikatzea besterik ez da behar honako ekuazioa estimatzeko:

$$\begin{aligned} \text{Gastua Gizarte-babesan biztanleko EAPetan} &= \\ &= \alpha + \beta \text{ biztanleko BPG EAPetan} \end{aligned}$$

Gure epeko hamaika urte bakoitzeko ekuazio bat estimatu ondoren kontrastaketaren egokitasuna, R^2 adierazlearekin neurtua, onargarria azaldu zaigu kasu guztietan (**1 taula**), β estimatua beti positiboa suertatuz. β ren positibotasunak aipatutako aldagaien arteko harremana zuzenki proportzionala dela adierazten du, hau da, biztanleko BPG garaiago bati gizarte-babes intentsitate handiagoa dagokiola. Tesi hau, Europako Batasunari buruzko datu erabilgarrien arabera egiaztatu daitekeena, bai herrialde bakoitzean (urteetan zehar) bai estatu artean (urte jakin batean), ez dugu, ordea, lege mugiezinen lerrunera igo nahi izan. Gizarte-babesaren intentsitatea zehaztea, azken finean, auzi politikoa da eta, horrenbestez, gure asmo deterministetatik at dagoena.

1. Taula

β ren kalkulaturako balorea eta R^2 adierazlea

	β	R^2
1985	0,34	0,85
1986	0,32	0,82
1987	0,34	0,83
1988	0,32	0,80
1989	0,31	0,77
1990	0,31	0,79
1991	0,32	0,81
1992	0,29	0,80
1993	0,29	0,81
1994	0,28	0,77
1995	0,29	0,77

Iturria: EUROSTAT (2000) eta egileen elaborazioa.

Hala ere, arestiko ekuazioak estimatzeak daraman esfortzuak badauka, gure ustez behintzat, zentzurik. Hemendik aurrera urte bakoitzeko

ekuazioa patroï bezala erabiliko dugu, Europako Batasuneko hamaika estatu hautatueterako eredu bat definitzen baitu, biztanleko errenta konkretu bati normaltzat jo daitekeen gizarte-babesa intentsitate bat lotzen dion eredu, hain zuzen. Uste daitekeenez, gizarte-babesa estatu-sistema batek gauzatzen duen intentsitatea ezin zaio normalki, nazio horren BPG-ren arabera, ereduak eskaintzen duenari zehazki egokitu. Alderantziz, datu erreala eta ereduaren arabera estimatua izan denaren artean diferentzia bat osatzea izango da egoera arruntena. Diferentzia horiei buruz gauza bi azpimarra ditzakegu:

- Diferentziak esanguratsuak direnean ere, ezin daitezke onargarria azaldu zaigun kontrastaketaren baliogarritasuna auzitan jartzeko modukoak izan. Edo beste era batera esatearren, datu errealen eta estimatuen arteko diferentzia guztiak adierazgarriak izan balira, egokitze ekonometrikoa ezin zitzaigukeen onuragarri ageriko. Izan ere, estatuen artean garrantzizko desberdintasunak egon arren Estatu Batuak edota Japonian aldean *Eredu Europarra* badagoela antzeman daiteke bai datu kuantitatiboak aztertzen ditugunean (Aláez, Bilbao eta Olaskoaga, 1999) baita aspektu kualitatiboak aztergai direnean (Chassard, 1993).
- Diferentziak datu errealarari datu estimatua kenduz lortu ditugunez gero, estatu eta urte baten diferentzia positiboa azaltzearen esanahia gizarte-babes sistema horrek ereduaren arabera baino intentsitate handiagoa erdietsi duelako da. Eta alderantziz, diferentzi negatiboak patroï europarraren arabera ustez baino intentsitate arinagoa duten estatuei dagozkie.

2. taulan herrialde bakoitzeko diferentziak agertzen dira hautatu dugun epearen hiru urtetan, epearen hasieran, 1985ean, erdian, 1990ean, eta amaieran 1995ean.

Taularen irakurketa arin baten ondoren berehalako kontsiderazio hauek egin genitzake:

- Alde batetik, ereduarekiko herrialdeen kokaerak puntu finkoetan ezarrita ez egon arren ezin daiteke esan oso mugikorrek direnik. 1985ean ereduarekiko diferentzia negatiboa zuten gizarte-babes sistema gehienek horrela segitzen zuten 1995ean, diferentzia positiboa zutenei buruz gauza bera esan daitekeelarik. Hala ere, orokortze orok salbuespenak badituzte, honenak Erresuma Batua eta Irlanda ziren, hurrenez hurren.
- Badaude bestelako kasu bereziak ere. Alemaniak, adibidez, kopuru positibo batetik, negatibo batera salto egin zuen 1990ean, baina portaera honen arrazoi nagusia arazo metodologikoetan datza.

Alemaniarren 1990eko datua Alemania berbateratuena (*Lander berriak barne*) da, 1985ekoa ez bezala.

2. Taula

Biztanleko Gastu Errealaren Estimaturik EAPetan

	1985	1990	1995
Belgika	340	219	447
Danimarka	117	788	1.304
Alemania	154	-62	390
Espania	-176	-311	-603
Frantzia	238	365	608
Irlanda	190	-354	-1.118
Italia	-373	-169	-485
Luxenburgo	-658	-767	-870
Herbehereak	603	1.094	792
Portugal	-285	-499	-576
Erresuma Batua	-151	-304	113

Iturria: EUROSTAT (2000) eta egileen elaborazioa.

- Bestalde, Luxenburgori buruzko datuek desabantaila larria erakusten digute ereduarekiko, nahiz eta lurralde honetan gizarte-babesaren intentsitatea inon baino altuagoa izan.
- Oraindik esanguratsuagoa dugu Danimarkaren kasua. Lurralde honetan epearen urte guztietan izan ditugu diferentzia positiboak, patri europarrarekin konparatuz bere gizarte-babesaren intentsitatea garaiagoa den seinale, baina diferentzia hau 117 unitatetik 1.304 unitatetara pasatu da epean zehar, sailkapen konkretu honen seigarren postutik lehenengora, hain zuzen. Hortaz, Irlanda portaera txarraren adibide badugu, europar ereduarekiko abantaila edukitzetik sailkapenaren azken postura jaitsiz, Danimarkaren eboluzioa guztiz kontrakoa izan da.
- 1995eko datuei begirada azkar bat eskainiz ereduarekiko aldeak nabarmenak direla igar daiteke. **2. taulan** balio absolutuetan dauden kopuruak engainagarriak izan daitezkeelakoan **3. taulan** biztanleko gizarte-babesean gauzatutako gastu errearen ehunekotan neurtu ditugu, eta azaldutako diferentzietan alde garrantzitsuak antzeman daitezke. Danimarkan, bilakaera hazkor baten ondorioz, gizarte-babesa sistemak ereduak dioena baino %20 gehiagoko intentsitatea erdietsi du. Irlandan, berriz, ereditik behera %35 alden du bere gizarte-babes sistemaren intentsitatea.

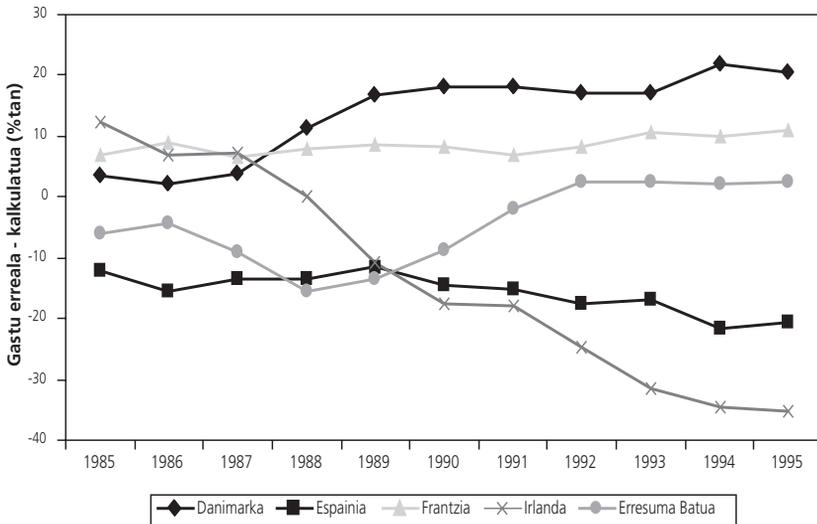
3. Taula

Biztanleko Gastu Erreala ken Estimatuia ehunekotan

	1985	1990	1995
Belgika	11	5	8
Danimarka	4	18	20
Alemania	4	-1	7
Espainia	-12	-14	-21
Frantzia	7	8	11
Irlanda	12	-18	-35
Italia	-15	-5	-11
Luxenburgo	-21	-15	-11
Herbehereak	18	23	14
Portugal	-35	-36	-25
Erresuma Batua	-6	-9	2

Iturria: EUROSTAT (2000) eta egileen elaborazioa.

4. Grafikoan hautatu dugun bost estatuen bilakaera osoa azaldu dugu, ereduarekiko norabide urunkorrek garbi geratu direlarik.



4. grafikoa

Gizarte-babesaren intentsitatearen bilakaera erlatiboa

EUSKAL AUTONOMIA ERKIDEGOAREN GIZARTE-BABES SISTEMA EUROPAKO BATASUNAREN KONTESTUAN

Euskal Autonomia Erkidegoaren sistema aztertu baino lehen Euskal Herriak sistema propioa duen eta horrenbestez sistema honi buruz hitz egiterik dagoen galdetu beharko genioke geure buruari.

Izan ere, Euskal Herrian gizarte-babesaren arloan indarrean dagoen araupeketaren gehiengoa Espainiako berbera dugu. Horrez gainera, gizarte-babesa eskaintzen duten instituzio garrantzitsuenak ere berberak dira Euskal Herrian eta Estatuaren gainontzeko Erkidegoetan.

Ezaugarri komunak izan arren, Euskal Herriko sistemak berezko nor-tasuna duela baieztatuko dugu, tesi hori hurrengo argudio hauetan oinarritzeko aukera dugun artean:

- Arau berdinetan oinarritzen diren sistemen artean berezitasun larriak aurki daitezke, arau horiek egitura ekonomiko, demografiko, eta sozialki desberdinetan aplikatzen direnean. Hartu dezagun, kasu, Gizarte Segurantzaren Sistema. Instituzio honen prestazio ekonomikoak kotizazioetan oinarritzen direnez gero, beren zenbatekoak kotizazio-historialaren arabera izango dira, eta, beraz, soldatak eta kotizazioak oparagoak diren lekuetan prestazioak ere gairagoak izango dira. Egitura demografikoa, halaber, eragintza izaten da eta gizarte-babesa sistemaren finantziaketaren gain prezio larria suposa dezake, jakina denez.
 - Euskal Herriaren gizarte-babesa sistema osatzen duten azpistema batzuk erabat independenteak dira, bere arau edo jokabide propioak dituztelarik. Entitate publikoen arloan, Gizarte Segurantzaren sistemaren, adibidez, Erkidegoko administrazioak erabateko konpetentziak dituzten osasunean eta gizarte zerbitzuetan, baita bere irizpide propioetan oinarritutako jardueran ere. Hori dela eta, alde adierazgarriak dira aipatutako arloekin zerikusi zuzena duten funtzioetan, «gaixotasuna / osasun asistentzia» eta «gizarte bazterkeria» hain zuzen, baita besteetan ere. GBABESE sistemak bereizten dituen funtzioetatik bi hauetan Euskal Erkidegoko sistemak «gaixotasuna/ osasun asistentzia» -n Espainiakoak baino BPGren zati txikiagoa gastatzen du, eta «gizarte bazterkeria» -n, aldiz, handiagoa, nahiz eta funtzio guztiak hartzen direnean Espainian egindako esfortzua handiagoa izan.
- Gizarte babesean ari diren entitate pribatuen artean publikoetan gertatzen den beste horrenbeste dugu. Nahiz eta arraroa irudi daki-gukeen entpresak dira gizarte-babeseko instituzio pribatuetatik garrantzitsuenak, aspektu kuantitatiboan behintzat, beren langileekiko burutzen dituzten gizarte-babesaren egintzak direla eta.

4. Taula

Gastua BPGren portzentaitetan

	EAE	Espainia
Gaixotasuna/osasun-asistentzia	5,5	6,4
Elbarritasuna	1,6	1,6
Zahartzaroa	9,2	8,8
Umezurtz-alargunak	0,7	1,0
Familia	0,2	0,4
Langabezia*	2,6	3,6
Etxebizitza	0,0	0,1
Gizarte-bazterkeria	0,6	0,1
FUNTZIO GUZTIAK	21,0	22,0

* Gizarte-kotizazio birresleituak barne

Iturria: EUROSTAT (2000) eta egileen elaborazioa.

Egintza hauen artean era desberdinekoak aurki daitezke. Alde batetik badaude enpresarentzat derrigorrezkoak diren gastuak, ezintasun iragankorreko epeetako soldata ordainak, adibidez. Horrez gainean badira, halaber, enpresak langileen mesederako borondatez abonatzen dituen kotizazioak edo prestazio zuzenak. Ordainketa hauei buruzko informazioa INEk argitaratzen du *Lan-kostuei buruzko inkestan*³, Espainiako erkidego bakoitzari buruzkoa barne. **5. eta 6. tauletan** inkestaren informazioa laburtu dugu Espainiari eta Eukal Autonomi Erkidegoari dagokienez, lan-kostuen osagarri batzuetan, gizarte-babesarekin zerikusirik dutenetan, bata eta bestearen arteko aldeak nabaritasunez ager daitezen bai portzentaitetan, baita langile bakoitzeko gastu kopuruan ere.

5. Taula

Lan-kostu gordinaren osagarri batzuk. Portzentaitetan

	EAE	Espainia
Lan-kostu gordina	100	100
Borondatezko kotizazioak	0.84	0.77
Gizarte prestazioak	1.70	1.50
Iragai zenagatik kalte-ordainak	1.59	2.15

Iturria: Encuesta del Coste de la Mano de Obra 1996, INE

³ Encuesta del Coste de la Mano de Obra 1996, INE

6. Taula

Lan-kostu gordinaren osagarri batzuk. Pezetatan

	EAE	Espainia
Lan-kostu gordina	4.444,9	3.817,0
Borondatezko kotizazioak	37,5	29,6
Gizarte prestazioak	75,6	57,1
Iragai zenen kalte-ordainak	70,5	82,2

Iturria: Encuesta del Coste de la Mano de Obra 1996, INE

Euskal Herriko Gizarte-babes sistemak baditu, beraz, berezitasunak. Are gehiago, adierazi ditugun berezitasunak direla eta, Euskal Erkidego-ko gizarte-babesekeko entitate publiko eta pribatuak sistema berezi bat osatzen dutela esan genezake, sistema honek ezaugarri propioak erakusten dituelarik. Izan ere, artikulu honetan proposatu ditugun gizarte-babesa sistemei buruzko adierazleak erabiliz Euskal Autonomiakoa Espainia-koarekin nahiz Europako besteekin aldera daiteke. **7. taulan** Europako

7. Taula

Intensitatea eta Esfortzua Europako nazioetan. 1995

	Intensitatea		Esfortzua	
	EAP etan	Indizea	%	Indizea
Grezia	2.284	47	21,0	74
Portugal	2.313	48	20,7	73
Espainia	2.914	60	21,9	77
Irlanda	3.165	66	19,9	70
EAE	3.451	71	21,5	76
Italia	4.491	93	24,6	87
Erresuma Batua	4.543	94	27,7	98
Finlandia	5.037	104	32,8	115
Frantzia	5.524	114	30,6	108
Belgika	5.610	116	29,7	105
Austria	5.669	117	29,7	105
Herbehereak	5.762	119	31,6	111
Alemania	5.797	120	29,4	104
Suedia	6.061	125	35,6	125
Danimarka	6.391	132	34,3	121
Luxemburgo	7.725	160	25,3	89
EB-15	4.832	100	28,4	100

Iturria: EUROSTAT, EUSTAT.

hamabost estatuak gehi Euskal Autonomia Erkidegoa sailkatu ditugu *intentsitatea* adierazlean lortzen duten balorearen arabera. Euskal Autonomiaren kokapena, Irlanda eta Italiaren erdian, ez da inondik ere itxaronpetsua, Europako sistema aurreratuenetik oso urrun.

EAEri buruzko 1995eko datuak besterik ez ditugun artean ezer gutxi adieraz dezakegu sistema honen jarduerari buruz Europako Integrazio prozesuan parte hartu zuenetik. Dena den, EAeko sistemaren eboluzioa Espainiak erakutsi duenera egoki daietekeela esatera ausar gaitezke. Horrela izango balitz, EAEk, Espainiak bezala, jarduera hurbilkorra ez den batekin bere maila mantenduko luke eredu europarrekiko.

Eredu horren aldeko diferentzia zehaztu nahian patroi ekonometrikoan oinarrituriko teknika berriz erabili dugu **8. taula** giterakoan.

8. Taula

Gizarte-babesekeo intentsitatea EAEan

	Errealak	Estimatuak	Errealak-estimatuak
Espainia	2.914	3.638	-724
EAE	3.461	4.453	-992

Iurria: EUROSTAT, EUSTAT eta egileen elaborazioa.

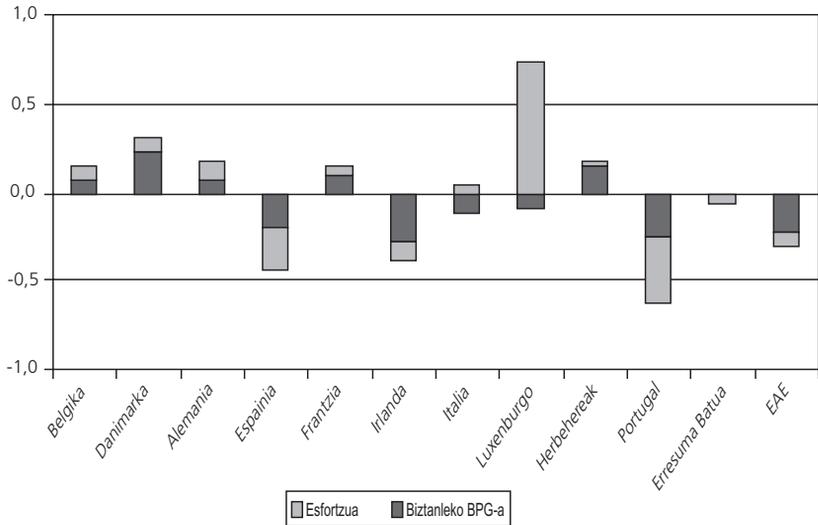
Ikus daitekeenez Euskal Autonomia Erkidegoa Espainia baino urrugo dago eredutik, nahiz eta intentsitate adierazlean aurretik egon. Izan ere, Euskal Autonomiak duen errenta-maila kontuan harturik babesa askoz intentsoago egokituko litzaiokeela garbi dago datuen arabera. Edo, beste modu batean, Euskal Erkidegoaren atzerapena gizarte-babesean egiten duen esfortzu ahulagatik dator.

Arestian azaldu dugunez, *esfortzua* eta *aberastasuna* ditugu gizarte-babesaren intentsitatearen azalgarriak hiruren arteko lotura honako ekuaziokoa delarik:

$$\text{INTENTSITATEA} = \text{ESFORTZUA} \times \text{BIZTANLEKO ERRENTA}$$

Nazio edo, Euskal Autonomiaren kasuan, lurralde bat intentsitatean Europako batez bestekoaren azpitik badago, orduan esfortzuan, nahiz errentan, nahiz bietan Europako batez bestekora ez delako irizten izan behar da. **5. grafikoan** zero balorea Europako hamaika nazio osatutako taldearen batez bestekoari dagokio, maila horretatik estatu bakoitzaren esfortzua gizarte-babesan eta biztanleko BPGa nola aldendu, halako balore positiboak nahiz negatiboak azalduz.

Grafikoko datuek arestian egindako analisiarekin adostasun nabarmena erakusten dute. Bereziki honako ondorio hauek atera litezke:



5. grafikoa

Intentsitatearen azalgarriak

- Luxenburgon, nahiz eta estatu honetako sistemak besteek baino intentsitate altuagoa azaldu, esfortzua batez bestekoaren azpitik dugu. Luxemburgoren abantaila, inolako dudarik gabe bere aberastasunean datza, esfortzu handirik gabe intentsitate maila gorena erdiesten uzten diona.
- Danimarka, esan bezala, bere esfortzuagatik beste sistemen gainetik gailendu da, eta intentsitatean Luxemburgoren mailara iritsi ez den arren, bere ekonomiaren potentziala kontuan harturik hamaika nazio hauetatik sistema babestzaileena duela esan daiteke.
- Irlandaren esfortzua, berriz, batez bestekotik alde azpimarragarria dago eta sistema honen eboluzioa jarraituz gero *gizarte-dumping*-aren hipotesia ezin da baztertu.
- Espainia bai esfortzuan bai aberastasunean batez bestekotik behera daukagu. Portugal eta —azterketan agertuko balitz— Greziatik ez oso urrun, Europako hegoaldea gizarte arloetan erdialde eta iparraldeko ekonomiekiko nahiko atzeratuta dagoela frogatuz.

—Azkenik, EA Eren intentsitatearen adierazlean batez bestekoaren behetik egotearen errua herrialde honetan gizarte-babesean egiten den esfortzuari bota behar zaio, errentaren aldetik hamaika estatu hauen batez bestekoaren inguruan aurkitzen baita. Adibide bezala, EAE Erresuma Batuarekin alderatzen badugu, biak ere BPGri dagokionez maila berdintsuan dauden bitartean, bigarrenari intentsitatean 97ko indizea dagokio (7 taula), eta EA Eri, berriz, 71koa. Horregatik, behin biztanleko errentari dagokionez europako estandarrek erdietsita, esfortzua areagotzea da hurrengo neurria EA Ek aipatu dugun —eta nolabaiteko esangura politikoa eta ekonomikoa duen— *Eredu Europarrara* egokitu nahi badu.

BIBLIOGRAFIA

- ALÁEZ, R., BILBAO, J. Y OLASKOAGA, J. (1999): «Una propuesta de medición relativa del gasto agregado en protección social en la CAE». Lan-dokumentua. Ekonomia Aplikatuaren Saila I. Euskal Herriko Unibertsitatea. 1/1999.
- ALONSO, J. GALINDO, M-A. Y SOSVILLA-RIVERO, S. (1997): «Convergence in social protection benefits across EU countries». Lan-dokumentuak. FEDEA 97 -03
- ALVAREZ, M.E. Y LÓPEZ, J.M. (1999): *Integración económica y convergencia en productividad laboral en la industria europea*. Lan-dokumentua. Europako Ekonomia 0399 Madril: Ortega y Gasset U.I.
- BAREA, J. (1991): «Gastos de protección social, política de convergencia y competitividad» *Papeles de Economía Española*, 48, 79-98.
- BARRADA, A. (1991): «La protección social en la teoría y en la práctica» *Presupuesto y gasto público*, 3, 121-163.
- BARRADA, A. Y GONZALO, B. (1997): *La financiación de la protección social en España: a propósito del pacto de Toledo*. CES.
- BARRADA, A., ALCALDE, M. Y GORTER, C. N. (1995): «Gizarte babeserako estatistika bateratuen sistema europarra». Nazioarteko estatistika mintegia Euskadin. EUSTAT. Vitoria-Gasteiz.
- BARRO, R. J. Y SALA-I-MARTÍN, X. (1992): «Convergence», *Journal of Political Economy*, 100, 223-251.
- BILBAO, J.(1995): «El Gasto Social en la Unión ampliada», *Cuadernos Europeos Deusto*, 41.
- CAIRE, G.(1992): *L'Europe sociale: faits, problèmes, enjeux*. Masson. Paris.
- CHASSARD, I. (1993): «El mercado único y el desarrollo de los sistemas de seguridad social» *Los sistemas de seguridad social y el mercado único europeo*. Lan eta Gizarte Segurantzako Ministeritza. Madril.
- COMISIÓN EUROPEA (1997): *MISSOC. La protection sociale dans les etats membres de l'union europeenne*. Europako Elkartearen Argitarapen Bulegoa.
- CUADRADO, J.R.(1996): «Convergencia nominal y convergencia real. El verdadero reto para España». J.R. Cuadrado y T. Mancha *España frente a la Unión económica y monetaria*. Civitas. Madril.

- EUROSTAT (1981): *Système Européen de statistiques intégrées de la protection sociale (SESPROS). Méthodologie. Volume I.* Europako Elkartearen Argitarapen Bulegoa.
- EUROSTAT (1996): *Ausgaben und einnahmen des sozialschutzes 1980-1994.* Luxenburgo.
- EUROSTAT (1996): ESSPROS Manual 1996. Argitarapen bulegoa. Luxenburgo.
- EUROSTAT (1998): *Dépenses et recettes de protection sociale 1980-1994.* Luxenburgo.
- EUSTAT (1997): *Gizarte-babesaren kontua. Euskal AE. 1995.* Gasteiz.
- FERNÁNDEZ, M. (1993): «El gasto en protección social en los países de la Unión Europea durante el período 1980-1991» *Economía y Sociología del Trabajo*, 21/22, 192-201.
- LAGARES, M.J. (1988): «Niveles de cobertura del gasto público en España» *Papeles de Economía Española*, 37, 150-173.
- LAN ETA GIZARTE SEGURANTZAKO MINISTERITZA (1993): *Los sistemas de seguridad social y el mercado único europeo.* Madril.
- OHLIN, B. (1933): *Inter-regional and international trade.* Cambridge: Harvard University Press
- PARLAMENTO EUROPEO (1989): *1989ko otsailaren 23ko txostena.* Luxenburgo. DOC A2-0399188
- SAMUELSON, P. (1948): «International trade and igualisation of factor prices». *Economic Journal*, 58, 163-184.
- SAMUELSON, P. (1949): «International factor price: igualisation once again». *Economic Journal*, 59, 181-196.

El sistema europeo de innovación

por Itziar Urizar Elcano

Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales
Profesora del Departamento de Economía Aplicada I Universidad del País Vasco

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA SITUACIÓN DE LA INNOVACIÓN EN EUROPA.—3. LAS DEBILIDADES DEL SISTEMA DE INNOVACIÓN EN EUROPA.—4. ORIENTACIONES PARA UNA POLÍTICA TECNOLÓGICA DE INNOVACIÓN EN EUROPA.—4.1. **La cultura de innovación.**—4.2. **La investigación.**—4.3. **La transferencia y difusión de la tecnología.**—4.4. **El potencial humano.**—4.5. **Las pequeñas y medianas empresas.**—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la realidad económica se presenta como un conjunto de relaciones pluridisciplinares, que es preciso estudiar desde la globalidad. Frente a los modelos de competencia en precios y costes, que han originado procesos de descentralización de la producción, se suceden otros que apuntan hacia la cooperación, la integración, la comunicación, la información y el conocimiento como principales mecanismos de competencia en un horizonte simultáneo de diversidad y especialización. En este marco global se sitúa el análisis del «sistema europeo de innovación».

El «sistema europeo de innovación» como tal, constituye aún hoy en día, una realidad inacabada. Europa es todavía un espacio compuesto por una diversidad de regiones, en el que cada una de ellas se enfrenta a su propia problemática tecnológica, industrial y sectorial. Cada región europea, ha ido desarrollando sus propios mecanismos de intervención y de apoyo al desarrollo de la innovación, adaptados a las necesidades de su tejido industrial y de su territorio. Este hecho precisamente, hace difícil referirse a Europa, como un único sistema de innovación.

Por otra parte, a pesar de la multitud de experiencias de intervención pública que se pueden encontrar en Europa, las políticas de innovación y de apoyo al cambio tecnológico son bastante recientes. De esta manera,

se pretende dotar al artículo de una orientación práctica, al proponer una serie de recomendaciones, a la vista del análisis realizado, para la definición de una acción común en materia de política tecnológica de innovación en Europa.

Una de las líneas más recientes de actuación de los diversos sistemas de innovación que han ido surgiendo en Europa, es la de intentar avanzar hacia la cooperación e integración en un sistema global, con el fin de dotar de mayor coherencia al futuro «sistema europeo de innovación» y al mismo tiempo, reforzar las posibles sinergias y evitar duplicidades, lo que implica concentrarse en los puntos fuertes que ofrece el sistema y buscar nuevos horizontes de competitividad. Desde este punto de vista, el artículo considera este sistema europeo, como punto de referencia para el desarrollo de la innovación y para la puesta en marcha de una política de apoyo al cambio tecnológico.

La innovación constituye actualmente, y fundamentalmente, para las economías más avanzadas, la única posibilidad de asegurar un crecimiento sostenido a largo plazo, de generar empleo y de encontrar nuevas fuentes de valor añadido, frente a los principales competidores internacionales. Es decir, Europa debe ser capaz de desarrollar nuevas ventajas competitivas en torno al mayor valor añadido de sus productos, a su mayor calidad y capacidad de diferenciación, a un servicio más especializado y adaptado a las necesidades de los clientes y a su capacidad de lanzamiento de nuevos productos. Ahora bien, todo esto sólo es posible a través del desarrollo y explotación de las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, y a un potente esfuerzo en investigación y desarrollo.

Sin embargo, la innovación implica algo más que la investigación científica y el desarrollo tecnológico. La innovación implica directamente al mercado. Se entiende por innovación, la utilización comercial de un nuevo conocimiento, mejora o tecnología. Por lo tanto, se origina no sólo en los laboratorios o universidades, sino también en los propios procesos productivos o de gestión y dirección. Es decir, su origen no se debe exclusivamente a la investigación científica que haga posible un nuevo descubrimiento (en este caso, se trataría de innovaciones de carácter radical), sino que puede deberse a mejoras introducidas a partir del aprendizaje y de los conocimientos acumulados a lo largo de la experiencia (innovaciones incrementales).

De esta manera, a lo largo del artículo, tanto en el análisis de la situación de la innovación en Europa, de sus debilidades, y en las orientaciones para la definición de una política de innovación tecnológica, surgirán aspectos relacionados tanto con la política científica y el desarrollo de la investigación, como con la transferencia de tecnología y el apoyo al sector privado y a la creación de empresas para facilitar la explotación de

los resultados de la investigación y la búsqueda de nuevas aplicaciones para la innovación.

Se trata de un enfoque interactivo de la innovación frente a los modelos más tradicionales, que estudian los procesos de innovación desde una perspectiva lineal, que intenta proponer la cooperación y el desarrollo de relaciones multidireccionales como un mecanismo de actuación necesario a la hora de poner en marcha nuevos proyectos de innovación que a menudo implican superar la dimensión local o estrictamente empresarial.

2. LA SITUACIÓN DE LA INNOVACIÓN EN EUROPA

El análisis del sistema europeo de innovación hace necesario indicar en primer lugar, que resulta difícil referirse exclusivamente a un «sistema europeo de innovación». En su lugar, sería necesario recurrir al estudio exhaustivo e individualizado de la innovación en las diferentes regiones de Europa.

Europa, a diferencia de otros espacios de innovación, constituye una realidad diversa en la cual, cada país ha seguido su propia trayectoria y ha conformado su propio modelo de innovación. De hecho, el origen y consolidación del proceso de cambio tecnológico es muy diferente en cada país desde el punto de vista institucional, de liderazgo y puesta en marcha de la innovación, y de los agentes protagonistas del cambio y difusores del impacto de las nuevas tecnologías.

La diversidad comienza en Europa, dejando aparte las situaciones distintas de cada país en términos de paro o crecimiento económico¹, que evidentemente se reflejarán posteriormente en la definición de las prioridades de las políticas, y sobre todo, en las posibilidades de actuación, en la situación en términos de investigación y desarrollo tecnológico.

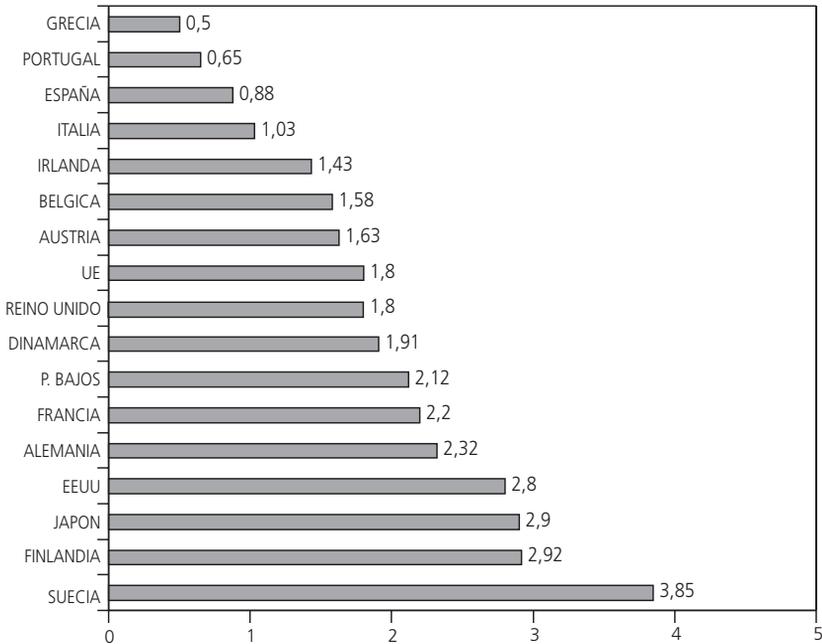
De acuerdo con los datos del Gráfico 1, la Unión Europea en 1998 destinaba como media un 1,8 % de su PIB a actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico (I+D). Sin embargo, hay que tener en cuenta que dentro de la Unión Europea, países como Suecia duplicaban esta cifra alcanzando los gastos en I+D un 3,8% de su PIB, mientras que en otros como Grecia, apenas alcanzaban un 0,5% de su PIB.

Al margen de las enormes diferencias que existen entre los países europeos en cuanto a los niveles de inversión en I+D, la distancia con Estados Unidos y Japón persiste pese a los recientes esfuerzos de intensifica-

¹ En 1999, la tasa de paro para la Unión Europea era del 9,6%, sin embargo, países como Grecia ya registraban tasas de paro del 17,3%. Eurostat.

ción. Frente al 1,8% del PIB que destina Europa en su conjunto a la inversión en I+D, Estados Unidos supera casi en un punto esta cifra con un volumen del 2,8% de su PIB destinado a gastos de I+D y Japón con un 2,9%.

Esto significa que en principio, Europa manifiesta una fuerte debilidad en relación con sus principales competidores internacionales, en cuanto al esfuerzo relativo en investigación y desarrollo tecnológico, independientemente de que predomine la investigación básica o la investigación aplicada, y de que ésta se desarrolle en las empresas o se sitúe en un plano más alejado del mercado.



Fuente: Tomado de CE (2000), p. 32.

Gráfico 1
I+D/PIB (1998)

Por otra parte, el diseño y puesta en marcha de la política de promoción de la innovación y el desarrollo tecnológico en Europa es algo muy reciente, lo que significa que tradicionalmente, cada país miembro ha tomado como punto de referencia su propio sistema nacional de innovación.

Por citar algunos de los sistemas de innovación más representativos en Europa en términos del desarrollo tecnológico, habría que señalar principalmente tres experiencias, las del Reino Unido, Francia y Alemania.

En el Reino Unido ha prevalecido un enfoque propio del liberalismo económico. El desarrollo tecnológico se ha asignado al «libre mercado», no ha existido una planificación tecnológica como se entiende en Francia o Alemania, ni tan siquiera un Ministerio específico de ciencia y tecnología. El presupuesto público destinado a I+D ha financiado exclusivamente actividades de investigación básica o carácter precompetitivo, y de investigación militar y de defensa.

No obstante, las tendencias más recientes en el Reino Unido se dirigen hacia la realización de mayores esfuerzos para favorecer la transferencia de los resultados de la investigación hacia las empresas y la cooperación entre el sector privado y el sector científico en el desarrollo de la investigación, en un intento de orientarla hacia las necesidades del mercado. De esta manera, se pretende facilitar la explotación de los resultados de la investigación en forma de proyectos innovadores.

En contraste con el Reino Unido, Francia reconoció hace ya tiempo la necesidad de una política tecnológica de apoyo a la innovación. En el marco de su política tecnológica, Francia ha establecido como prioridad estratégica, el desarrollo de aplicaciones productivas como resultado de los esfuerzos de investigación y desarrollo.

Prácticamente en su mayor parte, en Francia, la I+D se realiza en laboratorios públicos de investigación. Como consecuencia, se produce una fuerte centralización de los mecanismos de innovación en torno a los centros públicos de investigación, alejados del mercado y a menudo, desconocedores de las necesidades específicas de la industria.

Esta desarticulación, entre el sistema educativo, universitario, y el sistema de investigación dificulta la búsqueda de aplicaciones de la investigación, la asimilación de los nuevos conocimientos por parte de los estudiantes y hace insuficientes los esfuerzos de transferencia y difusión de las nuevas tecnologías. De ahí que Francia se haya propuesto intensificar sus esfuerzos de descentralización de las capacidades tecnológicas e innovadoras hacia las empresas y especialmente, hacia las pequeñas y medianas empresas o PYMEs.

Alemania por su parte, ocupa dentro de la Unión Europea una posición de liderazgo. Los protagonistas en el desarrollo de la innovación son principalmente las regiones o Länders que disfrutaban de un gran margen de maniobra en lo que se refiere a la transferencia de tecnología y la gestión de la innovación.

Los Länders han puesto al servicio de la industria y la innovación, una potente infraestructura orientada a favorecer la cooperación y la

transferencia de tecnología. De esta manera, se ha logrado orientar y adaptar la investigación a las necesidades de la industria, y al mismo tiempo, asistir a las nuevas y pequeñas empresas en sus primeros proyectos de innovación, contando con la experiencia y los conocimientos de expertos en la gestión del cambio técnico.

El resultado de todas estas experiencias particulares que se han desarrollado en Europa, es la riqueza, pero a su vez desarticulación de las políticas tecnológicas europeas. Se han desarrollado políticas muy dispares: unas basadas en la cooperación o construcción de «distritos industriales» como en el caso de Italia, otras en la creación de infraestructuras públicas como en Alemania, y su posterior puesta a disposición del sector privado² y sobre todo, de las pequeñas y medianas empresas. Otras acciones se han enfocado hacia la participación de los trabajadores en el diseño de las políticas de innovación tecnológica como ha ocurrido en algunos países nórdicos al estilo de Suecia. Este enfoque ha tratado de imitar el modelo de innovación que ha seguido Japón, un modelo de mejora continua apoyado en el aprendizaje organizativo y los círculos de calidad³.

Unida a esta diversidad de políticas y estrategias innovadoras está la diversidad regional que existe en Europa y aún más, la diversidad en términos de oportunidad que proporcionan las pequeñas y medianas empresas. Las PYMEs en Europa constituyen el 99,8% del tejido industrial⁴.

Sin embargo, hay que tener en cuenta su inferioridad relativa, al menos frente a las PYMEs de Estados Unidos, en términos de creación de empleo. De hecho, si en Estados Unidos durante el período 1994-1998, dos tercios de los nuevos empleos creados, lo fueron en empresas de alta tecnología, la mitad de ellas PYMEs, tan sólo un 4% de las PYMEs europeas es responsable del 50% de los nuevos empleos generados durante el mismo período⁵.

Es decir, a pesar de que esta diversidad del tejido industrial representa en principio, una oportunidad de innovación en términos de diferenciación, es preciso tener en cuenta que las PYMEs son siempre un colectivo débil o menos favorecido en términos de acceso a la innovación y gestión del cambio tecnológico. Esto es así no sólo por los obstáculos de carácter financiero sino también por la dificultad de acceder a recursos, personal y conocimientos especializados.

² La Fundación Steinbeis o el Fraunhofer Gesellschaft en Alemania, para la transferencia de tecnología a las PYMEs cubren un amplio espectro de tecnologías y su objetivo es poner a disposición de las empresas los descubrimientos científicos, el equipamiento tecnológico y la información técnica. Urizar Elcano, I. (1996), p. 230.

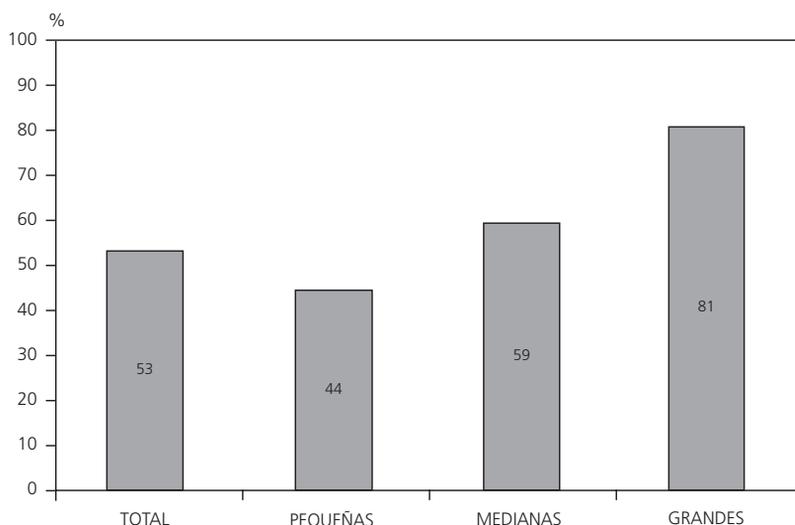
³ MORRIS-SUZUKI, T. (1994), p. 122.

⁴ CE (1995), p. 26.

⁵ CE (1998), p. 10.

Entre los principales obstáculos que encuentran estas pequeñas empresas para la innovación, hay que citar además de los de tipo financiero, la falta de personal cualificado y la falta de información de carácter tecnológico⁶.

El siguiente gráfico, Gráfico 2, muestra algunos resultados acerca del tamaño de las empresas innovadoras en Europa.



Fuente: Eurostat. Porcentaje por tamaño.

Gráfico 2

Empresas innovadoras en Europa (1995-1997)
(Sector manufacturero)

Las empresas más innovadoras en Europa son las grandes empresas (de más de 250 empleados). Estas suponen el 81% de las empresas innovadoras, que a su vez representan el 53% del tejido industrial.

Por su parte, las pequeñas empresas representan el 44% de las empresas innovadoras y las medianas empresas el 59%.

Aparte del mayor potencial de las grandes empresas a la hora de poner en marcha procesos y mecanismos de innovación, hay que señalar

⁶ Eurostat (1999), p. 4.

que tradicionalmente la política tecnológica europea por su carácter pre-competitivo y de liderazgo de sus programas de investigación ha favorecido a las grandes empresas. No obstante, actualmente esta tendencia está cambiando para facilitar a las PYMEs apoyo financiero, asistencia técnica en el desarrollo y gestión de la innovación, y en la construcción y animación de las redes de cooperación.

Esto último es de suma importancia dado que en una realidad global caracterizada simultáneamente por la especialización y la necesidad de abarcar un numeroso abanico de disciplinas, las PYMEs no llegan en muchos casos a trascender la dimensión local por las dificultades derivadas de la construcción de redes de interacción.

Por otra parte, existe un problema de cultura de la innovación que impide a las empresas más pequeñas adoptar una actitud más proactiva en torno al cambio tecnológico. De esta manera, la política tecnológica europea ha tratado de favorecer la participación y el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los programas marco europeo, lo cual ha permitido aumentar su participación, sobre todo, a raíz de un mayor apoyo técnico para la preparación de propuestas⁷.

El interés básico de la política tecnológica europea a través del fortalecimiento tecnológico de su base industrial, caracterizada por las pequeñas y medianas empresas, tuvo su origen ya en los años setenta. Fue entonces cuando los gobiernos de los países europeos comenzaron a realizar un esfuerzo de cooperación en materia de ciencia y tecnología, en parte como reacción de alarma ante la superioridad tecnológica de Estados Unidos y Japón en el panorama mundial.

Por lo tanto, aparte de los esfuerzos individuales de los países y regiones que se han ido intensificando cada vez más en el apoyo a las PYMEs y a la diversificación del tejido industrial, la Unión Europea ya empezaba a desarrollar sus propios mecanismos para promover la colaboración tecnológica entre países y fortalecer la base científica y tecnológica de su industria.

Actualmente, se ha logrado una mayor coherencia entre las políticas de innovación de los Estados miembros gracias a los esfuerzos conjuntos para la definición de unas líneas comunes de acción que han contribuido a configurar la política tecnológica europea de innovación.

Aparecen así, aspectos clave como la transferencia y difusión de tecnología, el reforzamiento de los sistemas educativo, científico, y de investigación, el apoyo a la innovación en las PYMEs, a la cooperación universidad-industria, y al desarrollo de la sociedad de la información.

⁷ CE (2000), p. 7.

3. LAS DEBILIDADES DEL SISTEMA DE INNOVACIÓN EN EUROPA

La situación de la innovación en Europa muestra una serie de debilidades si se compara con la situación de sus competidores, sobre todo, Estados Unidos.

A pesar de los esfuerzos realizados para mejorar la situación de la investigación en Europa, no hay que olvidar que el resto de los competidores siguen fortaleciéndose, con lo cual persisten las diferencias. La media de gastos de I+D con respecto al PIB en Europa, como indicaba el Gráfico 1, es del 1,8%, mientras que en Estados Unidos se encuentra en torno al 2,8%, y alcanza el 2,9% en Japón.

Esto significa que el esfuerzo realizado en Europa en términos de I+D es insuficiente. La investigación básica supone una potente fuente de generación de nuevos conocimientos, cuya importancia para el futuro de la innovación no puede pasar inadvertida, a pesar de que existan otras vías como la transferencia, adaptación o importación de tecnologías desarrolladas en otros espacios económicos y otras regiones. En cualquier caso, la investigación es necesaria siempre para adaptar los conocimientos a las necesidades reales de mercado de cada sistema de innovación en particular, y para asimilar el impacto del cambio tecnológico. Además, la investigación a corto plazo puede ser una fuente de aplicaciones industriales, a través del fenómeno «spin-off» para la comercialización de los resultados de la investigación, si se cuenta con el suficiente apoyo al riesgo y el espíritu emprendedor.

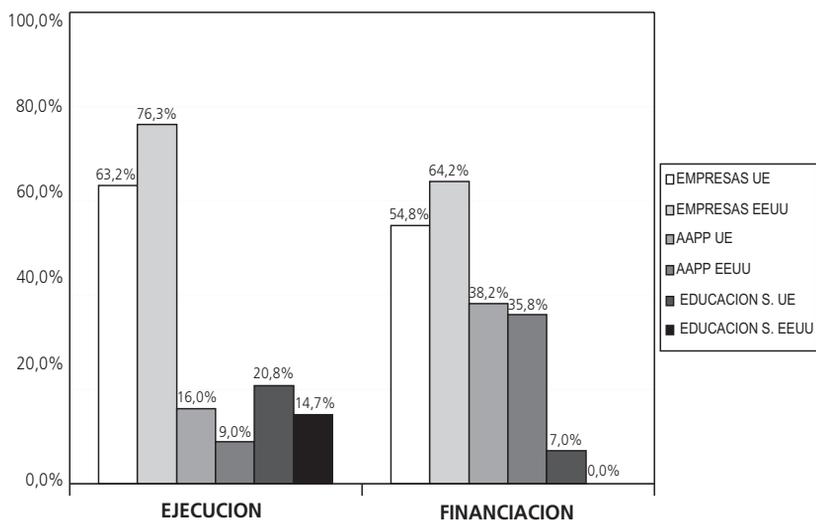
No se debe olvidar el éxito que el fenómeno «spin-off» ha tenido en algunos sistemas de innovación, como ha sido el caso en Estados Unidos del Silicon Valley, en el que el «spin-off» ha sido una iniciativa muy fructífera en términos de creación de empleo y nuevas empresas, contribuyendo así a la diversificación del tejido industrial y a la transferencia y difusión de la tecnología en el mismo. Evidentemente, esto sólo ha sido posible gracias a la interacción existente entre el sistema académico y científico y el sector privado, que ha permitido un elevado grado de movilidad de los investigadores entre las universidades y las empresas.

En Europa, en términos de empleo, los investigadores sólo representan el 2,5 por mil de la fuerza de trabajo de las empresas, frente a un 6,7 en Estados Unidos y un 6 por mil en Japón⁸. Esta reducida presencia de los investigadores en las empresas europeas implica una mayor dificultad por parte de éstas a la hora de acceder a los resultados de la investigación. La necesidad de contar con el apoyo de expertos para la transferen-

⁸ CE (2000), p. 4.

cia de tecnología es un factor estratégico si se considera la creciente complejidad de las nuevas tecnologías y la importancia del factor tiempo en los procesos de innovación, dado que el ciclo de vida de los productos se va reduciendo progresivamente.

La situación en cuanto a la financiación y ejecución de la investigación y desarrollo en Europa, que se analiza en el siguiente gráfico, Gráfico 3, muestra también otro aspecto de la debilidad del proceso de transferencia de tecnología en Europa, en el sentido de que la situación, en términos comparativos frente a Estados Unidos, no favorece la agilidad de este proceso.



Fuente: Elaboración propia a partir datos OCDE, Main Science and Technology Indicators y Basic Science and Technology Statistics.

Gráfico 3

Gastos de investigación y desarrollo

Tanto en términos de financiación como de ejecución de la I+D en Europa, se detecta una menor participación de las empresas con respecto a Estados Unidos. En cualquier sistema de innovación, donde el conocimiento constituye una de las claves de su éxito, la desarticulación entre los sistemas ciencia, tecnología e industria dificulta la asimilación del cambio tecnológico, impide una mejor adaptación de las innovaciones a

las necesidades del mercado y sobre todo, retrasa la transferencia de los resultados de la investigación en resultados tecnológicos e industriales. En definitiva, lo que se está poniendo a prueba es la capacidad de las empresas, y en particular, de las pequeñas empresas, para absorber nuevas tecnologías y conocimientos, y por tanto, para innovar.

En términos de resultados de la innovación, si analizamos los datos en cuanto a las patentes registradas en los sectores de alta tecnología, los países europeos en 1998 sólo acumulan el 36% de las patentes registradas en ellos, y el 9% y el 3% de las patentes registradas respectivamente en los Estados Unidos y Japón. Sin embargo, de Estados Unidos y Japón proceden el 36% y el 22% de las patentes registradas en la *Oficina Europea de Patentes* en dichos sectores⁹. Además, la Unión Europea arrastra desde finales de los ochenta un importante déficit comercial en el comercio exterior de productos de alta tecnología¹⁰.

En lo que se refiere al sector de las telecomunicaciones, la Unión Europea también registra un balance comercial de signo negativo en cuanto a las tecnologías de la información y las comunicaciones. El gasto en tecnologías de la información por habitante es inferior al de Estados Unidos. Es decir, el grado de penetración de las tecnologías de la información en Europa es reducido. Además, la participación del sector en el empleo total es del 1,1% en 1996, frente al 5,6% en Estados Unidos¹¹.

Esta es una importante debilidad de Europa si se considera que el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones es un sector con un alto potencial innovador por sí mismo que además, afecta globalmente a la competitividad de todos y cada uno de los sectores productivos.

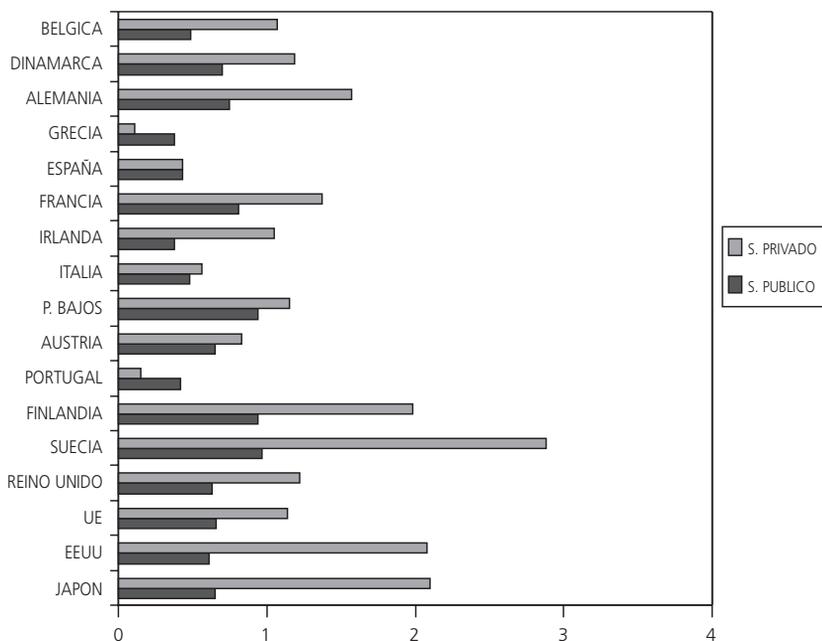
Por otra parte, si se considera el apoyo público a la investigación, que se muestra en el Gráfico 4, también en este sentido Europa se encuentra en inferioridad de condiciones respecto a sus competidores. Este hecho, unido a la menor participación del sector privado tanto en la financiación como en la ejecución de los gastos de investigación y desarrollo, determina el insuficiente volumen de recursos destinados en Europa a la I+D.

Por otra parte, a nivel europeo el principal instrumento de promoción de la investigación es el Programa Marco, que en términos financieros, sólo representa alrededor del 5,4% del total del esfuerzo público civil, por lo que aunque es un instrumento útil para promover la cooperación

⁹ Oficina Europea de Patentes.

¹⁰ CE (2000), p. 35

¹¹ ILZKOWITH, F. y MOGENSEN, U., «Tecnologías de la información y de las comunicaciones en Europa. Problemas y desafíos» en *Papeles de Economía Española* (1999), pp. 21-33.



Fuente: Tomado de CE (2000), p. 32.

Nota: Los gastos del sector público incluyen los gastos de los organismos públicos de investigación y del sector privado.

Gráfico 4

Distribución de los gastos de I+D entre el Sector Público y el Sector Privado

internacional, supone un apoyo bastante escaso para la mejora de la situación europea¹².

Sin embargo, es importante insistir en el hecho de que además de las cifras absolutas, existen otra serie de consideraciones de carácter más cualitativo, en relación a la coordinación de la investigación en Europa.

En Europa existe una importante falta de orientación de la investigación a las necesidades del mercado y del tejido productivo. En parte, esto se debe al predominio de la financiación pública en los gastos de I+D y a que una importante parte de estos gastos se realizan en centros públicos o laboratorios alejados del mercado, en los que predomina la investigación básica o de carácter precompetitivo. De hecho, una de las mayores

¹² CE (2000), p. 7.

dificultades de Europa radica en la transformación de su potencial científico en potencial innovador. El problema que plantea este tipo de investigación alejada del mercado, es su falta de adecuación a las necesidades de la industria y de las empresas. Teniendo en cuenta que la innovación implica directamente al mercado, difícilmente se derivarán nuevas oportunidades de innovación, de la investigación «pura» estrictamente, si ésta no contribuye a la mejora de la competitividad industrial.

Por otra parte, la complejidad del espacio europeo favorece la descoordinación y escasa integración de los sistemas nacionales de innovación. Existen multitud de solapamientos en cuanto a medidas de acción y niveles públicos de actuación. Esta falta de coordinación, unida al alejamiento del sistema científico e investigador del sistema productivo, señala la necesidad de reforzar la cooperación tanto a nivel empresarial como entre el ámbito científico, investigador e industrial para la búsqueda de sinergias y oportunidades de colaboración, capaces de acelerar los procesos de innovación.

Otro problema que afecta a la innovación en Europa es la falta de recursos financieros¹³. Por una parte, el mercado de capital riesgo se encuentra poco desarrollado en Europa a diferencia de Estados Unidos, donde la financiación a través de fórmulas de capital riesgo está muy generalizada. De hecho, en Estados Unidos esta fórmula existe desde los años cuarenta mientras que en Europa es muy reciente, surge apenas en los setenta. Además, en Estados Unidos una parte considerable del capital riesgo, se dirige precisamente a financiar la innovación. En Europa, el capital riesgo se ha dirigido a financiar operaciones de menor riesgo, con lo que se hace patente el menor espíritu emprendedor por parte de la cultura europea frente a la norteamericana.

En 1997, en Estados Unidos las inversiones de capital riesgo en la puesta en marcha de nuevas empresas representan el 30% del capital invertido. En Europa, a pesar de los últimos avances, la importancia relativa del capital riesgo alcanza tan sólo un 8%¹⁴.

Como complemento al capital riesgo, en Estados Unidos existe además un mercado de valores, el *NASDAQ* (*National Association of Securities Dealers Automated Quotation*), que permite cotizar a las nuevas empresas innovadoras y obtener financiación, que de otra manera no hubiesen podido captar en los mercados oficiales¹⁵.

¹³ PRADES, J., «La geografía de la innovación. Bases para un nuevo modelo de política tecnológica», en *Economía Industrial* (1998), p. 14.

¹⁴ PELLÓN, J., «Financiación de la innovación con capital riesgo» en *Papeles de Economía Española* (1999), p. 198.

¹⁵ De un modo similar al NASDAQ, se ha creado el pasado mes de abril en España, el *Nuevo Mercado* para la negociación de valores tecnológicos de alto riesgo.

Tampoco en Europa se han adoptado otras fórmulas alternativas al capital riesgo. Los grandes bancos comerciales han sido reticentes a implicarse en la financiación de la innovación¹⁶, si bien actualmente esta situación está cambiando debido a la necesidad de explorar nuevas oportunidades de negocio y a las alianzas estratégicas que se están produciendo para aprovechar las ventajas derivadas de la explotación de las nuevas tecnologías.

Como resultado de esta falta de mecanismos adecuados para facilitar la innovación, y de otros problemas como la escasa orientación del ahorro hacia el largo plazo, la falta de información, liquidez o transparencia de los mercados, las barreras culturales y administrativas, y la fragmentación de los mercados, se habla en Europa de la falta de una cultura favorable a innovación, al menos frente al espíritu empresarial de Estados Unidos¹⁷.

Si además se tiene en cuenta la debilidad financiera de las PYMES, que en Europa respresentan la mayor parte del tejido industrial, añadida a la no separación entre gestión y propiedad en el marco de la empresa, hay que señalar que estos dos factores han llevado a que en la práctica sean los socios capitalistas en vez de expertos concededores del mercado o las nuevas tecnologías, los que asumen el control de la empresa y por tanto, la responsabilidad en la gestión de la innovación.

Tampoco existe en Europa un sistema ágil y desarrollado de protección jurídica a la innovación. El entorno jurídico en Europa no favorece la innovación a diferencia de Estados Unidos, donde los plazos para la protección y explotación comercial de las innovaciones son más reducidos, el coste de los registros es menor y las formalidades administrativas más simples¹⁸.

Aunque no todas las innovaciones pueden ser patentadas, los datos de las escasas patentes europeas¹⁹, también demostrarían que esta apatía puede responder a otros factores como falta de atención, insuficiente protección, coste y duración de las acciones legales de protección.

Ahora bien, si es cierto que la situación en Europa es difícil en cuanto a recursos destinados a la I+D, problemas de financiación y falta de orientación de la investigación, la situación es aún más delicada en lo que se refiere a los recursos humanos.

¹⁶ El protagonismo del sistema bancario japonés en la financiación y el desarrollo tecnológico de Japón ha sido uno de los factores claves que han facilitado la capacidad innovadora del sistema y que han contribuido a su integración y coherencia interna. Urizar, I. (1996), p. 169.

¹⁷ En Europa se detecta una escasa iniciativa por parte de los inversores individuales a invertir en empresas que no coticen en Bolsa. En Estados Unidos estas inversiones representan la mitad de la inversiones de arranque de empresas jóvenes de alta tecnología. CE(1995), p. 44.

¹⁸ CE (1995), p. 48.

¹⁹ CE (2000), p. 34.

El potencial humano constituye la principal fuente de generación, asimilación, transferencia y difusión de los conocimientos en una economía o en una sociedad. Sin embargo, teniendo en cuenta la importancia estratégica para la innovación del sector de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, se ha detectado una falta de conocimientos especializados, y en general, en el sector de alta tecnología hay una falta de experiencia en la gestión de la innovación, aparte del escaso porcentaje del empleo que concentra este sector²⁰, que podría explicarse por la debilidad del potencial humano.

Los recursos humanos se encuentran poco adaptados a las necesidades de innovación por la complejidad de las nuevas tecnologías, la necesidad de especialización y el carácter pluridisciplinar de la innovación.

La educación técnica es insuficiente. Existe poca formación sobre los cambios actuales tanto en los métodos de producción de las empresas como en los cambios de la demanda o en materia de mejora de la calidad²¹. Por otra parte, en un marco en el que el establecimiento de redes de cooperación es imprescindible para poner en marcha programas de estímulo a la innovación, hay pocas competencias en materia de relaciones, comunicación y trabajo en equipo. Esto sucede no sólo en instituciones de educación sino también en las empresas a nivel interno²².

La falta de movilidad del personal, especialmente entre investigadores y empresas, dificulta la búsqueda y el encuentro de nuevas oportunidades de innovación. Este sería uno de los factores claves sobre los que ha tratado y continúa tratando de incidir la política tecnológica europea y de los Estados miembros.

4. ORIENTACIONES PARA UNA POLÍTICA TECNOLÓGICA DE INNOVACIÓN EN EUROPA

El artículo pretende ofrecer un enfoque positivo de acción, de manera que a partir del análisis del sistema europeo de innovación, teniendo en cuenta sus debilidades y las oportunidades que ofrece en términos de innovación, se proponen una serie de orientaciones para la práctica y el diseño de futuras líneas de acción en materia de innovación y desarrollo tecnológico en Europa.

²⁰ De acuerdo con los datos del Eustat, en 1995 el empleo en Europa en el sector de alta tecnología era de un 7,2% del empleo total.

²¹ PRADES, J., «La geografía de la innovación. Bases para un nuevo modelo de política tecnológica», en *Economía Industrial* (1998), p. 14.

²² CE (1995), p. 39.

Estas consideraciones u orientaciones giran en torno a una serie de aspectos más generales: la necesidad de promover el desarrollo de una cultura de innovación, reforzar la situación de la investigación, favorecer la transferencia y difusión de la tecnología, facilitar el desarrollo del potencial que ofrecen los recursos humanos y mejorar la asistencia a las pequeñas y medianas empresas.

4.1. La cultura de innovación

Uno de los aspectos que se ha hecho patente a lo largo del artículo es la falta de una cultura innovadora en Europa, capaz de estimular el espíritu emprendedor y la puesta en marcha de nuevas empresas, como principal vehículo de transferencia y difusión de la tecnología en el tejido industrial.

En este sentido, aparte del reforzamiento de medidas clave en relación con la financiación de la innovación, el apoyo a las PYMEs o el establecimiento de redes de cooperación transeuropeas, previamente, es necesario el desarrollo de una serie de competencias de carácter estratégico y organizativo.

Estas competencias se refieren sobre todo, a la necesidad de coordinación de los diferentes niveles de actuación en Europa en materia de ejecución o diseño de las políticas tecnológicas y de innovación. Se trata de promover una mayor comunicación y participación a nivel de países, regiones, empresas o instituciones, a la hora de definir prioridades y seleccionar líneas de actuación. Paralelamente, el establecimiento de mecanismos de evaluación y seguimiento de las medidas desarrolladas y de las políticas públicas de actuación implementadas permite enriquecer de manera continua, a partir del aprendizaje, la experiencia y la práctica, el diseño de futuras líneas de actuación.

La definición selectiva de prioridades, asimismo, ha de tener en cuenta el horizonte temporal y el ámbito de actuación de cada agente que participa en la innovación. Así deberá promover una mayor agilidad en el ámbito científico, investigador y político y una mayor visión a largo plazo por parte de las empresas y el sector industrial.

La anticipación de las tendencias del mercado junto con la puesta en marcha de estudios de prospectiva para el análisis del avance de las nuevas tecnologías cobra una importancia clave en un entorno tan cambiante y dinámico como es el de la innovación y el cambio tecnológico.

Por otra parte, considerando además, el carácter interactivo y multidisciplinar de la innovación, el desarrollo de competencias organizativas es otro aspecto clave de las políticas de innovación tecnológica. Estas

competencias se refieren principalmente, a la capacidad de liderazgo y de integración por parte de los agentes innovadores, que tienen que ser capaces de promover la creación de redes de cooperación y de dinamizar las relaciones institucionales y empresariales, que trascienden a menudo la dimensión local.

El establecimiento y animación de redes de cooperación de carácter científico, tecnológico e industrial es un aspecto determinante para la innovación si se tiene en cuenta que las redes constituyen valiosos mecanismos de intercambio de información y buenas prácticas, de comunicación, de aprendizaje, y de transferencia de los conocimientos acumulados a lo largo de la experiencia.

4.2. La investigación

La investigación representa uno de los principales mecanismos de generación de nuevas oportunidades de innovación y por tanto, de mercado. En esta línea, algunas de las actuaciones que podrían reforzarse se dirigen a fomentar la agrupación de empresas para la realización de programas de investigación conjuntos, los contratos de investigación entre centros públicos, universidades y empresas y otros programas de investigación cooperativa a gran escala, para el desarrollo de la investigación básica, pero siempre contando con la participación de las empresas.

Se debe rechazar un enfoque lineal de la innovación. La innovación debe entenderse como el resultado de la interacción entre múltiples agentes procedentes de distintos ámbitos, científico, académico o industrial que logran llevar con éxito al mercado una nueva idea o una mejora aplicada, tanto a la producción como a la gestión.

Por tanto, sin la existencia de un sistema científico e investigador de calidad es difícil el avance de un sistema de innovación. La política científica debe avanzar hacia el reforzamiento de las infraestructuras científicas y de investigación y sobre todo, hacia el acceso y utilización por parte de las pequeñas y medianas empresas de estos mecanismos.

De esta manera, se facilitaría no sólo la puesta en marcha de nuevas iniciativas empresariales o «spin-offs» para la comercialización de los resultados de la investigación, sino también el desarrollo de actividades de investigación de carácter más aplicado dentro de las propias empresas, orientadas al desarrollo específico de una idea o proyecto.

Es decir, el objetivo de la política científica debe ser su integración dentro del marco de las necesidades del sistema tecnológico y productivo. Es preciso adecuar la oferta investigadora a las necesidades tecnológicas y del mercado si se trata de favorecer la innovación. Para ello, la

comunicación entre los sistemas ciencia, tecnología e industria constituye un elemento necesario que se canaliza a través de la cooperación y el establecimiento de vínculos o redes para el intercambio de información y conocimientos, con los centros de investigación, empresas e instituciones públicas, localizados en diferentes regiones o países.

Se propone así, como nuevo enfoque para la política científica, la intensificación de la cooperación y la mayor eficacia de la investigación en términos de su orientación hacia la innovación.

La política científica debe ser coherente con la política tecnológica e industrial, de ahí la importancia de promover la transferencia y difusión de la tecnología en el marco más amplio de una estrategia de innovación, como mecanismos puente de intercambio de resultados de la investigación y experiencias entre el ámbito científico, tecnológico y empresarial.

4.3. La transferencia y difusión de la tecnología

Uno de los principales problemas, en Europa, en relación con la innovación ha sido precisamente la falta de aprovechamiento en términos de oportunidades comerciales de los resultados de la investigación. Se trata por tanto, de acercar la política científica a la política de innovación y tecnológica, y de transferir el potencial científico en potencial innovador.

En este sentido, habría que profundizar en el desarrollo de mecanismos de interfaz entre las universidades y centros de investigación y la industria, para promover una mayor comunicación e interacción que faciliten la transferencia de tecnología y su difusión. A estos mecanismos habría que añadir otras acciones de estímulo a la creación de empresas por parte de investigadores e ingenieros.

La creación de nuevas empresas supone un importante vehículo para la transferencia y difusión de los conocimientos en la industria y la sociedad. Implica además, una mayor coherencia entre la investigación y la formación, a partir de la anticipación de las necesidades del sector productivo.

Si a esto se añade la mayor participación de las universidades y centros públicos de investigación en la innovación, ya sea en forma de contratos de asistencia técnica o de investigación cooperativa con la industria, en forma de participación en empresas o proyectos innovadores, o en forma de «spin-off» o creación de nuevas empresas para la explotación del potencial científico e investigador, el resultado es una mayor articulación y coherencia del sistema de innovación en su conjunto.

Por otra parte, las acciones de movilidad entre investigadores y empresas favorecen el intercambio de experiencias y la comunicación entre dos ámbitos tan dispares como son el ámbito de la investigación y el del

mercado. Este tipo de actuaciones contribuiría a un mayor acercamiento de los sistemas científico e industrial y a un mejor entendimiento por ambas partes de los objetivos y modos de actuación de cada uno de ellos. En consecuencia, se abrirían nuevas oportunidades de cooperación.

El reconocimiento de la imposibilidad de dominar todos los ámbitos de actuación, teniendo en cuenta la creciente complejidad de las tecnologías y los múltiples agentes que intervienen en la innovación, lleva a la necesidad de contar en todo momento con expertos, capaces de asistir y solucionar los problemas que puede plantear el desarrollo de un nuevo proyecto. Esto, cada vez tiene una mayor importancia, si se considera que el factor tiempo supone una importante ventaja al introducir una innovación en el mercado y que gran parte de los conocimientos incorporados en la innovación no se pueden codificar y por tanto, transferir de una manera inmediata. Sólo se adquieren a través de la experiencia, la práctica y el aprendizaje.

Desde este punto de vista, un mecanismo útil para facilitar la transferencia de conocimientos es el desarrollo de redes telemáticas. Las redes telemáticas constituyen un importante canal para facilitar la cooperación entre múltiples agentes procedentes del ámbito científico e investigador y del ámbito empresarial, y para fomentar la participación de los consumidores, usuarios y trabajadores en los procesos de innovación.

Estas redes, que pueden y deben tener un carácter transnacional, suponen además, vías de encuentro con otros agentes de carácter internacional, potenciales socios en proyectos innovadores futuros. Por otra parte, estos instrumentos podrían contribuir a una mayor penetración de las tecnologías de la información y la comunicación en Europa.

Una aplicación muy concreta del desarrollo de las redes telemáticas sería la de facilitar información a escala europea sobre las acciones de innovación existentes, mediante el desarrollo y la creación de un servicio electrónico de información al estilo de *CORDIS (Servicio de Información sobre Investigación y Desarrollo Tecnológico Comunitarios)*, que realiza actividades de información y comunicación sobre los programas marco europeos. Sería importante que este tipo de servicio no sólo informase, sino que orientase y adaptase la información a las necesidades de las empresas, sectores concretos y grupos específicos de usuarios. Se lograría así, no sólo informar sino realizar una labor de apoyo y asesoramiento, de especial interés para las pequeñas empresas, que permitiría aumentar la participación del sector privado a nivel europeo, en programas de investigación y proyectos innovadores.

En todo caso, la sensibilización de la sociedad con la necesidad de aceptar y asimilar el impacto del cambio tecnológico, y la utilización y difusión de las nuevas tecnologías pasa actualmente por el desarrollo de

los recursos humanos, que en definitiva, son los poseedores de los conocimientos y la experiencia necesaria para poner en marcha y gestionar proyectos innovadores.

4.4. El potencial humano

Los recursos humanos constituyen un enorme potencial de innovación. Lo que es más, constituyen la base de la cultura de innovación y del espíritu emprendedor. Sin embargo, tanto a nivel de investigación, como de producción y gestión, el cambio tecnológico señala la necesidad de reforzar los procesos de formación, el aprendizaje continuo y la especialización de los recursos humanos.

La educación y la formación continua permiten la adquisición de las competencias necesarias para el desarrollo de los proyectos innovadores. Esto significa que la educación y la formación no sólo tienen lugar en las instituciones educativas, sino que en las propias empresas, a nivel interno es necesario promover la adaptación de las cualificaciones a las necesidades del entorno.

Las actividades formativas deben dirigirse no sólo a la adquisición de competencias técnicas, sino también a la adquisición de nuevas competencias en materia de gestión de la innovación que primen la capacidad de trabajar en equipo y la creatividad, sobre el interés de establecer estructuras jerárquicas que inhiban el espíritu emprendedor.

Por otra parte, la formación, junto con la movilidad de los investigadores, estudiantes, ingenieros o científicos constituye también un mecanismo de transferencia de tecnología y de intercambio de conocimientos. De ahí la importancia del desarrollo de redes o mecanismos de interfaz entre la industria y las universidades o centros de investigación. Estos mecanismos posibilitan a las empresas, acceder a conocimientos y recursos técnicamente muy especializados y conocer los resultados de la investigación, y por su parte, a los investigadores, adoptar una actitud más emprendedora que les lleve a arriesgarse en el desarrollo de nuevos proyectos empresariales, ya que precisamente uno de los objetivos fundamentales de la política de investigación de la Unión Europea es favorecer la utilización y difusión de los resultados de la investigación, a partir de su mayor adecuación a las necesidades del mercado.

En todo caso, el desarrollo de los recursos humanos pasa en definitiva, por la mejora de la calidad de los sistemas de enseñanza y de educación, sus posibilidades de adaptación en términos de creación de nuevos perfiles profesionales, sus capacidades de interacción con el sistema productivo; y la utilización de nuevas herramientas derivadas de las tecnolo-

gías de la información y comunicación en los procesos de formación y aprendizaje.

El impacto de las tecnologías de la información en la sociedad actual señala la necesidad de lograr una mejor utilización de las mismas como mecanismo de producción, difusión e intercambio de nuevos conocimientos.

4.5. Las pequeñas y medianas empresas

Las pequeñas y medianas empresas o PYMEs merecen especial atención dentro de la política de apoyo a la innovación y el desarrollo tecnológico, no sólo por sus debilidades en términos financieros, de acceso a infraestructuras científicas, o a conocimientos técnicos especializados, sino porque al mismo tiempo, representan un tejido industrial diverso, conocedor del mercado y próximo al cliente. Disponen de estructuras más ligeras, capaces de adaptarse más rápidamente a un entorno muy cambiante.

Sin embargo, es preciso reforzar esta ventaja facilitando la penetración de las tecnologías de la información en las PYMEs europeas. El fomento de la inversión en infraestructuras y equipamiento relacionado con las tecnologías de la información permitiría no sólo mayores posibilidades de automatización y por lo tanto, ahorro de costes y de tiempo, sino que además, estas tecnologías ofrecen un gran potencial en lo que se refiere a las posibilidades de comercialización de los productos y de enriquecimiento de los procesos de gestión y toma de decisiones.

Entre otras posibilidades, las tecnologías de la información ofrecerían también la de colaborar con otras PYMEs o grandes empresas, a través de la construcción de redes transeuropeas de información y comunicación. Esta vía permitiría el acceso rápido a tecnologías, conocimientos y prácticas desarrolladas en otras empresas, incluso a escala internacional, que podrían adaptarse de manera creativa a las necesidades de cada PYME mejorando así su capacidad de asimilación del cambio técnico y sus posibilidades de innovación.

En este sentido, por tanto, las redes de cooperación construidas en base a las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, contribuyen a paliar una de las grandes debilidades del sistema europeo de innovación, y en concreto, de sus empresas, la transferencia de tecnología.

Contribuir a la transferencia de tecnología implicaría mejorar también las posibilidades de explotación de los resultados de la investigación. Para ello, es preciso además, atender específicamente a las PYMEs en términos de creación de nuevas empresas o puesta en marcha de nuevos proyectos.

Aunque esto se refiere fundamentalmente a la asistencia técnica y a una permanente comunicación con el ámbito investigador y con el mercado, significa además, por una parte, que es necesario el desarrollo de nuevos mecanismos de financiación de la innovación para facilitar el acceso de las pequeñas empresas a la innovación en condiciones más favorables. Y por otra parte, es preciso establecer un entorno más adecuado para la promoción de la propiedad intelectual e industrial, capaz de estimular la utilización de los resultados de la investigación.

El sistema de propiedad intelectual e industrial debe ser un sistema eficaz y a un coste razonable. Deberá ir acompañado por acciones de sensibilización dirigidas a las empresas. El intercambio de experiencias entre las oficinas nacionales de patentes contribuiría a mejorar sus actuaciones y a difundir de una manera más adecuada el concepto de patente entre las pequeñas empresas.

Asimismo, el intercambio de «buenas prácticas» entre el sector privado y el sector público, y entre los inversores e innovadores, a escala europea, en relación con la inversión en proyectos innovadores, también facilitaría una mejor difusión en la sociedad de la necesidad de intensificar el apoyo financiero y de carácter fiscal a la innovación.

En lo que se refiere al capital-riesgo, no cabe duda que la unión monetaria contribuirá a una mayor transparencia y menor fragmentación de los mercados pero en todo caso, al tener en cuenta la innovación, los inversores deberán considerar que éste es siempre un proceso nuevo, en el que los agentes participantes se encuentran en continuo aprendizaje, y por tanto, hay que admitir la posibilidad de equivocarse y contribuir a la innovación, facilitando mejores condiciones de financiación que den una oportunidad a las empresas y les animen a poner en marcha proyectos arriesgados, pero con gran potencial para la mejora de la competitividad si cuentan con el apoyo suficiente.

5. CONCLUSIONES

Los sucesivos cambios que se han venido produciendo a nivel mundial en los sistemas de organización de la producción han señalado la necesidad de búsqueda de nuevas ventajas competitivas. La innovación, surge en este contexto, como el principal activo de los países más avanzados para competir en el mercado global.

La innovación es necesaria para mejorar la productividad, introducir nuevos productos y generar empleo. Dado su valor estratégico, los gobiernos de los países avanzados han asumido un papel activo e impulsor de la innovación tecnológica.

En Europa, además de las iniciativas concretas de los países miembros, se está produciendo un esfuerzo común para reunir fuerzas y fortalecerse como bloque, frente a los principales competidores internacionales: Estados Unidos y Japón. Se trata de desarrollar una estrategia capaz de lograr un mayor grado de integración, coordinación y cooperación entre las políticas individuales y las actuaciones específicas de los distintos agentes participantes en los procesos de innovación.

Las principales actuaciones de la política tecnológica se dirigen hacia la explotación comercial de las oportunidades tecnológicas y tratan de ofrecer apoyo para el desarrollo de tecnología aplicable a la industria, lo que implica conectar los sistemas ciencia, tecnología e industria, favoreciendo al mismo tiempo una infraestructura tecnológica que posibilite la transferencia de tecnología y la comercialización de los resultados de la investigación.

Europa ha entendido que el vínculo entre innovación, crecimiento y empleo es cada vez más estrecho, y que sólo el conocimiento es hoy en día el principal factor de generación de nuevas ventajas competitivas. Por ello, se ha puesto a trabajar y a movilizar todos sus recursos en favor de la investigación, el cambio tecnológico, el desarrollo de los recursos humanos y la creación de empresas. Por delante tiene un gran camino que recorrer y grandes retos que conseguir.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CE (1995) «Libro Verde de la Innovación», Bruselas.
- CE (1998) «The competitiveness of European Enterprises in the face of globalisation. How it can be encouraged», Bruselas.
- CE (1999) «Actividades de Investigación y Desarrollo Tecnológico en la Unión Europea», Informe Anual, Bruselas.
- CE (1999) «Economie Européenne», Informe Anual, Bruselas.
- CE (2000) «Hacia un espacio europeo de investigación», Comunicación, Bruselas.
- Economía Industrial (1998) «Empresa y Cambio Tecnológico», n.º 319, Ministerio de Industria y Energía, Madrid.
- Eurostat (1999) «Enquête communautaire sur l'innovation 1997/1998», mayo 1999, Luxemburgo.
- MORRIS-SUZUKI, T. (1994) «The technological transformation of Japan. From the seventeenth to the twenty-first century», Cambridge University Press, Cambridge.
- Papeles de Economía Española (1999) «Cambio Técnico», n.º 81, FIES, Madrid.
- URIZAR ELCANO, I. (1996) «Análisis Comparativo de Alternativas de Desarrollo Tecnológico: Estados Unidos, Japón y Europa», Tesis Doctoral, UPV.

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

por Carlos Gimeno Verdejo¹

Administrador de la Comisión Europea-DG Mercado Interior

y por María Isabel Rofes i Pujol²

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

La sentencia Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali³: aplicación del Derecho de la Competencia a Colegios profesionales

En esta sentencia el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas confirma que la fijación por los Colegios profesionales de las tarifas aplicadas a la profesión de que se trate puede ser contraria al Derecho comunitario de la Competencia cuando las condiciones de aplicación de los artículos 85 y 86 (actualmente 81 y 82) del Tratado aparecen reunidas.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 81 del Tratado prohíbe, bajo sanción de nulidad, todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del

¹ Las opiniones expresadas por el autor son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

² Las opiniones expresadas por la autora son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

³ Sentencia de 30 de marzo del 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali / Comisión (T-513/93).

mercado común, aunque establece la posibilidad de conceder exoneraciones en determinadas circunstancias. El artículo 82, por su parte, prohíbe, en la medida en que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo⁴.

La sentencia tiene por objeto un recurso de anulación de la decisión 93/438/CEE⁵, en la que la Comisión concluía que la tarifa para las prestaciones profesionales de los agentes de aduana italianos, adoptada por el *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. La Comisión había llegado a esta conclusión tras señalar que:

- los agentes de aduanas son empresas que ejercen una actividad económica,
- el *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali* es una asociación de empresas cuyas decisiones tienen por objetivo la regulación de la actividad económica de sus miembros,
- el establecimiento de una tarifa mínima y máxima fija, para la que no se pueden establecer excepciones individuales, para cada prestación profesional de los agentes de aduanas, y el establecimiento de modalidades obligatorias de facturación de dicha tarifa, tales como la facturación individual, constituyen restricciones de la competencia, y
- la tarifa establecida puede afectar el comercio entre los Estados miembros en la medida en que esta tarifa establece precisamente el precio de todas las operaciones aduaneras, relativas a las importaciones en Italia y a las exportaciones de Italia.

El único motivo invocado en el recurso, consistente en la infracción del artículo 85 del Tratado por parte de la Comisión, puede dividirse según el Tribunal de Primera Instancia en tres partes: 1) la calificación de los agentes de aduanas como empresas y del *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali* como asociación de empresas, 2) la calificación de las decisiones de dicho *Consiglio* como decisiones de asociaciones de empresas y el carácter restrictivo de la competencia de la tarifa controvertida, y 3) la afectación del comercio intracomunitario por la tarifa en cuestión.

⁴ Un comentario detallado de estas disposiciones puede encontrarse en LÉGER, P.: *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, pp. 682 y s.

⁵ DOCE L 203, p. 27.

Mientras el Tribunal de Primera Instancia conocía de este recurso, la Comisión interpuso por su parte un recurso ante el Tribunal de Justicia con objeto de que se declarase que la República italiana había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 5 y 85 del tratado CE (actualmente 10 CE y 81 CE) al aprobar y mantener en vigor una nueva Ley que obligaba al referido *Consiglio*, mediante la atribución de la correspondiente facultad decisoria, a adoptar una decisión de asociación de empresas contraria al artículo 85 del Tratado CE consistente en fijar una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas. A la vista de la relación entre ambos recursos, el Tribunal de Primera Instancia decidió suspender el procedimiento hasta que recayese sentencia del Tribunal de Justicia en el recurso por incumplimiento.

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en este último procedimiento declaró el incumplimiento reprochado por la Comisión a la República italiana⁶. En ella, el Tribunal de Justicia dejó zanjadas muchas de las cuestiones planteadas por el recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia.

En primer lugar, indicó que la actividad de agente de aduanas está incluida en el concepto de empresa a efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia, dado que, en el contexto del Derecho de la competencia, este concepto comprende, independientemente de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, en particular, la consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. El Tribunal de Justicia precisaba al respecto que la circunstancia de que la actividad de agente de aduanas sea intelectual, precise de autorización y pueda realizarse sin que se dé la conjunción de elementos materiales, inmateriales y humanos no permite excluir tal actividad del ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, puesto que esta actividad tiene un carácter económico. En efecto, el agente de aduanas ofrece, mediante retribución, servicios consistentes en efectuar las formalidades aduaneras, relativas, sobre todo, a la importación, exportación y tránsito de mercancías, así como otros servicios complementarios, como servicios propios del ámbito monetario, comercial y fiscal, asume los riesgos financieros vinculados al ejercicio de esta actividad y, en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, debe soportar por sí mismo los déficits.

A continuación añadió que, cuando fija una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas, la organización profesional que reagrupa a los representantes de la profesión se comporta como una asociación de

⁶ Sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión / Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851).

empresas, en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, puesto que, en virtud del Derecho nacional, estos representantes no pueden calificarse de expertos independientes y no están obligados por imperativo legal a fijar las tarifas tomando en consideración, no sólo los intereses de la empresas o asociaciones de empresas del sector que los ha designado, sino también el interés general y los intereses de las empresas de los demás sectores o de los usuarios de los servicios de que se trata. A este respecto, el hecho de que la citada organización profesional tenga un estatuto de Derecho público no impide la aplicación del artículo 85 del Tratado, que, según su propio tenor literal, se aplica a los acuerdos entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas. El marco jurídico en el que se celebran tales acuerdos y se toman tales decisiones, así como la calificación jurídica que este marco recibe en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, no inciden en la aplicabilidad de las normas comunitarias en materia de competencia y, en particular, del artículo 85 del Tratado.

En tercer lugar, señaló el Tribunal de Justicia que las decisiones por las que un organismo profesional fija una tarifa uniforme y obligatoria para todos los agentes de aduanas restringen la competencia en el sentido del artículo 85 del Tratado, puesto que la tarifa fija directamente los precios de los servicios de los operadores económicos; prevé, para cada tipo de operaciones, los precios máximos y mínimos que pueden exigirse a los clientes; contiene una graduación escalonada en función del valor o del peso de la mercancía que debe despacharse de aduana o del tipo específico de mercancía, e incluso del tipo de servicio profesional, y es imperativa, de manera que un agente de aduanas no puede apartarse de ella por iniciativa propia.

Por último, estimó que estas decisiones pueden afectar a los intercambios intracomunitarios, puesto que la tarifa, al extenderse a todo el territorio de un Estado miembro, tiene por efecto, por su propia naturaleza, consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado. Esta incidencia es tanto más marcada cuanto que diversos tipos de operaciones de importación o de exportación de mercancías dentro de la Comunidad, así como diversos tipos de operaciones efectuadas entre operadores comunitarios, exigen el cumplimiento de las formalidades aduaneras y pueden, por consiguiente, hacer necesaria la intervención de un agente de aduanas independiente inscrito en el Registro.

En cuanto al procedimiento por incumplimiento propiamente dicho, el Tribunal de Justicia afirmaba en su sentencia que si bien es cierto que, considerado en sí mismo, el artículo 85 del Tratado se refiere únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamenta-

rias adoptadas por los Estados miembros, también es cierto que este artículo, analizado en relación con el artículo 5 del Tratado, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan eliminar el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal sería el caso, en particular, si un Estado miembro impusiera o favoreciera prácticas colusorias contrarias al artículo 85, reforzara sus efectos o prescindiera de dar carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica. Un Estado miembro incumple, pues, las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 5 y 85 del Tratado al aprobar y al mantener en vigor una Ley que obliga a una organización profesional, mediante la atribución de la correspondiente facultad decisoria, a adoptar una decisión de asociación de empresas contraria al artículo 85 del Tratado consistente en fijar una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas.

Al poder utilizar la sentencia del Tribunal de Justicia en el recurso por incumplimiento como precedente, la resolución del recurso de anulación se tornó fácil para el Tribunal de Primera Instancia. De ello da muestra la relativa concisión de su sentencia respecto de otras sentencias de fondo en materia de Derecho de la Competencia.

El Tribunal de Primera Instancia retoma así los fundamentos de derecho de la sentencia del Tribunal de Justicia para desestimar la cuasitotalidad de argumentos del recurrente. Y la cuestión, no específicamente resuelta por dicha sentencia, de si, a falta de comportamiento autónomo por parte del *Consiglio* y de sus miembros, la tarifa controvertida constituye o no una decisión de asociación de empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado CE, la responde por la afirmativa.

Para ello, recuerda que las disposiciones del Tratado en materia de competencia sólo se refieren a los comportamientos contrarios a las normas sobre la competencia que hayan sido adoptadas por las empresas por iniciativa propia. Y precisa a continuación que dichas reglas no se aplican si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que elimina por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas⁷, pero sí pueden aplicarse si, por el contrario, la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede

⁷ Véanse las sentencias de 20 de marzo de 1985, Italia / Comisión (41/83, Rec. p. 873), de 19 de marzo de 1991, Francia / Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223), de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941) y de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia / Ladbroke Racing (C-359/95-P y C-379/95-P, Rec. p. I-6265).

ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas⁸. La cuestión reside pues, según el Tribunal de Primera Instancia, en saber si los efectos restrictivos de la competencia tienen su origen solamente en la ley nacional o, al menos en parte, en el comportamiento de las empresas. En el caso de autos, el Tribunal concluirá que el marco jurídico aplicable no eliminaba cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte del *Consiglio*, puesto que aunque la ley nacional le imponía la adopción de una tarifa, ni la ley ni sus disposiciones de desarrollo prevenían determinados niveles o techos de precios a tener en cuenta a la hora de establecer la tarifa ni definían los criterios sobre cuya base deba elaborarse la tarifa. Asimismo, ni la ley ni sus disposiciones de desarrollo pretendían imponer a los agentes de aduanas modalidades particulares de facturación de los servicios prestados a sus clientes.

En estas sentencias, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, tienen el mérito de seguir aplicando una vez más un concepto objetivo y comunitario de empresa, ligado al ejercicio de actividades económicas y que hace abstracción de otras consideraciones, en virtud de las cuales lo que es empresa en un país pueda no serlo en otro. Al respecto, cabe observar que mientras los agentes de aduanas constituyen una profesión liberal en ciertos Estados miembros (Italia, Portugal y Grecia), en otros la misma actividad es ejercida por profesionales o comerciantes consagrados a una multitud de actividades. Por lo que respecta a España, los agentes y comisionistas de aduanas han tenido el estatuto de colaboradores y de auxiliares de la administración pública y, como tales, han dependido del Ministerio de Hacienda⁹.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia deja bien claro por otra parte que la fijación de tarifas para determinadas actividades sólo es objeto del Derecho comunitario de la Competencia cuando es producto, aunque sólo en parte, de colegios profesionales que puedan ser considerados como empresas. En cambio, si la tarifa es fijada directamente por los poderes públicos y los Colegios en cuestión no tienen ninguna potestad decisoria, los artículos 81 y 82 CE no se aplicarían¹⁰. En tal caso, po-

⁸ Véanse las sentencias de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros / Comisión (209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125), Comisión y Francia / Ladbroke Racing, antes citada, y de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar / Comisión (T-228/97).

⁹ Véanse los artículos 1 y 7 del Decreto de 21 de mayo de 1943, Texto regulador de los Agentes y Comisionistas de Aduanas (BOE de 10 de junio de 1943).

¹⁰ En España, por ejemplo, tratándose de las tarifas de los agentes y comisionistas de aduanas, se estaría ante un caso de no aplicación de las normas de competencia, puesto que el Colegio de Agentes y Comisionistas de Aduanas no disponía de poderes para determinar las tarifas aplicables a las prestaciones de sus miembros; dicho poder correspondía al Ministerio de Hacienda, que fijaba tarifas máximas (artículo 4 del Decreto n.º 2721, de 20 de septiembre

drían aplicarse no obstante otras normas del Tratado, como el artículo 28 CE, que prohíbe las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a las importaciones. En efecto, el Tribunal de Justicia ha juzgado repetidas veces que el nivel al que los Estados fijan los precios de determinados productos puede constituir una medida prohibida por dicha disposición, cuando dicho nivel opere una discriminación entre los productos nacionales e importados o cuando impida la importación de los productos con un margen de beneficio razonable¹¹.

Por lo que se refiere a la afectación del comercio intracomunitario en el caso de autos, ambos Tribunales tuvieron fácil determinar que dicha condición de aplicación de la normativa comunitaria de competencia se satisfacía por la propia naturaleza de la actividad de los agentes de aduanas. Cabe señalar no obstante que esta condición puede cumplirse con respecto a las actividades económicas de sectores profesionales diversos, puesto que la jurisprudencia comunitaria ha definido siempre en modo extensivo esta condición, señalando que para ser susceptible de afectar el comercio entre Estados miembros una entente debe, sobre la base de elementos objetivos de hecho o de derecho, permitir considerar con un grado de probabilidad suficiente que pueda ejercer una influencia, directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros¹².

Las dos ramas del órgano jurisdiccional de Luxemburgo convalidan así el análisis de la Comisión con respecto a la fijación de tarifas profesionales. También se hacen eco de la tendencia de diversos ordenamientos jurídicos nacionales a aplicar la normativa de competencia estatal a los Colegios profesionales, ya sea por previsión expresa de la ley o por vía jurisprudencial. Esta tendencia también se ha manifestado en España, donde toda una serie de decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia han puesto de relieve que el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia cubre a los Colegios profesionales¹³. No obstante, en la medida en que el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989¹⁴ disponía que la interdicción de ententes no se aplicaba a los

de 1965, sobre ejercicio de las funciones de Agentes y Comisionistas de Aduanas (*BOE* de 23 de septiembre de 1965).

¹¹ Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 1983, Roussel (181/82, Rec. p. 3849) y de 19 de marzo de 1991, Comisión / Bélgica (C-249/88, Rec. p. I-1275).

¹² Véanse las sentencias de 30 de junio de 1966, Société Technique Minière (56/65, Rec. p. 337) y de 15 de diciembre de 1994, Gottrup-Klim (C-250/92, Rec. p. I-5641).

¹³ Resoluciones de 10 de octubre, de 16 de octubre y de 12 de noviembre de 1990 (Resoluciones del TDC, 1986-1990, tomo II, n.º 403, n.º 406 y n.º 411), de 23 de noviembre de 1993, de 12 de diciembre de 1994 y de 28 de junio de 1995.

¹⁴ Ley 16/1989, de 17 de julio (*BOE* n.º 170, de 18 de julio de 1989).

acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas resultantes de la aplicación de una ley o de un reglamento de ejecución de una ley, la fijación de tarifas por los Colegios escapó a la interdicción mientras se mantuvo en vigor el artículo 5, letra ñ), de la Ley de Colegios Profesionales¹⁵, en virtud del cual correspondía a los Colegios los honorarios mínimos cuando éstos no sean exigibles en forma de derechos de aduanas, tarifas administrativas o cánones, y dio lugar a interesantes debates doctrinales sobre los conflictos entre ambas normas, sobre la constitucionalidad de la segunda y sobre la necesidad de remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia¹⁶.

(CGV)

Las sentencias Lancaster Group¹⁷ y TK-Heimdienst Sass¹⁸: precisiones y aclaraciones a la jurisprudencia en materia de libre circulación de mercancías

El 13 de enero del 2000, el Tribunal de Justicia ha dictado dos sentencias en sede prejudicial que contribuyen a precisar y a clarificar la jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 28 CE. Esta jurisprudencia, recuérdese, viene jalonada por tres sentencias fundamentales:

- la sentencia «Dassonville»¹⁹, donde las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación quedaron definidas como toda reglamentación comercial susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros;
- la sentencia conocida como «Cassis de Dijon»²⁰, origen del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de las mercancías, en la que se admite que medidas indistintamente aplicables a productos nacionales e importados puedan obstaculizar el comercio y ser contrarias al artículo 28 CE a menos que puedan ser justificadas

¹⁵ Ley 2/1974, de 13 de febrero (BOE n.º 40, de 15 de febrero de 1974), modificada por Ley n.º 74/1978, de 26 de diciembre (BOE n.º 10, de 11 de enero de 1979).

¹⁶ Véanse IBÁÑEZ GARCÍA, I.: *Defensa de la Competencia y Colegios Profesionales*, Dykinson, 1995, y VICENT CHULIÀ, F.: «La fijación de tarifas de honorarios por los Colegios Profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia», *Revista General de Derecho*, 1991, pp. 1535 y s.

¹⁷ Sentencia de 13 de enero del 2000, Lancaster Group (C-220/98).

¹⁸ Sentencia de 13 de enero del 2000, TK-Heimdienst Sass (C-254/98).

¹⁹ Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837).

²⁰ Sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe Central (120/78, Rec. p. 649).

- por un objetivo de interés general que pueda primar sobre la libre circulación; y
- la sentencia «Keck»²¹, en la que el Tribunal de Justicia limitó el ámbito de aplicación de la jurisprudencia «Cassis de Dijon» a las medidas relativas a las características de los productos, dejando fuera del mismo las relativas a las modalidades de venta, a menos que éstas fueran discriminatorias.

En la sentencia *Lancaster Group*, el Tribunal tenía que responder a una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 28 y 30 CE, así como de las directivas sobre cosméticos²², planteada en el marco de un litigio sobre la comercialización de un producto en cuya denominación figuraba el término «lifting». En particular se trataba de dilucidar si estas disposiciones comunitarias se oponen a la aplicación de disposiciones nacionales en materia de competencia desleal que permiten prohibir la importación y distribución de un producto cosmético legalmente producido o legalmente distribuido en un Estado miembro de la Unión Europea, basando dicha prohibición en que la designación «Lifting», entendida como indicación de los efectos del producto, induce a los consumidores a error por entender que produce un efecto duradero, cuando dicho producto se distribuye legalmente y sin suscitar reproches en otros países de la Unión Europea portando en su envase dicha indicación de sus efectos.

Al respecto, el Tribunal recuerda que la Directiva 76/768 efectuó una armonización exhaustiva de las normas nacionales sobre envasado y etiquetado de los productos cosméticos²³ y que entre las normas definidas por dicha Directiva figura la obligación, enunciada en su artículo 6, apartado 3, según la cual los Estados miembros adoptarán las disposiciones pertinentes para que en el etiquetado, en la presentación para la venta y en la publicidad de los productos cosméticos no se utilicen textos, denominaciones, marcas, imágenes o cualquier otro signo figurativo o no, con el fin de atribuir a estos productos características de las que carecen. Y precisa seguidamente que esta disposición, que se sitúa en el marco de

²¹ Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard* (C-267 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

²² Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los productos cosméticos (DOCE L 262, p. 169), tal y como fue modificada por la Directiva 88/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988 (DOCE L 382, p. 46) y la Directiva 93/35/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DOCE L 151, p. 32).

²³ Sentencias de 23 de noviembre de 1989, *Parfümerie-Fabrik 4711* (C-150/88, Rec. p. 3891), y de 2 de febrero de 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb, «Clinique»* (C-315/92, Rec. p. I-317).

una Directiva cuyo objeto consiste, especialmente, como resulta en particular de sus considerandos segundo y tercero, en garantizar la libertad de los intercambios de los productos cosméticos, define así las medidas que han de adoptarse en interés de la defensa de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales, que son algunas de las exigencias imperativas en virtud de las cuales se admiten obstáculos a la libre circulación de mercancías, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Persigue igualmente un objetivo de protección de la salud de las personas, en el sentido del artículo 36 del Tratado CE (actual 30 CE), en la medida en que una información engañosa sobre las características de estos productos pueda tener repercusiones sobre la salud pública. Sin embargo, añade el Tribunal, las medidas que los Estados miembros deban adoptar para aplicar dicha disposición deben respetar el principio de proporcionalidad²⁴.

Tratándose de la aplicación de dicho principio, el Tribunal recuerda a renglón seguido que, en el marco de la interpretación de la Directiva 84/450, sobre publicidad engañosa²⁵, cuando se efectúa la evaluación, por una parte, del riesgo de engaño de los consumidores y, por otra, de las exigencias de la libre circulación de mercancías, para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas son o no engañosas, hay que tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz²⁶. Este criterio, basado en el principio de proporcionalidad, se aplica también en el ámbito de la comercialización de productos cosméticos, señala el Tribunal, cuando, como en el litigio principal, un error sobre las características del producto no puede ser perjudicial para la salud pública. Para aplicar este criterio al caso de autos, hay que tomar en consideración varios elementos. En particular, hay que verificar si los factores sociales, culturales o lingüísticos pueden justificar que los consumidores alemanes entiendan el término «lifting», empleado en relación con una crema antiarrugas de manera diferente que los consumidores de los demás Estados miembros o si las propias condiciones de utilización del producto bastan para destacar el carácter transitorio de sus efectos, neutralizando cualquier conclusión contraria que pueda deducirse del término «lifting». Aunque, a primera vista un consumidor medio, normal-

²⁴ Véanse, en particular, la sentencia Clinique, antes citada, y la sentencia de 28 de enero de 1999, Unilever (C-77/97, Rec. p. I-431).

²⁵ Directiva 84/450/CEE, del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, de armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (*DOCE* L 250, p. 17).

²⁶ Véase, en particular, la sentencia de 16 de julio de 1998, Gut Springenheide y Tusky (C-210/96, Rec. p. I-4657).

mente informado y razonablemente atento y perspicaz, no tendría que suponer que una crema cuya denominación contiene el término «lifting» produzca efectos duraderos, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar, habida cuenta de todos los elementos pertinentes, si sucede así en el caso de autos. A este respecto, concluye el Tribunal, cuando no existe ninguna disposición comunitaria en la materia, incumbe al órgano jurisdiccional nacional, que considere necesario recabar un informe pericial o encargar un sondeo de opinión con el fin de instruirse sobre el eventual carácter engañoso de una mención publicitaria, determinar con arreglo a su Derecho nacional el porcentaje de consumidores engañados por dicha indicación que le parecería suficientemente significativo para justificar, llegado el caso, su prohibición.

En definitiva, a no ser que medien consideraciones de salud pública, a la hora de invocar la protección de los consumidores como motivo que pueda primar sobre la libre circulación de mercancías, deberá tenerse en cuenta de manera general al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz al que se refieren las Directivas «consumidores», cuya delimitación deberá efectuarse caso por caso.

En cuanto a la sentencia TK-Heimdienst Sass, la cuestión sometida a apreciación del Tribunal de Justicia tenía por objeto la compatibilidad con el Derecho comunitario de la legislación austríaca en virtud de la cual los panaderos, carniceros y comerciantes de productos alimenticios están autorizados a vender de forma ambulante, de localidad en localidad o de casa en casa, las mercancías que su licencia comercial les autorice a vender, siempre y cuando respeten una condición bien precisa: deben ejercer su actividad en un establecimiento fijo, situado en la circunscripción administrativa en la que proponen estos productos en un municipio limítrofe.

El Tribunal de Justicia comienza su respuesta citando las sentencias «Dassonville» y «Keck» antes citadas. Respecto de la última recuerda que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta en el territorio del Estado de que se trate no está comprendida en el artículo 30 del Tratado (actual 28 CE), siempre que, por una parte, dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y que, por otra parte, afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.

En el caso de autos, a la vez que constata que la normativa controvertida constituye una modalidad de venta, el Tribunal considera que la misma no afecta de la misma manera la comercialización de los productos nacionales y los procedentes de otros Estados miembros, puesto que,

al exigirse un establecimiento fijo, los productos procedentes de otros Estados miembros deben hacer frente a costes suplementarios para acceder al mercado mientras que los operadores económicos locales satisfacen ya este criterio. El Tribunal precisa además que esta conclusión no puede quedar desvirtuada por el hecho de que, para cada parte determinada del territorio nacional, la normativa afecte tanto a la comercialización de los productos procedentes de las demás partes del territorio nacional, como a la de los productos importados de los demás Estados miembros, puesto que para que una medida estatal pueda calificarse de discriminatoria o protectora, en el sentido de las normas relativas a la libre circulación de mercancías, no es preciso que dicha medida tenga por efecto favorecer a la totalidad de los productos nacionales o perjudicar sólo a los productos importados y no a los productos nacionales²⁷. En efecto, el carácter restrictivo de esta normativa no desaparece por la única razón de que, en una parte del territorio del Estado miembro de que se trata, a saber, la zona fronteriza, afecta de la misma manera a la comercialización de los productos nacionales y los que proceden de otros Estados miembros. De ello se desprende que, aunque sea aplicable a todos los operadores que actúan en el territorio nacional, una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal dificulta más, de hecho, el acceso al mercado del Estado importador de los productos procedentes de otros Estados miembros que el de los productos nacionales.

Como última precisión sobre el concepto de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación el Tribunal hace referencia a la eventual aleatoriedad y carácter indirecto de los efectos restrictivos de la medida. Examina así una hipótesis que no es nueva en la jurisprudencia²⁸ y que no debe ser confundida con la graduación de los efectos restrictivos, puesto que aunque éstos fueran mínimos la prohibición prevista en el artículo 28 CE se aplicaría²⁹. En el caso concreto, el Tribunal indica que no cabe considerar que los efectos restrictivos de esta normativa sean tan aleatorios e indirectos que permitan descartar

²⁷ Véanse las sentencias de 25 de julio de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior y Publicidad (C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151) y de 15 de diciembre de 1993, Ligur Carni y otros (C-277/91, C-318/91 y C-319/91, Rec. p. I-6621).

²⁸ Véanse las sentencias de 14 de julio de 1981, Oebel (155/80, Rec. p. 1993), de 31 de marzo de 1982, Blesgen (75/81, Rec. p. 1211), de 11 de julio de 1990, Quitelynn, C-23/89, Rec. p. I-3059, de 7 de mayo de 1991, Sheptonhurst, C-350/89, Rec. p. I-2387), de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453) y de 30 de noviembre de 1995, Esso Española (C-134/94, Rec. p. I-4223).

²⁹ Véase la sentencia de 13 de marzo de 1984, Prantl (16/83, Rec. p. 1299).

que la obligación que impone puede obstaculizar el comercio entre Estados miembros, bastando, a este respecto, comprobar que las mercancías procedentes de los demás Estados miembros jamás podrían venderse de forma ambulante en una circunscripción administrativa situada en una zona no fronteriza.

Una vez establecido que la legislación controvertida constituye una medida prohibida por el artículo 28 CE, el Tribunal pasa a examinar si un objetivo como el de proteger el abastecimiento de cercanía en beneficio de las empresas locales, que, sin esta normativa, estaría en peligro en un país con una orografía como la de Austria, justifica dicha normativa. A este respecto, recuerda, en primer lugar, que los objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de libre circulación de mercancías³⁰. A continuación afirma que, si bien no puede descartarse, por el contrario, que la necesidad de evitar un deterioro de las condiciones de abastecimiento de cercanía en regiones relativamente aisladas de un Estado miembro pueda, en determinadas circunstancias, justificar un obstáculo al comercio intracomunitario, una normativa como la controvertida en el asunto principal, que se aplica en todo el territorio nacional, es, en cualquier caso, desproporcionada en relación con dicho objetivo. En fin, con respecto a una eventual justificación por motivos de higiene avanzada por las autoridades austríacas, señala que, aunque la protección de la salud pública figura entre los motivos que pueden justificar excepciones al artículo 28 CE, ésta puede alcanzarse mediante medidas con efectos menos restrictivos para el comercio intracomunitario, tales como normas sobre el equipamiento de los vehículos utilizados con instalaciones frigoríficas.

Esta sentencia pasa pues revista a la cuasitotalidad de los distintos aspectos que pueden ser tenidos en cuenta al examinar una medida estatal a la luz del artículo 28 CE, y entre ellos merece ponerse de relieve que para las medidas que no se refieran a las características de los productos lo determinante es saber si existe o no discriminación, sea de hecho sea de derecho, entre producto nacional y producto importado³¹.

(CGV)

³⁰ Véase la sentencia de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, Rec. p. I-1831).

³¹ Los aspectos discriminatorios son especialmente relevantes cuando se trata de reglamentaciones estatales de precios, como puede verse en el marco del comentario a la sentencia Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali.

La igualdad de trato entre hombres y mujeres y la limitación del acceso de las mujeres a los puestos de trabajo en el ejército alemán. Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 11 de enero de 2000, asunto C-258/98, Kreil³²

Después de haber interpretado la excepción contenida en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE³³ (en lo sucesivo, Directiva 76/207) aplicada al acceso de las mujeres a los empleos de policía armada en Irlanda del Norte en una sentencia dictada el año 1986,³⁴ y al acceso de una mujer a un empleo de cocinera en una unidad de asalto en la infantería de marina (Royal Marines) del Reino Unido, en una sentencia de finales de 1999,³⁵ el Tribunal de Justicia ha debido examinar de nuevo, en la sentencia Kreil, esa misma excepción, aplicada al acceso de las mujeres a empleos en el ejército alemán.

La Directiva 76/207 tiene como finalidad la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo. Este principio viene definido en el apartado 1 de su artículo 2 en los siguientes términos: «El principio de igualdad de trato [...] supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar».

A continuación figuran trazados los límites de ese principio de igualdad, en la medida en que sus apartados 2, 3 y 4 permiten a los Estados miembros establecer determinadas excepciones.

El apartado 2, en concreto, dispone que la Directiva no obsta a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales el sexo constituya una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

La jurisprudencia interpretativa de esta excepción no es muy abundante. En una sentencia de 8 de noviembre de 1983,³⁶ el Tribunal de Justicia se

³² Pendiente de publicación en la recopilación.

³³ Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

³⁴ Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 222/84, Rec. p. 1651.

³⁵ Sentencia de 26 de octubre de 1999, Sirdar (C-273/97, pendiente de publicación en la Recopilación).

³⁶ Sentencia de 8 de noviembre de 1983, Comisión/Reino Unido (165/82, Rec p. 3431).

negó a condenar al Reino Unido por incumplimiento porque no había derogado las normas internas que obstaculizaban el acceso de los hombres a la profesión de matrona, reconociendo que las susceptibilidades personales podían jugar un papel importante en las relaciones entre la matrona y su paciente y que, por esa razón, a pesar de ser cierto que el Reino Unido no había aplicado plenamente el principio enunciado por la Directiva 76/207, no se podía interpretar que se hubiera extralimitado a la hora de hacer uso de la facultad reconocida a los Estados miembros por el apartado 2 de su artículo 2.

La sentencia Johnston³⁷ también tuvo como trasfondo la legislación del Reino Unido, concretamente, la de Irlanda del Norte. La Sra. Johnston, demandante en el litigio principal, había estado empleada en las fuerzas de policía uniformada de Irlanda del Norte, con sucesivos contratos de tres años, entre 1974 y 1980. Debido al peligro que suponían los atentados y los desórdenes públicos para la seguridad de las personas en esa zona concreta, las autoridades decidieron que la policía uniformada en Irlanda del Norte llevaría armas de fuego. Sin embargo, sólo los hombres iban a recibir la formación necesaria para llevarlas y usarlas, siendo la razón principal, evitar que las mujeres fueran víctimas de ataques dirigidos a robarles el arma. En 1980, se denegó la renovación del contrato de la Sra. Johnston porque, en adelante, las tareas a las que ella había estado asignada hasta ese momento iban a ser confiadas a policías varones, armados.

El Tribunal de Justicia admitió, en este caso, que las condiciones en las que se desenvuelve la actividad profesional de los miembros de una policía armada están determinadas por el medio en el que dichas actividades se desarrollan, no pudiendo excluirse la posibilidad, a este respecto, de que la tenencia de armas de fuego por mujeres policía creara, en una situación de graves disturbios internos, riesgos suplementarios de atentados contra ellas y resultara contraria a las exigencias de la seguridad pública. Concluye su razonamiento en este capítulo, afirmando que, en tales circunstancias, las condiciones de ejercicio de determinadas actividades policiales pueden ser tales que el sexo constituya una condición determinante para su ejercicio y que los Estados miembro pueden, por tanto, reservar a los hombres esas tareas así como la formación profesional correspondiente estando obligados en ese caso a examinar las actividades de que se trate para determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva 76/207.

Al igual que la sentencia Johnston,³⁸ la sentencia Sirdar³⁹ fue dictada como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por un ór-

³⁷ Citada en la nota 34 *supra*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Citada en la nota 35 *supra*.

gano jurisdiccional británico que pedía la interpretación del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207 para saber si la exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate entra dentro del ámbito de aplicación de dicha excepción. Según se exponía en el auto de remisión, la infantería de marina practica una política consistente en excluir a las mujeres del servicio debido a que su presencia es incompatible con la exigencia de interoperabilidad, es decir, la necesidad de que cualquier soldado de infantería, independientemente de su especialización, sea capaz de combatir en un comando. La demandante en el litigio principal, Sra. Sirdar, formaba parte desde 1983 del personal del ejército de tierra británico y, desde 1990, servía como cocinera en un regimiento de operaciones especiales de la artillería cuando, en febrero de 1994, se le comunicó su despido por razones económicas, a partir de febrero del año siguiente. Este despido, realizado tras un estudio de los costes de la defensa, afectó a más de quinientos cocineros.

En julio de 1994 la infantería de marina, en la que se necesitaban cocineros, le ofreció un puesto de trabajo mediante una carta que precisaba que, para obtener el traslado, debía pasar por unas pruebas de selección y, después, seguir un curso de operaciones de comandos. Pero cuando las autoridades responsables de la infantería de marina tuvieron conocimiento de que era mujer y se dieron cuenta de que la oferta de empleo le había sido enviada por error, informaron a la interesada de que no podían aceptar su candidatura debido a la política de exclusión de las mujeres de este cuerpo del ejército. La interesada presentó una demanda ante la jurisdicción laboral en la que alegaba haber sido víctima de una discriminación por razón de sexo.

La doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en esta sentencia es la siguiente: en primer lugar, no hay una reserva general a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que cubra aquellas medidas de organización de las fuerzas armadas cuya razón sea la protección de la seguridad pública, salvo la aplicación en su caso del artículo 224 del Tratado, que se refiere a una situación completamente excepcional; por tanto, las decisiones adoptadas por los Estados miembros en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de condiciones de trabajo en las fuerzas armadas con objeto de garantizar la eficacia en combate no están, por regla general, excluidas del ámbito de aplicación del derecho comunitario.

En segundo lugar, que si bien los Estados miembros pueden reservar a los hombres o a las mujeres determinadas tareas y la formación profesional correspondiente, de acuerdo con el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 76/207, están obligados a examinar periódicamente las actividades de que se trate para determinar, teniendo en cuenta la evolución

social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva. Además, los Estados miembros, al establecer el alcance de cualquier excepción a un derecho individual como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres deben respetar el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del derecho comunitario y que exige que no se sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto, conciliando el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate. En todo caso, las autoridades nacionales disponen de un cierto margen de apreciación al adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública.

La negativa a contratar a la Sra. Sirdar como cocinera en la Infantería de Marina se debía a la exclusión total de las mujeres de este cuerpo del Ejército, debido a la norma denominada de interoperabilidad establecida con el fin de garantizar la eficacia en combate.⁴⁰ Por consiguiente, haciendo uso de su margen de apreciación, las autoridades del Reino Unido podían considerar, sin violar el principio de proporcionalidad, que las circunstancias específicas de intervención de las unidades de asalto que constituyen la Infantería de Marina y, en particular, la norma de interoperabilidad a la que están sometidos sus integrantes, justifican que su composición siga siendo exclusivamente masculina.⁴¹

La sentencia Kreil, que es la más reciente de la serie, ha sido dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), por el Verwaltungsgericht de Hannover (Alemania). La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Kreil y las autoridades alemanas, que denegaron su solicitud de alistamiento en el ejército federal (Bundeswehr) para ocupar un empleo en el servicio de mantenimiento (electromecánica de armas).

En virtud del artículo 12a de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland):

⁴⁰ Según comprobó el órgano jurisdiccional nacional, la organización de la Infantería de Marina en el Reino Unido difiere fundamentalmente de la de las demás unidades de las Fuerzas Armadas británicas, de las que constituyen la punta de lanza. Se trata de una fuerza de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea. Ha quedado acreditado que, en este cuerpo, los cocineros también deben intervenir como soldados de primera línea, que todos los miembros de este cuerpo son contratados y adiestrados para ello, y que no existe ninguna excepción a esta regla en el momento del reclutamiento.

⁴¹ Al mismo resultado llegaba el Abogado General Sr. La Pergola en las conclusiones que presentó en este asunto el 18 de mayo de 1999.

1) Los hombres podrán, a partir de la edad de dieciocho años cumplidos, ser obligados a servir en las Fuerzas Armadas, en la Policía Federal de Fronteras o en un grupo de Protección Civil.

[...]

4) Si, durante el estado de defensa, las necesidades fijas de servicios civiles de los establecimientos sanitarios civiles y de los hospitales militares no pueden cubrirse sobre una base voluntaria, las mujeres de edades comprendidas entre dieciocho años cumplidos y cincuenta y cinco años cumplidos podrán ser destinadas a dichos servicios por la Ley o en virtud de una Ley. En ningún caso deberán prestar un servicio con armas.

Las posibilidades de acceso de las mujeres a los empleos militares del ejército están reguladas, en particular, por el artículo 1, apartado 2, de la Ley del Personal Militar (Soldatengesetz) y por el artículo 3a del Reglamento de la Carrera Militar (Soldatenlaufbahnverordnung), según los cuales las mujeres sólo pueden ser reclutadas sobre la base de un alistamiento voluntario y únicamente en unidades sanitarias y en formaciones de música militar.

La demandante en el litigio principal, Sra. Kreil, que tiene una formación de especialista en electrónica, presentó en 1996 una solicitud de alistamiento voluntario en el ejército, expresando el deseo de ingresar en el servicio de mantenimiento (electromecánica de armas). Su solicitud fue denegada por el centro de reclutamiento y luego por la administración central de personal, basándose en que la Ley excluye a las mujeres del servicio militar con armas. La interesada formuló entonces recurso ante el Verwaltungsgericht Hannover manteniendo, en particular, que la denegación de su solicitud por motivos basados únicamente en el sexo era contraria al derecho comunitario.

Por considerar que la solución de litigio requería la interpretación de la Directiva 76/207, el Verwaltungsgericht Hannover decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial por la que preguntaba, fundamentalmente, si dicha Directiva se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del derecho alemán, que excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia recordó su jurisprudencia sentada en el apartado 15 de la sentencia Sirdar⁴², de acuerdo con la cual, corresponde a los Estados miembros, que deben establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, adoptar las de-

⁴² Citada en la nota 35 *supra*.

cisiones relativas a la organización de sus fuerzas armadas. Sin embargo, de ello no se deduce que tales decisiones estén totalmente excluidas de la aplicación del derecho comunitario, ya que el Tratado sólo prevé excepciones aplicables a situaciones que puedan poner en peligro la seguridad pública en sus artículos 36, 48, 56 y 223 (actualmente artículos 30 CE, 39 CE, 46 CE y 296 CE, tras su modificación) y 224 (actualmente, artículo 297 CE), que se refieren a supuestos excepcionales claramente delimitados. De ello no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva, sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del derecho comunitario.⁴³

El concepto de seguridad pública, en el sentido de los artículos del Tratado citados, se refiere tanto a la seguridad interior de un Estado miembro, como sucedía en el asunto que dio lugar a la sentencia Johnston,⁴⁴ como a su seguridad exterior, como sucedía en el que dio lugar a la sentencia Sirdar⁴⁵. Además, algunas de las excepciones previstas por el Tratado sólo se refieren a las normas relativas a la libre circulación de mercancías, personas y servicios, y no a las disposiciones sociales del Tratado, entre las que se encuentra el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres invocado por la Sra. Kreil. Es jurisprudencia reiterada que este principio tiene alcance general y la Directiva 76/207 se aplica a las relaciones de empleo del sector público.⁴⁶ La consecuencia que saca el Tribunal es que la Directiva 76/207 es aplicable en una situación como la que afectaba a la Sra. Kreil.

El Tribunal de Justicia recuerda, a continuación, que, en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207, los Estados miembros tienen la facultad de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, si bien puntualiza que, como excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, dicha disposición debe ser interpretada restrictivamen-

⁴³ Sentencias Johnston y Sirdar, citadas en las notas 4 y 5 *supra*, apartados 26 y 16, respectivamente.

⁴⁴ Citada en la nota 34 *supra*.

⁴⁵ Citada en la nota 35 *supra*, apartado 17. Véanse también las sentencias de 4 de octubre de 1991, Richardt y Les Accessoires Scientifiques (C-367/89, Rec. p. I-4621), apartado 22; de 17 de octubre de 1995, Leifer y otros (C-83/94, Rec. p. I-3231), apartado 26.

⁴⁶ Sentencias de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania (248/83, Rec. p. 1459), apartado 16; de 2 de octubre de 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253), apartado 18, y Sirdar, citada en la nota 35 *supra*, apartado 18.

te. Como se ha visto, el Tribunal ha reconocido, por ejemplo, que el sexo puede ser una condición determinante para trabajos como el de los vigilantes y de los vigilantes-jefe de prisiones,⁴⁷ además de los ya examinados de policía ejercidos en una situación de graves disturbios internos, o el servicio en determinadas unidades de combate especiales.

Se trataba, a continuación, de comprobar si, en las circunstancias que concurrían en el litigio iniciado por la Sra. Kreil, las medidas adoptadas por las autoridades alemanas en el ejercicio del margen de apreciación que se les reconoce, perseguían, en realidad, el objetivo de garantizar la seguridad pública y si eran adecuadas y necesarias para alcanzar este objetivo.

Había quedado acreditado que la negativa de alistar a la Sra. Kreil en el ejército se basaba en las disposiciones del derecho alemán que prevén la exclusión total de las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo permiten su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. Teniendo en cuenta su alcance, tal exclusión, que se aplica casi a la totalidad de los empleos militares en el ejército, no puede considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio, y las disposiciones previstas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva sólo pueden referirse a actividades específicas. Además, habida cuenta de la propia naturaleza de las fuerzas armadas, el hecho de que las personas que sirven en ellas puedan tener que utilizar armas no justifica por sí solo que las mujeres queden excluidas del acceso a los empleos militares. Por otra parte, como había precisado el Gobierno alemán, en los servicios del ejército en los que se da empleo a las mujeres existe una iniciación en el manejo de las armas, destinada a permitir al personal de dichos servicios defenderse y socorrer a otras personas.

Por estas razones, el Tribunal de Justicia apreció que incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación de que disponen en cuanto a la posibilidad de mantener la exclusión de que se trata, las autoridades nacionales no han podido considerar de modo general, sin vulnerar el principio de proporcionalidad, que la composición de todas las unidades armadas del ejército debía seguir siendo exclusivamente masculina.

El Gobierno alemán se había acogido, en su defensa, a la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 2, de la Directiva 76/207, que establece que la Directiva no obsta a las disposiciones relativas a la pro-

⁴⁷ Sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia (318/86, Rec. p. 3559), apartados 11 a 18.

tección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. Según ha interpretado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia,⁴⁸ esta disposición pretende garantizar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, las especiales relaciones entre la mujer y su hijo, de forma que esa disposición no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas. De ello se desprende que la exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implique el uso de armas no está comprendida entre las diferencias de trato permitidas por el artículo 2, apartado 3, de la Directiva en aras de la protección de la mujer.

La respuesta concreta que dio el Tribunal en su sentencia al Verwaltungsgericht de Hannover fue que la Directiva se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar.⁴⁹

(MIRP)

Confirmación de que los Tribunales Económico-Administrativos españoles que, a todas luces, no son órganos jurisdiccionales, deben ser considerados como tales a los efectos de plantear cuestiones prejudiciales: Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 21 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa y otros⁵⁰

En diciembre de 1997, y en enero y febrero de 1998, el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña (TEAR) dictó varias resoluciones,⁵¹ que llegaron al Tribunal de Justicia el 14 de abril de 1998, por las que suspendía determinados procedimientos de los que

⁴⁸ Sentencia de 12 de julio de 1984, Hofmann/Barmer Ersatzkasse (184/83, Rec. p. 3047).

⁴⁹ El Abogado General Sr. La Pergola, en las conclusiones que presentó sobre este asunto el 26 de octubre de 1999, además de proponer al Tribunal de Justicia que diera esta misma respuesta, lleva a cabo un excelente trabajo de análisis de todos los complejos puntos jurídicos planteados, con examen detallado de los precedentes y numerosas referencias doctrinales.

⁵⁰ Pendiente de publicación en la Recopilación.

⁵¹ Que dieron lugar a los asuntos: C-110/98 a C-115/98, C-117/98, C-120/98 y C-125/98 a C-146/98; C-121/98 a C-124/98 y C-147/98, y C-116/98, C-118/98 y C-119/98, respectivamente.

conocía para plantear, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), una cuestión prejudicial. Pedía, concretamente, la interpretación del artículo 17 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme,⁵² denominada Sexta Directiva.

Dicha cuestión se planteó en varios procedimientos entre empresarios o profesionales y diferentes servicios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en relación con la deducción del IVA soportado por las operaciones realizadas por aquéllos antes del inicio de sus actividades, normalmente, trabajos de construcción, a causa del incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111 de la Ley 37/1992⁵³ o de los contemplados en el artículo 28 del Real Decreto 1624/1992.⁵⁴ Los particulares presentaron reclamación contra las decisiones de la Agencia Tributaria por considerar que los requisitos formulados en el artículo 111 de la Ley 37/1992 eran contrarios a lo dispuesto en el artículo 17, apartados 1 y 2, letra a), de la Sexta Directiva.

Si sólo se tratara de la respuesta que dio el Tribunal a esta cuestión prejudicial, que obliga al Estado español a dejar de aplicar la normativa citada y a modificarla inmediatamente para adecuarla al derecho comunitario, esta sentencia habría podido pasar desapercibida. Es importante, sin embargo, y pasará a la historia, porque en ella el Tribunal de Justicia, después de examinar en detalle las características de los Tribunales Económico-Administrativos, estimó que merecían ser considerados órganos jurisdiccionales nacionales en el sentido del artículo 177 del Tratado CE, es decir, que están facultados para plantear cuestiones prejudiciales. La solución a la que ha llegado no va, seguramente, a convencer a todos los estudiosos del derecho comunitario pero, por lo menos, tiene la virtud de haber tomado posición a este respecto.

Los precedentes de órganos administrativos españoles que habían planteado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y obtenido respuesta eran, hasta ahora, dos, ambos de 1991. Llegó, en primer lugar, la remitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya naturaleza

⁵² *DO L* 145, p. 1; *EE* 09/01, p. 54.

⁵³ Ley 37/1992, en su versión modificada por el artículo 10, apartado 7, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. *BOE* n.º 315, de 31 de diciembre.

⁵⁴ Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del IVA. *BOE* n.º 314, de 31 de diciembre.

administrativa no suscita dudas.⁵⁵ El Tribunal de Justicia respondió a la cuestión sin preguntarse siquiera si el órgano que la había planteado cumplía los requisitos establecidos en su jurisprudencia para ser considerado órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 177 del Tratado.⁵⁶ En segundo lugar se recibió en el Tribunal de Justicia la remitida por el Tribunal Económico-Administrativo Central,⁵⁷ que le interrogó sobre la validez de una disposición del Reglamento n.º 744/87.⁵⁸ Tampoco en este caso ni las partes, ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia de oficio, llegaron a plantearse, en ningún momento, duda alguna sobre la admisibilidad de la cuestión. En su sentencia, el Tribunal de Justicia consideró inválido el último párrafo del artículo 3 de dicho Reglamento en la medida en que declaraba que dicho Reglamento, adoptado el 16 de marzo de 1987, debía aplicarse a partir del 12 de febrero de 1987.⁵⁹

⁵⁵ RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, Cívitas, Madrid 1993, p. 80, afirma que el Tribunal de Defensa de la Competencia, creado por la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia presenta los caracteres necesarios para que sean admitidas por el Tribunal las cuestiones prejudiciales que plantee, ya que tiene origen legal, carácter permanente, su jurisdicción es obligatoria, aplica normas jurídicas y el procedimiento ante él es contradictorio, y su independencia de la Administración, no obstante su naturaleza de órgano administrativo, está proclamada en el Preámbulo y en el artículo 20 de la Ley 16/1989, de defensa de la competencia.

⁵⁶ Sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros (asunto C-67/91, Rec. p. I-4785). El Tribunal dio la siguiente respuesta: el artículo 214 del Tratado CEE y las disposiciones del Reglamento n.º 17 del Consejo deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros, dentro del marco de las competencias que se les reconocen para la aplicación de las normas sobre la competencia nacionales y comunitarias, no pueden utilizar, como medios de prueba, ni las informaciones no publicadas contenidas en las respuestas a las solicitudes de información dirigidas a las empresas de conformidad con el artículo 11 del Reglamento n.º 17, ni las informaciones contenidas en las solicitudes y notificaciones previstas en los artículos 2, 4 y 5 del Reglamento n.º 17.

⁵⁷ Los mismos Tribunales Económico-Administrativos no parecían tenerlo, tampoco, nada claro: véanse las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid, de 15 de junio de 1989, en la que considera que, al ser dependientes orgánicamente del Ministerio de Economía y Hacienda, quedan al margen de cualquier consideración como órganos jurisdiccionales, y la del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 20 de marzo de 1990, en la que se afirma que constituyen, a los efectos previstos en el artículo 177, órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, son competentes para plantear la cuestión prejudicial. Comentadas por RUIZ-JARABO COLOMER, D. *op. cit.*, p. 81.

⁵⁸ Reglamento (CEE) n.º 744/87 de la Comisión de 16 de marzo de 1987, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 805/86, por el que se establece un gravamen sobre la leche desnatada en polvo y desnaturalizada procedente de España y por el que se introduce una excepción al Reglamento (CEE) n.º 1378/86 en lo que respecta a los montantes compensatorios «adhesión» en los intercambios con España (*DO* L 75, p. 14).

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 1993, Diversint e Iberlacta (asuntos acumulados C-260/91, C-261/91, Rec. p. I-1885).

Ha sido, pues, en esta sentencia de marzo de 2000 cuando el Tribunal de Justicia ha examinado, por primera vez, si debía considerarse admisible una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal Económico-Administrativo. Y la respuesta ha sido, sorprendentemente, afirmativa, en contra de la opinión bien razonada que presentó el Abogado General Sr. Saggio en ese asunto.⁶⁰

El concepto de órgano habilitado para interrogar al Tribunal de Justicia de acuerdo con el artículo 177 del Tratado asume un significado autónomo frente a las definiciones que puedan encontrarse en los ordenamientos nacionales. Al dar contenido comunitario a este concepto, el Tribunal tiene en cuenta, ya desde 1966, un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, y su independencia.⁶¹

Como es sabido, las competencias y la composición de los Tribunales Económico-Administrativos y el procedimiento que se sigue ante ellos vienen regulados en el Real Decreto-Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre,⁶² y en el Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo.⁶³ El Tribunal de Justicia pidió a las partes reclamantes en el procedimiento principal, a la Comisión y al Gobierno español que se pronunciaran sobre la calidad del órgano que había planteado la cuestión, y todos ellos consideraron que se estaba en presencia de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado. El Abogado General Sr. Saggio, sin embargo, albergaba serias dudas sobre su independencia, sobre su posición de tercero con respecto al poder ejecutivo y sobre el respeto del principio de contradicción.

La sentencia dedica los apartados 33 a 41 a confirmar el carácter de órganos jurisdiccionales de los Tribunales Económico-Administrativos por las razones que siguen. En primer lugar, porque su origen es legal y gozan de permanencia; en segundo lugar, porque están obligados a pronunciarse sobre las reclamaciones sometidas a su conocimiento; en tercer lugar, porque su jurisdicción es obligatoria ya que las decisiones de la Administración Tributaria sólo son recurribles en vía contencioso-admini-

⁶⁰ Véanse sus excelentes y bien documentadas conclusiones, especialmente los puntos 9 a 21.

⁶¹ Sentencias de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377); de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò/X (14/86, Rec. p. 2545), apartado 7; de 17 de octubre de 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199), apartados 7 y 8; y, de 27 de abril de 1994, Almelo y otros (C-393/92, Rec. p. I-1477).

⁶² Por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases sobre Procedimiento Económico-Administrativo (BOE de 30 de diciembre).

⁶³ Por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas (BOE de 23 de marzo).

nistrativa tras haber presentado una reclamación ante ellos; en cuarto lugar, porque fuera de los casos de nulidad de pleno derecho y recurso extraordinario de revisión, sus resoluciones firmes tienen fuerza obligatoria y no pueden ser revocadas ni modificadas por la Administración Tributaria, que debe ejecutarlas y, en su caso, rectificar el acto impugnado o devolver las cantidades ingresadas indebidamente; en quinto lugar, porque sus resoluciones son motivadas, con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho y resuelven aplicando normas jurídicas; y, por último, porque el artículo 90 de la Ley 230/1963⁶⁴ garantiza la separación funcional entre los servicios de la Administración Tributaria responsables de la gestión, liquidación y recaudación, por una parte, y, por otra, los Tribunales Económico-Administrativos, que resuelven las reclamaciones presentadas contra las decisiones de dichos servicios sin recibir instrucción alguna de la Administración Tributaria, de manera que tales garantías confieren a los Tribunales Económico-Administrativos la cualidad de tercero en relación con los servicios que adoptaron la decisión objeto de la reclamación, así como la independencia necesaria para poder ser considerados órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 177 del Tratado.⁶⁵

El Tribunal de Justicia estima que la exigencia de un procedimiento contradictorio no es un criterio absoluto. Pero que, en cualquier caso, dado que, por una parte, los interesados pueden presentar escritos de alegaciones y pruebas en apoyo de sus pretensiones, y solicitar la celebración de vista pública y que, por otra parte, si el Tribunal Económico-Administrativo estima pertinente resolver cuestiones no planteadas por los interesados debe exponerlas a los que estuvieran personados y concederles un plazo de quince días para que formulen alegaciones, el procedimiento de las reclamaciones tributarias cumple el requisito de ser un procedimiento contradictorio.

Es cierto que, al examinar las características de los Tribunales Económico-Administrativos, la sentencia del Tribunal de Justicia aborda todos los requisitos que su jurisprudencia viene exigiendo que concurren, en mayor o menor medida, para considerar que se está en presencia de un órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 177 del Tratado. Pero al hacerlo no ha sido, en mi opinión, todo lo riguroso que habría debido.

⁶⁴ Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (*BOE* de 30 de diciembre).

⁶⁵ Si el Tribunal fuera consecuente con este pronunciamiento debería, a partir de ahora, extender a los miembros de los Tribunales Económico-Administrativos y de otros órganos administrativos semejantes la invitación que hace a los jueces de los Estados miembros para que se desplacen hasta su sede en Luxemburgo a fin de tomar contacto directo con el procedimiento prejudicial.

Estoy de acuerdo en que los Tribunales Económico-Administrativos tienen origen legal, en que son órganos permanentes, en que su intervención resulta obligatoria antes de impugnar los actos de la Administración Tributaria ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y en que dictan sus resoluciones conforme a derecho. Ahora bien, tal y como afirma el Abogado General en el apartado 13 de sus conclusiones, es obvio que el cumplimiento de estos requisitos resulta manifiestamente insuficiente a la hora de distinguir una autoridad administrativa de un órgano jurisdiccional.

Considero, sin embargo, que no cumplen el resto de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, tal y como ha interpretado con frecuencia, si bien el artículo 177 del Tratado no subordina la consideración de órgano jurisdiccional a que el procedimiento durante el cual se ha formulado una cuestión prejudicial tenga carácter contradictorio,⁶⁶ se desprende de dicho artículo que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional.⁶⁷ Pues bien, vale la pena puntualizar, y el Tribunal no parece haberlo tenido en cuenta, que en las reclamaciones que resuelven los Tribunales Económico-Administrativos, a pesar de enfrentarse el recurrente con la Administración Tributaria o con el Tesoro público, en el procedimiento que se sigue ante ellos sólo está previsto que comparezca el primero y, en determinadas circunstancias, otros interesados, pero no se regula la comparecencia ni la defensa de la Administración que ha dictado el acto recurrido. El único trámite en el que parece participar la Administración es la remisión, a petición del Tribunal Económico-Administrativo, del expediente o de las actuaciones, a fin de se pongan de manifiesto a los interesados. Además, a éstos se les permite que presenten un escrito de alegaciones y pruebas en apoyo de sus tesis, así como que soliciten la celebración de una vista pública, pero el Tribunal puede concederla o denegar su celebración discrecionalmente, sin que quepa recurso alguno contra dicha decisión. Pero es que si llega a celebrarse la vista, a ella asisten los abogados que designen los interesados, pero tampoco se contempla la participación del abogado del Estado. En estas circunstancias, creo que no puede hablarse de la existencia de un litigio propiamente dicho y una

⁶⁶ Sentencias de 17 de mayo de 1994, *Corsica Ferries* (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 12, y de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult* (C-54/96, Rec. p. I-4961), apartado 31.

⁶⁷ Autos de 18 de junio de 1980, *Borker* (138/80, Rec. p. 1975), apartado 4, y de 5 de marzo de 1986, *Greis Unterweger* (318/85, Rec. p. 955), apartado 4.

reclamación presentada ante dichos órganos poco se diferencia de un recurso de alzada.

Tampoco creo que sea correcta la apreciación de acuerdo con la cual las resoluciones que dictan son de carácter jurisdiccional, ya que son precisamente esas resoluciones las que abren para los interesados la posibilidad de recurrir a la vía contencioso-administrativa. Además, si bien de acuerdo con el artículo 35 del RD-Legislativo 2795/1980, no pueden abstenerse de resolver, lo cierto es que, transcurrido el plazo de un año desde la presentación de la reclamación, el interesado puede considerarla desestimada el objeto de interponer el recurso procedente.

Pero el requisito del que, sin lugar a dudas, carecen y que resulta el más delicado de todos es el de la independencia. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sólo puede recurrir al artículo 177 un órgano que deba pronunciarse con total independencia en el marco de un procedimiento que haya de concluir con una decisión de carácter jurisdiccional.⁶⁸ Sin embargo, no puede decirse que los Tribunales Económico-Administrativos actúen con todas las garantías de independencia y de posición de tercero con respecto al poder ejecutivo, por las razones que expongo a continuación.

La primera es que esos órganos no forman parte formalmente del poder judicial sino que están integrados orgánicamente en el Ministerio de Economía y Hacienda, es decir, en la propia Administración cuyos actos son impugnados por los contribuyentes ante dichos Tribunales. La segunda es que el Presidente y los Miembros son funcionarios de la Administración, nombrados por el Ministro,⁶⁹ que dispone de la facultad de destituirlos, sin que esa facultad esté limitada a supuestos clara y taxativamente previstos por la ley, de manera que sus reglas de funcionamiento no garantizan la inamovilidad de sus miembros. En tercer lugar, el artículo 4, apartado 1.3 del RD-Legislativo 2795/1980, permite al Tribunal Económico-Administrativo Central inhibirse en los asuntos que por su índole, cuantía o trascendencia considere que deben ser resueltos por el Ministro de Hacienda. Esto significa que la totalidad del sistema de las reclamaciones económico-administrativas se encuentra condicionado por la facultad de avocación que la normativa atribuye al poder ejecutivo.

El Abogado General añadía un argumento más, que comparto, para negar a los Tribunales Económico-Administrativos el carácter de órganos jurisdiccionales nacionales. Señalaba que si se les denegaba esa califica-

⁶⁸ Sentencia de 12 de diciembre de 1996, Procesos penales seguidos contra X (asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6609), apartado 18.

⁶⁹ Las funciones de Secretario del Tribunal las desempeña un Abogado del Estado, con voz y voto al igual que el Presidente y los Vocales.

ción no se iba a perjudicar la aplicación uniforme del derecho comunitario, riesgo que el Tribunal de Justicia tuvo muy en cuenta en su sentencia Broekmeulen,⁷⁰ en la que aceptó contestar a las cuestiones planteadas por la Comisión de Apelación en materia de medicina general de los Países Bajos, cuyas decisiones se consideran definitivas en el ordenamiento nacional.⁷¹ En su opinión, ese riesgo no se presenta en el caso de las resoluciones adoptadas por los Tribunales Económico-Administrativos ya que son recurribles en todo caso ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, correspondiendo en buena lógica a éstos apreciar la necesidad de plantear cuestión prejudicial, asegurando así la intervención del Tribunal de Justicia y por tanto el derecho de los particulares a un control jurisdiccional efectivo.⁷²

El Abogado General Sr. Saggio afirmaba, por último, que la solución que proponía, a saber, que el Tribunal de Justicia declarara la inadmisibilidad de la cuestión planteada, era perfectamente compatible con el hecho de que, en su sentencia Diversinte e Iberlacta de 1993,⁷³ el Tribunal de Justicia hubiera respondido a la cuestión prejudicial del Tribunal Económico-Administrativo Central, sin poner en duda su naturaleza de órgano jurisdiccional, a efectos del artículo 177 del Tratado CE. En efecto, coincido también en que no cabe reconocer autoridad de precedente a esa sentencia ya que el Tribunal de Justicia no examinó de oficio la admisibilidad de la cuestión prejudicial por razón de la naturaleza del órgano remitente, sin que fuera tampoco puesta en duda por quienes participaron en el procedimiento, incluidos la Comisión y los Gobiernos que presentaron observaciones.

Volviendo a la cuestión planteada en esta ocasión, el Tribunal de Justicia procedió a reformularla, entendiendo que el TEAR quería saber, en definitiva, si el artículo 17 de la Sexta Directiva se opone a una normativa nacional que condiciona el ejercicio del derecho a la deducción del IVA, soportado por un sujeto pasivo con anterioridad al inicio de la realización habitual de las operaciones gravadas, al cumplimiento de determinados requisitos, tales como la presentación de una solicitud expresa al efecto antes de que el impuesto sea exigible y el respeto del plazo de un año entre dicha presentación y el inicio efectivo de las operaciones grava-

⁷⁰ Sentencia de 6 de octubre de 1981 (246/80, Rec. p. 2311).

⁷¹ En esa ocasión, el Tribunal de Justicia subrayó la falta en la práctica de una vía jurisdiccional efectiva ante los Tribunales ordinarios en una materia relativa a la aplicación del derecho comunitario.

⁷² Sentencias Johnston, citada en la nota 4 *supra*, y conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en dicho asunto, punto 4, y de 1 de junio de 1999, Eco Swiss China Time (C-126/97, Rec. p. I-3055), y conclusiones del Abogado General Sr. Saggio, punto 43.

⁷³ Citada en la nota 59, *supra*.

das, y que sanciona el incumplimiento de dichos requisitos con la pérdida del derecho a la deducción o con el retraso del ejercicio de este derecho hasta el inicio efectivo de la realización habitual de las operaciones gravadas.

El Tribunal recordó su jurisprudencia constante de acuerdo con la cual, el derecho a deducción establecido en los artículos 17 y siguientes de la Sexta Directiva forma parte del mecanismo del IVA y, en principio, no puede limitarse. Este derecho se ejercita inmediatamente en lo que respecta a la totalidad de las cuotas soportadas en las operaciones anteriores.⁷⁴ Por otra parte, el régimen de deducciones tiene por objeto liberar completamente al empresario del peso del IVA devengado o ingresado en el marco de todas sus actividades económicas. El sistema común del IVA garantiza, por lo tanto, la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultados de las mismas, a condición de que dichas actividades estén a su vez sujetas al IVA.⁷⁵

A este respecto, el Tribunal de Justicia también ha interpretado que el principio de neutralidad del IVA respecto de la carga fiscal de la empresa exige que los primeros gastos de inversión efectuados para las necesidades de creación de una empresa se consideren como actividades económicas, y que sería contrario a dicho principio el que las referidas actividades económicas sólo empezaran en el momento en que se explotara efectivamente la empresa, es decir, cuando se produjera el ingreso sujeto al impuesto.⁷⁶ Cualquier otra interpretación del artículo 4 de la Sexta Directiva supondría gravar al operador económico con el coste del IVA en el marco de su actividad económica sin darle la posibilidad de deducirlo, conforme al artículo 17, y haría una distinción arbitraria entre los gastos de inversión efectuados antes de iniciar la explotación efectiva de una empresa y los efectuados durante la misma.

El artículo 4 de la Sexta Directiva no impide, sin embargo, que la Administración Tributaria exija que la intención declarada de iniciar actividades económicas que den lugar a operaciones sujetas a impuesto se vea confirmada por elementos objetivos. En este contexto, el Tribunal de Justicia considera importante subrayar que la condición de sujeto pasivo sólo se adquiere definitivamente si la declaración de la intención de iniciar las actividades económicas previstas ha sido hecha de buena fe por

⁷⁴ Sentencia de 6 de julio de 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Rec. p. I-1883), apartado 18.

⁷⁵ Sentencias de 14 de febrero de 1985, Rompelman (268/83, Rec. p. 655), apartado 19, y de 15 de enero de 1998, Ghent Coal Terminal (C-37/95, Rec. p. I-1), apartado 15.

⁷⁶ Sentencias Rompelman citada en la nota 45 *supra*, apartado 23, y de 29 de febrero de 1996, INZO (C-110/94, Rec. p. I-857), apartado 16.

el interesado. En las situaciones de abuso o de fraude en las que, por ejemplo, este último ha fingido querer ejercer una actividad económica concreta, pero en realidad ha pretendido incorporar a su patrimonio privado bienes que pueden ser objeto de deducción, la Administración Tributaria puede solicitar, con efecto retroactivo, la devolución de las cantidades deducidas, puesto que tales deducciones se concedieron basándose en declaraciones falsas.⁷⁷

De ello deduce el Tribunal de Justicia que quien tiene la intención, confirmada por elementos objetivos, de iniciar con carácter independiente una actividad económica en el sentido del artículo 4 de la Sexta Directiva y realiza los primeros gastos de inversión al efecto debe ser considerado sujeto pasivo. Al actuar como tal, tendrá derecho, conforme a los artículos 17 y siguientes de la Sexta Directiva, a deducir de inmediato el IVA devengado o ingresado por los gastos de inversión efectuados para las necesidades de las operaciones que pretende realizar y que conlleven derecho a deducción, sin necesidad de esperar al inicio de la explotación efectiva de su empresa.

El Gobierno español alegaba que las disposiciones de los apartados 1 y 8 del artículo 22 de la Sexta Directiva, puestas en relación, permiten condicionar el ejercicio del derecho a la deducción a requisitos tales como la presentación de una solicitud expresa o el respeto de un plazo de un año entre dicha solicitud y el inicio efectivo de las operaciones gravadas. En su opinión, por una parte, dicha declaración persigue la misma finalidad de garantía que la declaración de iniciación, modificación y cese de actividad prevista en el artículo 22, apartado 1, de la Sexta Directiva. Por otra parte, la facultad establecida en su artículo 22, apartado 8, que permite a los Estados miembros establecer otras obligaciones no previstas en ella con el fin de asegurar la exacta percepción del impuesto y evitar el fraude, incluye la facultad de condicionar el ejercicio del derecho a deducción a la presentación de una solicitud expresa y al respeto de un plazo de un año entre dicha solicitud y el inicio efectivo de las operaciones gravadas.

El Tribunal rebatió esta argumentación subrayando que el artículo 22, apartado 1, de la Sexta Directiva únicamente establece la obligación de los sujetos pasivos de declarar la iniciación, la modificación y el cese de sus actividades, pero no autoriza en absoluto a los Estados miembros, en caso de que no se presente dicha declaración, a retrasar el ejercicio del derecho a deducir hasta el inicio efectivo de la realización habi-

⁷⁷ Sentencias Rompelman e INZO, citadas en las notas 75 y 76 *supra*, apartados 24, y 23 y 24, respectivamente.

tual de las operaciones gravadas o a privar del ejercicio de este derecho al sujeto pasivo. Reconoció, además, que las medidas que los Estados miembros están facultados para establecer con arreglo al artículo 22, apartado 8, de la Sexta Directiva en orden a asegurar la exacta percepción del impuesto y evitar el fraude no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos. En consecuencia, no pueden ser utilizadas de forma que cuestionen sistemáticamente el derecho a deducir el IVA, que constituye un principio fundamental del sistema común del establecido por la legislación comunitaria en la materia.⁷⁸

Y la normativa española no sólo condiciona el ejercicio del derecho a la deducción del IVA soportado por un sujeto pasivo antes del inicio de la realización habitual de las operaciones gravadas a la presentación de una solicitud expresa y al respeto de un plazo de un año entre dicha solicitud y el inicio efectivo de las operaciones gravadas, sino que sanciona igualmente el incumplimiento de dichos requisitos con un retraso sistemático del ejercicio del derecho a deducir hasta el momento del inicio efectivo de la realización habitual de las operaciones gravadas, pudiendo incluso dar lugar a la pérdida de este derecho, si tales operaciones no se inician o si el derecho a deducir no se ejercita en un plazo de cinco años a partir del nacimiento del derecho.

Por estas razones, el Tribunal apreció que esa normativa iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de asegurar la exacta percepción del impuesto y evitar el fraude y respondió que el artículo 17 de la Sexta Directiva se opone a una normativa nacional como la descrita.

(MIRP)

⁷⁸ Sentencia de 18 de diciembre de 1997, Molenheide y otros (asuntos acumulados C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96, Rec. p. I-7281), apartado 47.

Crónica

Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea

por Beatriz Iñarritu

Profesora de la Universidad Comercial de Deusto,
asignatura «Unión Europea»

Sumario: INTRODUCCIÓN.—1. ESTADO DE LA INTEGRACIÓN.—1.1. **La Declaración Schuman cumple 50 años.**—1.2. **La conferencia intergubernamental sobre la reforma institucional.**—1.3. **La aplicación: inicio de las negociaciones con Eslovaquia, Rumania, Bulgaria, Lituania, Letonia y Malta**—1.4. **Austria: bloqueo diplomático de la Unión Europea.**—1.5. **Unión Monetaria: «Ecuador» del período transitorio, adhesión de Grecia a la UME y referendums en Dinamarca y Suecia.**—2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL.—2.1. **Los Consejos Europeos de la Presidencia portuguesa.**—2.2. **Comisión: programa de actuación 2000-2005, reorganización interna, cese de cargos internos.**—2.3. **BERD: nuevo presidente.**—3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA.—3.1. **Acuerdo de libre comercio con México.**—3.2. **Acuerdo con China para su incorporación a la Organización Mundial del Comercio.**—3.3. **Suiza: votación en favor de un acercamiento a la Unión Europea.**—3.4. **Directiva sobre el comercio electrónico.**—3.5. **Propuesta de reforma de la política común de competencia en materia de acuerdos horizontales.**—3.6. **Sentencia del Tribunal de Justicia sobre la denominación de origen del vino de Rioja.**—3.7. **Sentencia del Tribunal de Justicia contra las «acciones de oro» de los gobiernos.**

INTRODUCCIÓN

La construcción comunitaria continúa, lentamente y con dificultades, pero sin pausa y dando nuevos pasos que crean más «solidaridades de hecho» entre los Estados del continente.

Este es el mensaje que nos dejó la Declaración Schuman y que hoy sigue siendo tan actual como hace 50 años, cuando el 9 de mayo de 1950, el entonces ministro francés de Exteriores hizo pública su idea de la unificación europea.

En este primer semestre de 2000 se ha puesto en marcha la Conferencia Intergubernamental de la reforma institucional que dará paso a la ampliación, el euro ha entrado en su «cuenta atrás» con la eventual incorporación de Grecia, Dinamarca y Suecia, y en el Consejo Europeo de Lisboa se han adoptado decisiones importantes para superar el desfase actual de Europa, frente a Estados Unidos, en las denominadas «tecnologías de la información».

En el ámbito internacional, la UE ha firmado un importante acuerdo de libre comercio con México y ha sellado un pacto global con China que habrá de permitir el acceso de las empresas comunitarias al mayor mercado del mundo. Los suizos han aprobado, además, un mayor acercamiento a la UE en materia de libre circulación de personas, transporte, I+D y eliminación de barreras técnicas al comercio.

Sin embargo, también son evidentes los síntomas de desánimo: el reciente debate presupuestario de la Agenda 2000 que enfrentó a Estados grandes y pequeños, Estados agrícolas e industriales y Estados ricos y pobres del norte o del sur, el mismo debate abierto sobre la reforma institucional, las incógnitas sobre la financiación de la Ampliación (nunca antes se ha producido una ampliación con un desfase económico tan fuerte), y también, el insólito aislamiento político a un Estado miembro, Austria.

Europa atraviesa, efectivamente, un momento de incertidumbre frente al futuro, pero ello no impide que algunos de los más altos dirigentes del continente lancen mensajes encaminados a la «revitalización» del modelo comunitario.

Lionel Jospin, primer ministro francés, afirmó, en un discurso ante la Asamblea Nacional, que «Europa no funciona bien», pero simultáneamente mostró su perspectiva de la Europa del futuro, señalando su voluntad de culminar la reforma institucional durante la presidencia que Francia ejercerá durante el segundo semestre de 2000, para conseguir una Europa «más eficaz y cercana al ciudadano» y al servicio del crecimiento y del empleo. «Hay que dar a la Comisión Europea un tamaño y una organización capaces de permitirle asumir su papel impulsor de la construcción comunitaria» afirmó.

Por su parte, el ministro de Asuntos Exteriores alemán, *Joschka Fischer*, ha retomado públicamente la idea de crear una Europa federal, que no cuestione a los Estados nacionales, pero que establezca una verdadera división de competencias entre el nivel federal y el nacional. *Fischer* ha propuesto la creación de un centro de gravedad de países que se constitu-

ya en el motor de la «nueva construcción europea». La cuestión será, lógicamente, definir qué países lo integrarían. Sin duda, los partidarios de una «Europa comercial», liderados por el librecambismo defendido por el Reino Unido, quedarían fuera.

1. ESTADO DE LA INTEGRACIÓN

1.1. La Declaración Schuman cumple 50 años

El pasado 9 de mayo, la UE celebró de manera especial el aniversario de la «Declaración Schuman», ya que se cumplían cincuenta años de la célebre e histórica idea del entonces ministro francés de Asuntos Exteriores, *Robert Schuman*, de situar bajo una autoridad supranacional la producción del carbón y del acero de Francia y Alemania, y que fue el origen de un proceso de unificación del continente que aún hoy continúa en marcha.

La Declaración es considerada, a todos los efectos, como el acta fundacional de la Unión Europea, y es por ello que el 9 de mayo es «el día de Europa».

En una fecha tan señalada, no faltaron manifestaciones solemnes y optimistas, como la del español *Javier Solana*, Mister PESC, quien recordaba que «los padres fundadores crearon la UE para evitar la guerra; fueron unos genios y consiguieron sus objetivos: hoy resulta inconcebible que Alemania, Francia, Inglaterra, España o Italia lleguen a resolver sus problemas por medio de la violencia».

Es verdad que Europa ha «espantado» el fantasma de la guerra y es verdad también que ha creado un mercado interior de 300 millones de consumidores, mercado que, además, se ha reforzado con la creación de una moneda única. Por otra parte, la ampliación al Este, y con ella, la unión del continente, está en marcha y la UE también ha dado sus primeros pasos hacia una defensa común, lo que le permitirá «marcar distancias» con su gran aliado y rival norteamericano.

Sin embargo, este magnífico balance, que sin duda hubiera sido un sueño para los fundadores de la Europa comunitaria de hace medio siglo, no ha sido celebrado con el entusiasmo que, a priori, hubiera cabido esperar. Y ello porque resulta evidente, desde todo punto de vista, que la integración europea está atravesando, en estos momentos, una especie de «crisis de confianza», fruto de un clima de división entre los países miembros de la Unión Europea.

En este sentido, existe un cierto sentimiento de que la defensa de los intereses nacionales parece haberse «disparado» en el seno de la UE, so-

bre todo a raíz de las duras discusiones financieras de la Agenda 2000 que tuvieron lugar en el pasado Consejo Europeo de Berlín.

El que en otro tiempo fuera «motor» de la construcción europea, Alemania, se ha ralentizado. La visión alemana de Europa parece haber cambiado en los últimos tiempos y ello, quizás, porque la reunificación ha resultado ser un proceso más costoso de lo esperado y quizás, también, porque la que considera «excesiva aportación» alemana a las arcas comunitarias no fue corregida en la mencionada Agenda 2000. Para gran parte de la opinión pública germana Europa ha pasado de ser un compromiso con la paz y con la prosperidad a ser una carga financiera para sus bolsillos.

Asimismo, resulta ciertamente evidente que una especie de «polo euroescéptico» formado por Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Austria y, en menor medida, Finlandia, se está consolidando en el seno de la «familia comunitaria».

Por otra parte, nadie pone en duda que la ampliación al Este es un deber ineludible, moral y político de los Quince respecto al resto del continente. Sin embargo, ya se han comenzado a plantear los dos debates básicos que las futuras adhesiones significarán para el futuro de la Unión: la enorme carga financiera que supondrá para los actuales socios comunitarios y la reforma de las instituciones comunitarias, tema este último que despierta fuertes recelos y enfrentamientos.

1.2. La conferencia intergubernamental sobre la reforma institucional

Los ministros de Exteriores de los Quince convocaron, el pasado 14 de febrero en Bruselas, la Conferencia Intergubernamental (CIG) que, durante este año 2000, deberá estudiar las reformas a introducir en las instituciones comunitarias, para hacerlas así aptas para la Adhesión de nuevos países a la Unión Europea.

La misión de estos representantes gubernamentales, de los Quince Estados miembros, será alcanzar un nada fácil acuerdo sobre la reforma de los principales órganos de gobierno, reforma que, a su vez, deberá quedar reflejada en los Tratados constitutivos de la UE.

Por parte española, la representación en la CIG ha recaído sobre Carlos Basterreche, secretario general de Política Exterior y para la Unión Europea.

El objetivo de los Quince es concluir esta CIG el próximo mes de diciembre, coincidiendo con el Consejo Europeo de Niza, a pesar de que algunos países —España entre ellos— no han ocultado sus dudas sobre este plazo.

Los debates, que se vislumbran difíciles, se centrarán en la ponderación del voto del Consejo de Ministros, la modificación del número de comisarios y la extensión de las decisiones por mayoría cualificada en el Consejo.

Según lo permitan y lo aconsejen las circunstancias, esta denominada «agenda corta» de la CIG podría verse «enriquecida» con otros dos grandes debates: la adaptación del Tratado de la Unión Europea a las nuevas orientaciones de la Política Exterior y de Seguridad Común, PESC, en materia de defensa, y la mayor concreción de la «Cooperación Reforzada», el mecanismo que permitirá a un número limitado y variable de socios de la UE avanzar más que el resto en el proceso de integración.

1.3. La ampliación: inicio de las negociaciones con Eslovaquia, Rumania, Bulgaria, Lituania, Letonia y Malta

Simultáneamente a la puesta en marcha de la CIG, el 15 de febrero, los Quince dieron también inicio a las negociaciones de adhesión con el segundo grupo de países candidatos: Eslovaquia, Rumania, Bulgaria, Lituania, Letonia y Malta.

Cada país deberá seguir un calendario propio de negociación, y sólo los capítulos más sencillos se tratarán con todos ellos al mismo tiempo.

Desde la Dirección General de la Ampliación, dirigida por el español *Eneko Landaburu*, se apunta a Malta y Eslovaquia como posible «avanzadilla» del grupo.

Por lo que se refiere al primer grupo de países candidatos, Chipre es el que se encuentra en un estado más avanzado de negociación, mientras que Eslovenia es el que presenta una mayor convergencia económica con la UE. Sin embargo, el escaso peso económico de ambos parece aconsejar su «agrupamiento» con el resto, por lo que es probable que deban esperar el mayor avance de las negociaciones con Polonia, Hungría y República Checa. Estonia se encuentra levemente rezagada.

Este grupo ha cerrado ya una media de nueve capítulos de los treinta y uno que se negocian en total; sin embargo, todos tienen pendientes por resolver temas tan complicados como la Agricultura, Justicia e Interior, la libre circulación de personas, la Política Regional y los Presupuestos. La Comisión Europea parece pensar que los períodos transitorios serán la solución a los debates: posponer el derecho de los ciudadanos de los nuevos países miembros a trabajar y residir en el territorio de los Quince o extender la Política Agrícola Común únicamente

cuando estos países hayan puesto en marcha las reformas estructurales necesarias.

Las previsiones no son, en todo caso, optimistas en cuanto a plazos. Pocos piensan en Bruselas que se vaya a producir alguna adhesión antes de 2006.

1.4. Austria: bloqueo diplomático de la Unión Europea

En febrero la Unión Europea acordó la imposición de una serie de sanciones políticas a uno de sus miembros, Austria, a raíz del acceso del Partido Liberal ultraderechista de *Jörg Haider* a su gobierno.

De esta forma, los «Catorce» comenzaron entonces a restringir los contactos políticos bilaterales con el país centroeuropeo, dejaron de apoyar las candidaturas austríacas para organismos internacionales y dejaron de recibir a los embajadores de Viena, salvo en reuniones de carácter técnico.

Con esta decisión sin precedentes en su historia, la UE aislaba políticamente a uno de sus socios, por lo que consideraron «un riesgo contra las libertades», y abrió un grave e insólito conflicto interno.

En todo caso, ya en el mes de mayo, los «Catorce» han dado muestras de ciertas disidencias en cuanto al mantenimiento de estas sanciones. Seis Estados miembros (España, Italia, Irlanda, Grecia, Finlandia y Dinamarca) han planteado, efectivamente, una iniciativa que pretende su supresión y, por tanto, la normalización de las relaciones con el gobierno de Viena.

Sin embargo, esta iniciativa sigue siendo rechazada por Bélgica, Francia, Portugal y Luxemburgo, países que, junto a Alemania, promovieron en su momento el aislamiento de Austria. Aunque el gobierno alemán fue, entonces, el más enérgico defensor de las sanciones, lo cierto es que, en los últimos meses parece haber cambiado su posición y se muestra dispuesto a admitir una solución a la situación. Británicos y suecos han hecho valer una disposición semejante. Todos ellos son conscientes de la ineficacia de las sanciones, ya que, lejos de causar una crisis en el gobierno austríaco, han conseguido incrementar la popularidad de *Haider* en su país.

El levantamiento de las sanciones plantea, en todo caso, dos obstáculos; por una parte, la frontal oposición de Francia y de Bélgica, que se muestran inflexibles en su postura de mantener el aislamiento de Austria, y, por otra parte, el temor al efecto que tal decisión provocaría en Austria, ya que, con toda seguridad, *Haider* la interpretará como una gran victoria, suya personal y de su partido, sobre Europa.

1.5. Unión monetaria: «ecuador» del período transitorio, adhesión de Grecia a la UME y referendums en Dinamarca y Suecia

La Comisión ratificó, el pasado 3 de mayo, el cumplimiento de los criterios de convergencia económica por parte de Grecia. Con esta decisión, el ejecutivo comunitario cursaba su recomendación a los Quince para que hagan oficial el ingreso del país heleno en la Unión Monetaria en la cumbre semestral del Consejo Europeo, que habrá de celebrarse a finales de junio en la localidad portuguesa de Santa Maria de Feira.

El comisario de Asuntos Económicos y Monetarios, *Pedro Solbes*, destacó, con tal motivo, los «sólidos progresos» realizados por Grecia hacia el euro en los dos últimos años y rechazó las tesis de muchos críticos, que consideran que Grecia será una fuente de tensiones para la Unión Monetaria por las dudas que se plantean en relación a la capacidad de Atenas por mantener el control sobre la tasa de inflación y sobre el déficit público.

También el Parlamento Europeo, en su sesión plenaria del pasado 18 de mayo, dio luz verde a la entrada de Grecia al euro por una amplia mayoría (376 votos a favor, 42 en contra y 80 abstenciones).

De esta forma, Grecia se convertirá en el duodécimo país del euro el próximo 1 de enero de 2001. Tras un año de período transitorio, los griegos se sumarán a los demás ciudadanos europeos en el «estreno» del euro físico.

Por lo que se refiere a los otros tres países «pre-in» de la UME, es preciso apuntar que Dinamarca ha puesto fecha, el próximo 28 de septiembre, para el referéndum que debe decidir sobre su incorporación al euro. Por su parte, el gobierno socialdemócrata sueco hizo pública, en marzo, su postura a favor del euro, con lo que, con toda probabilidad, también convocará un referéndum para que sean los ciudadanos quienes finalmente decidan sobre el cambio de moneda.

El caso del Reino Unido sigue siendo el más problemático, puesto que, aun siendo uno de los países de más peso económico en la Unión Europea, no tomará ninguna decisión hasta el año 2003.

Aunque el premier británico, *Tony Blair*, es un firme defensor de la moneda única, ya ha anunciado que su gobierno no convocará un referéndum en esta legislatura. Por tanto, únicamente si, como anuncian todos los pronósticos, el partido laborista ganara las próximas elecciones, la consulta podría celebrarse en 2003.

Por su parte, y también en relación a la UME, debe señalarse la celebración del segundo aniversario del Banco Central Europeo. La Autoridad monetaria de los Once fue constituida, efectivamente, el 1 de junio de 1998, en los meses previos al nacimiento del euro el 1 de enero de

1999, y desde entonces, el Consejo de Gobierno del BCE ha debido adoptar diferentes decisiones sobre los tipos de interés en la «eurozona».

La más reciente ha sido la del pasado 8 de junio, cuando el BCE fijó el tipo de interés oficial del dinero en el 4,25%, lo que supuso un incremento de medio punto dirigido, en palabras del presidente de la institución monetaria *Wim Duisenberg*, a «eliminar los riesgos que amenazan las estabilidad de precios» y a «contribuir a la continuación de un crecimiento no inflacionario en la zona euro». Desde noviembre pasado, cuando los tipos de interés se situaban en el 2,5%, el BCE ha aumentado el precio del dinero en cinco ocasiones, con una subida acumulada de 1,75 puntos.

Uno de los principales factores que ha forzado al BCE a seguir esta línea alcista en los tipos es la fuerte depreciación que ha sufrido la divisa común respecto al dólar desde comienzos de año. Así, aunque el euro parece haber «remontado» su cotización hasta valores en torno a 0,97 dólares (el mínimo se alcanzó a mediados de mayo con un valor de 0,884 dólares), su debilidad frente a la moneda americana supone una seria amenaza para la inflación.

También fue noticia destacada la reunión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, por vez primera, en un lugar distinto a su sede de Frankfurt. Tuvo lugar el pasado el 30 de marzo en Madrid. En una segunda ocasión, a lo largo del segundo semestre del año, también se reunirá en París.

Oficialmente, el BCE no dio ninguna explicación de la elección de la capital española como lugar de su primera reunión fuera de Alemania, pero extraoficialmente parecer ser que fue un gesto de la autoridad monetaria hacia *Luis Angel Rojo*, gobernador del Banco de España, que se despide de su cargo el próximo 12 de julio.

Por último, y en relación también a la moneda única, es importante señalar la propuesta de Francia para fortalecer el Consejo «Euro 11», que integra de manera informal a los ministros de Economía y Finanzas de los Once. En opinión del ministro francés de Economía, *Laurent Fabius*, este foro informal debe convertirse en un auténtico instrumento de apoyo político al euro y en un contrapeso al poder monetario que ostenta el Banco Central Europeo.

Aunque en la reunión que celebró el «Euro 11» en Bruselas el pasado 5 de junio el ministro galo no desveló ninguna propuesta concreta, todo parece indicar que Francia hará públicos sus proyectos tan pronto como recoja el testigo de la presidencia del Consejo de Ministros el próximo 1 de julio. Sí consiguió, sin embargo, que Grecia participe ya en las reuniones del «Euro 11» a partir de julio, por lo que se ha convertido, de facto, en el «Euro 12».

2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

2.1. Los Consejos Europeos de la presidencia portuguesa

Durante el primer semestre de 2000 el gobierno portugués tiene previsto convocar dos Consejos Europeos, un Consejo extraordinario celebrado en la capital Lisboa para tratar el problema del desempleo en Europa y un Consejo ordinario, que se celebrará los días 19 y 20 de junio, en la localidad lusa de Santa Maria de Feira.

En la primera cumbre, celebrada los días 23 y 24 de mayo, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Quince hicieron valer su objetivo común de garantizar un crecimiento económico sostenido, en torno al 3%, para que el pleno empleo sea una realidad en la Europa comunitaria de finales de década, hacia 2010.

Para alcanzar dicho objetivo, el Consejo Europeo de Lisboa aprobó una ambiciosa agenda de reformas estructurales que habrán de convertir la economía comunitaria en la más competitiva del mundo, con una creación de 20 millones de puestos de trabajo en diez años.

De esta forma, la cumbre fue considerada, por los propios Jefes de Estado y de Gobierno, como «un punto de inflexión en la estrategia política y económica de la UE». El documento de conclusiones de la reunión señalaba que el Consejo Europeo de Lisboa había «intentado dar una respuesta al reto de la mundialización y de los imperativos que plantea una nueva economía basada en el conocimiento».

El pilar básico del plan acordado en Lisboa es la potenciación de la llamada «sociedad de la información», como medio para recuperar el terreno perdido frente a Estados Unidos en este campo. Así, los Quince se comprometieron a dar un fuerte impulso al comercio electrónico y a la utilización de las nuevas tecnologías, y a que, por tanto, las denominadas «autopistas de la información» lleguen al último confín de la UE.

En este sentido, los gobiernos de los Quince se comprometieron a conseguir «una reducción sustancial» de los costes de acceso a internet, para lo cual deberán permitir una mayor competencia en las redes locales antes de finales del año 2000. Los Jefes de Estado y de Gobierno también se autoimpusieron una fecha de «plena integración y liberalización de los mercados de telecomunicaciones», un año más tarde, a finales de 2001.

Con este mismo ánimo de extender el uso de las nuevas tecnologías, los Quince se comprometieron a aprobar durante este año 2000 el marco jurídico común sobre el comercio electrónico, el dinero electrónico y la venta a distancia de servicios financieros. Los contratos públicos también deberán estar accesibles por Internet a partir de 2003.

El único punto de discordancia fue el provocado por Francia, ya que *Jacques Chirac* se negó a fijar un plazo para la liberalización e integración de sectores como la energía y el transporte. Los representantes franceses alegaron, en este sentido, que en las discusiones «había una centralización excesiva en el tema de la competitividad, en detrimento de la dimensión social de la UE». El primer ministro, *Lionel Jospin*, también fue tajante al afirmar que la liberalización de ambos sectores únicamente puede ser examinada en el marco de una reflexión más amplia sobre «la evolución de los servicios de interés general, que están en el corazón del modelo europeo».

De hecho, el Consejo prefirió posponer determinados debates como el aumento de la marginación social que podrá provocar la revolución tecnológica de internet o la sostenibilidad del sistema de pensiones.

Los Quince acordaron también la institucionalización de este Consejo, de forma que los Jefes de Estado y de Gobierno volverán a reunirse todos los años en primavera para analizar las políticas económicas y sociales de la UE.

2.2. Comisión: programa de actuación 2000-2005, reorganización interna, cese de cargos internos

El 15 de febrero, el presidente de la Comisión Europea, el italiano *Romano Prodi*, presentó al Parlamento Europeo el programa de actuación del ejecutivo comunitario para los próximos cinco años.

Prodi señaló que el crecimiento económico de la UE debe basarse en un Mercado Único dinámico, con mayor competitividad y con un apoyo decidido a la investigación y a la innovación. En este sentido, hizo especial hincapié en la necesidad de armonizar los sistemas nacionales de protección social, para facilitar la movilidad laboral, y en la coordinación de los regímenes fiscales, para reforzar la Unión Monetaria y para distribuir más eficazmente la carga fiscal entre el capital y el trabajo.

En todo caso, y a pesar de que el programa quinquenal de la Comisión fue apoyado por los grupos mayoritarios de la Asamblea de Estrasburgo, el discurso de *Prodi* provocó una cierta decepción en el entorno comunitario debido a la falta de nuevas ideas e iniciativas, que desvelen y concreten la forma en que el italiano piensa, efectivamente, alcanzar sus grandes objetivos.

Por otra parte, *Prodi* también ha anunciado, en repetidas ocasiones, su intención de poner en práctica una «descentralización radical del poder de gestión entre los diferentes niveles de gobierno en Europa», y su deseo de comenzar por la política de competencia. Las críticas, en este

sentido, no se han hecho esperar, ya que la descentralización de la Política Común de Competencia en los Estados miembros podría significar el desmantelamiento de uno de los principales baluartes de Bruselas.

La sospecha de que, bajo la justificación de una descentralización, se produzca la «renacionalización» de ciertas competencias comunitarias es evidente, y también la sospecha de que tales iniciativas de la Comisión se lleven a cabo para responder a las consignas marcadas por los países más afectados (en el caso de la política de la competencia, por Alemania y Francia).

La Comisión también ha sido noticia en los primeros meses de 2000 por la remodelación interna provocada por el mismo *Prodi* en una serie de cargos importantes de la institución.

Fue el 3 de mayo cuando el presidente italiano del ejecutivo comunitario anunció el cese del secretario general de la Comisión, *Carlo Trojan*, y su sustitución por el hasta entonces jefe de su propio gabinete, *David O'Sullivan*. También hizo público el nombramiento como director del Consejo Económico y Político del que entonces era portavoz de la Comisión, *Ricardo Franco Levi*.

Estos cambios, cuando la Comisión apenas llevaba algo más de siete meses en ejercicio, fueron interpretados como un auténtico «golpe de mando» de tintes presidencialistas, encaminados a afianzar el poder del propio *Prodi* en la institución.

La decisión de destituir al holandés *Trojan* ha sido también interpretada como un intento de *Prodi* de romper con el pasado del ejecutivo de *Santer*, ya que éste había sido reiteradamente citado en el informe de expertos que enjuició los casos de nepotismo y fraude en la antigua Comisión. Cuando *Prodi* asumió la presidencia del ejecutivo de la UE no pudo imponer su cese, por presiones holandesas y alemanas principalmente.

Ahora, sin embargo, ha tomado esta decisión en lo que constituye un claro gesto hacia el Parlamento Europeo, que insistía en recordarle, desde hace tiempo, la falta de clarificación en la gestión de *Trojan* en el pasado.

En todo caso, el presidente de la Comisión ha actuado sin consultar a los Estados miembros, pese a tratarse de un puesto, el de la Secretaría General, ciertamente importante y de muy alta responsabilidad. De hecho, el nombramiento del nuevo secretario general, *David O'Sullivan*, se ha producido sin esta consulta y, únicamente, según el criterio personal de *Prodi*. Este, hasta ahora, desconocido irlandés, no ha debido someterse a un procedimiento de concurso de méritos como ha sucedido en ocasiones anteriores.

Por su parte, la destitución de *Levi* como portavoz de la Comisión ha sido consecuencia de las duras críticas que los comisarios habían vertido

en su contra. *Prodi* le ha nombrado director del «Consejo Económico y Político», un organismo de nuevo cuño que viene a sustituir a la antigua «Célula de Prospectiva», con funciones de asesoría al presidente «en la organización del pensamiento estratégico de la Comisión». *Levi*, por tanto, mantiene, su contacto directo con el presidente en una especie de «equipo de pensadores».

Los distintos medios comunitarios no pudieron ocultar una reacción negativa contra lo que consideraron un «mal ejemplo». Las dos designaciones, la de *O'Sullivan* y la de *Levi* han chocado frontalmente con la doctrina difundida por el mismo *Prodi* en materia de nombramientos y que preconiza que todos los altos cargos de la institución deben ser nombrados en función de sus méritos. Los candidatos deberían, por tanto, someterse a un concurso de méritos para decidir cuál es más adecuado a cada puesto. Así se hizo en 1997, cuando el propio *Trojan* superó al español *Eneko Landaburu* para ocupar la secretaría general.

La Secretaría General de la Comisión es un cargo muy delicado, de equilibrio entre los distintos gabinetes de los comisarios. En la historia de las Comunidades Europeas, únicamente cuatro personas han ocupado este puesto: el primero fue *Emile Noël*, del que se decía que «mandaba más que muchos comisarios»; le sustituyó, ya con *Delors*, el británico *David Williamson*; *Trojan* ha sido el tercero y *O'Sullivan*, el cuarto.

Por último, y en relación también a la Comisión Europea, debe destacarse la polémica abierta por el comisario británico *Chris Patten* con sus críticas vertidas sobre la labor desarrollada por *Javier Solana* como secretario general del Consejo de Ministros y alto representante de la UE en materia de Política Exterior y de Seguridad Común, esto es, como «Mister PESC».

El comisario, responsable de la cartera de Asuntos Exteriores, afirmaba, en un documento confidencial destinado a ser debatido en la Comisión, que Solana «le usurpa funciones» y que la propia figura de «Mister PESC» ha generado «nuevas complicaciones institucionales».

En el fondo de la polémica no está tanto la polémica personal sino, lo que es mucho más importante, la reivindicación de poder en materia de política exterior que pretenden tanto la Comisión como el Consejo de Ministros.

2.3. BERD: nuevo presidente

La novena asamblea anual del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, BERD, concluyó el pasado 22 de mayo en Riga (Letonia) con el nombramiento de *Jean Lemierre* como nuevo presidente de la institución.

El francés era, efectivamente, el candidato de la Unión Europea, y su designación no provocó sorpresas ya que no se enfrentaba a ningún rival «importante». *Lemierre* es, de esta forma, el cuarto presidente del BERD en los menos de diez años de existencia de la institución y el tercero de nacionalidad francesa. Inició su carrera profesional en el Ministerio de Finanzas francés, de donde pasó a la Dirección General del Tesoro. Seguidamente accedió a la presidencia del Comité Económico y Financiero de la UE, el órgano que, desde enero de 1999, ha sido el «motor» de la zona euro, preparando las reuniones del Consejo de Ministros de Finanzas de los Quince, el ECOFIN.

Ahora, al frente del BERD, *Lemierre* se ha convertido en uno de los principales valedores de la reconstrucción del antiguo bloque del Este de Europa y deberá, en particular, afrontar el «inmenso desafío» que, en sus propias palabras, plantea Rusia. Ya en sus primeras declaraciones, el francés expresó su deseo de reforzar la presencia del Banco en este país. En todo caso, es posible que con estas afirmaciones el nuevo presidente estuviera tratando de contrarrestar las críticas recibidas recientemente por el BERD por destinar más recursos a Europa central y del este que a la Comunidad de Estados Independientes (CEI).

Asimismo, en su primera comparecencia ante la prensa tras su nombramiento, *Lemierre* subrayó su intención de mejorar la transparencia de la entidad y de colaborar con otras instituciones financieras internacionales para utilizar mejor unos recursos «que son escasos».

Las previsiones del BERD apuntan a una inversión crediticia del orden de unos 3.000 millones de euros este año, a distribuir entre los 26 países beneficiarios del antiguo bloque soviético. Aunque el Banco ha subrayado su intención de articular una mayor asignación de fondos a Rusia y a los demás países de la antigua URSS, también ha confirmado que no olvidará a los países «más avanzados», que aspiran a ingresar los primeros en la UE.

3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA

3.1. Acuerdo de libre comercio con México

La Unión Europea y México firmaron, el 23 de marzo, un acuerdo de libre comercio.

El acuerdo, que entrará en vigor el 1 de julio, deberá permitir la recuperación del nivel de intercambios entre las partes, ya que en los últimos cuatro años han caído un 50%.

El primer ministro mexicano, *Ernesto Zedillo*, destacó la importancia del pacto suscrito con el presidente de la Comisión Europea *Romano*

Prodi, en la medida en que se trata del «acuerdo más amplio que haya firmado la UE con una nación fuera de su ámbito geográfico». Recordó, asimismo, que Europa podrá, gracias al acuerdo, competir en igualdad de condiciones con los demás países con los que México mantiene otros Tratados de libre comercio, como Estados Unidos y Canadá (Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, «*Nafta*»).

Con la entrada en vigor del acuerdo, el próximo 1 de enero de 2003 el 52% de las exportaciones comunitarias de productos industriales no soportarán derechos arancelarios, y la eliminación total se conseguirá el 1 de enero de 2007. Por su parte, los Quince eliminarán los aranceles sobre el 82% de las importaciones industriales procedentes de México a partir de julio, y completarán la liberalización, sobre el 18% restante, a finales de 2002.

3.2. Acuerdo con China para su incorporación a la Organización Mundial del Comercio

La Unión Europea y China lograron cerrar un acuerdo, el pasado 19 de mayo, que permitirá al país asiático entrar a formar parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Se daba término, así, a más de seis años de negociaciones entre la Comisión Europa y Pekín, encaminadas a sellar un pacto bilateral que constituía, de hecho, el último gran escollo para permitir el ingreso del gigante asiático en la OMC.

Efectivamente, la UE era el más importante de los miembros de la OMC con el que Pekín aún no había concluido sus negociaciones, tras el acuerdo alcanzado el pasado 15 de noviembre con Estados Unidos. Es por ello que el acuerdo supone para el país asiático el espaldarazo definitivo a su demanda de ingreso, que depositó hace ya catorce años. «Nuestra adhesión demostrará nuestra firme determinación de abrirnos al mundo exterior», señaló el presidente chino, *Jiang Zemin*.

Este ingreso de China en la OMC, que se producirá probablemente a final de año, supondrá, en opinión de todos los expertos, una auténtica revolución del comercio internacional, ya que significa que el país más poblado del planeta se compromete a aceptar las normas que regulan el comercio internacional en el marco de la OMC. No valdrán ya las normas «secretas», ni la preponderancia de los monopolios públicos ni las actitudes discriminatorias hacia las empresas foráneas.

La apertura china cambiará el panorama del comercio mundial de forma radical, y las grandes multinacionales ya han pronosticado que, en un plazo de entre cinco y diez años, China se convertirá en el mayor mercado mundial.

El acuerdo alcanzado con la UE, que ha sido liderado por parte comunitaria por el comisario de Comercio Exterior, el francés *Pascal Lamy*, comprende la liberalización de la agricultura, la industria y los servicios. En materia industrial, las negociaciones finales se han concentrado en un total de 150 productos «sensibles», con el resultado de una reducción del arancel medio chino del 18,6% en vigor al 10,9%. Entre los productos que se benefician de esta reducción arancelaria están las bebidas espirituosas —cuyo arancel pasa del 65% al 10%—, los cosméticos —del 30 al 10%— y la maquinaria —del 35 al 10%—.

Pekín se compromete, además, a poner en práctica una política de plena transparencia en materia de contratos públicos y a liberalizar las importaciones de petróleo y fertilizantes, a eliminar el monopolio de exportación de la seda y a mejorar las condiciones para la fabricación de vehículos automóviles en su territorio (desaparece la exigencia de tener que contar con un socio local chino).

Por lo que se refiere a la agricultura, el acuerdo comprende mejoras sustanciales en las tarifas de importación para numerosos productos. También en el capítulo de los servicios el acuerdo implica la apertura del mercado chino de telefonía móvil dos años antes de lo previsto. A partir de la entrada de China en la OMC, las empresas comunitarias de telefonía móvil podrán tener una participación del 25% en compañías conjuntas, joint ventures chinas y europeas, techo que será elevado hasta el 35% al cabo de un año y hasta el 49% tres años después.

En materia de seguros, han sido establecidos controles de gestión para las joint ventures que se formen entre operadores internacionales y chinos en el ámbito de seguros de vida, de forma que la apertura del mercado para las aseguradoras extranjeras se adelanta dos años sobre el plazo previsto.

Este acuerdo debe ser refrendado por el Consejo Europeo y, en todo caso, para que China se convierta en el socio número 136 de la OMC este país asiático deberá cerrar acuerdos bilaterales, equivalentes al firmado con la UE, con cinco países: Ecuador, Costa Rica, Guatemala, Suiza y México.

3.3. Suiza: votación en favor de un acercamiento a la Unión Europea

El pasado 21 de mayo los suizos votaron a favor de estrechar sus relaciones con la Unión Europea a través de siete acuerdos bilaterales que se refieren a libre circulación de personas, transporte aéreo y terrestre, agricultura, investigación, licitaciones públicas y eliminación de obstáculos técnicos al comercio.

Los resultados superaron las previsiones más optimistas, ya que un 67,2% de los votos (sobre una participación del 48,2%) fueron favorables a los acuerdos con la UE, que eventualmente entrarán en vigor en 2001.

En todo caso, los analistas dudan sobre la interpretación de este resultado. Por una parte, podría entenderse como un apoyo a la UE y a un eventual ingreso de Suiza, pero, por otra, podría pensarse que los suizos consideran suficiente esta colaboración. De hecho, el gobierno suizo hizo especial hincapié, a lo largo de toda la campaña del referéndum, en que la aceptación de los acuerdos no suponía un paso hacia la adhesión ni una pérdida de soberanía.

El presidente de la Comisión Europea, *Romano Prodi*, mostró su satisfacción en torno al apoyo de Suiza a los acuerdos, ya que permitirán un «reforzamiento considerable en nuestras relaciones sin perjudicar, de manera alguna, ningún paso hacia una mayor integración».

3.4. Directiva sobre el comercio electrónico

El pasado 4 de mayo el Parlamento Europeo dio su visto bueno definitivo al proyecto de Directiva de la Comisión Europea sobre el comercio electrónico.

El texto aprobado consagra la libre circulación de servicios en toda la Unión Europea, así como la libertad de establecimiento de quienes los presten, que estarán sometidos al Derecho nacional del Estado miembro en el que fijen su domicilio social. Sí permite, en cambio, que las empresas proveedoras de estos servicios y sus clientes pacten la legislación nacional aplicable a sus relaciones comerciales a través de internet.

Los servicios que, efectivamente, entran en el ámbito de esta nueva norma son todos aquellos que estén vinculados a la «sociedad de la información», es decir, «los proporcionados contra remuneración, a distancia, por medios electrónicos y a demanda individual».

La Directiva establece, asimismo, una serie de obligaciones para el ofertante de bienes y servicios por vía electrónica, así como una serie de derechos del comprador, relativos a la información que se le deberá suministrar, garantías, normas publicitarias y de marketing, etc.

Las responsabilidades de los intermediarios varían según su grado de implicación en la operación mercantil. Así, los proveedores de acceso a la red no podrán ser objeto de sanción, salvo que sean ellos mismos los originarios del servicio, que designen al cliente o que modifiquen las transmisiones. Tampoco los operadores que garantizan el almacenamiento automático de información podrán ser objeto de imputación de responsabilidad, aunque se les podrá exigir, en todo caso, una mayor diligencia

en el borrado de datos que hayan transitado por sus ordenadores. Por su parte, los proveedores de acceso a las páginas web, en las que se concentrarán las ofertas, son los que soportarán un mayor grado de exigencias de seguridad.

La Directiva, cuyo contenido deberá ser introducido por los Estados miembros en sus respectivos Ordenamientos jurídicos nacionales en un plazo de 18 meses, prevé una serie de posibles derogaciones para el caso de que los Estados consideren comprometidos, por el comercio electrónico, dominios de interés general como la salud, la seguridad y el orden públicos, el respeto a la dignidad humana y la protección de los consumidores.

En palabras del comisario responsable de Mercado Interior, *Frits Bolkestein*, esta Directiva es un «hito fundamental para el crecimiento del comercio electrónico en Europa». El valor de las transacciones virtuales entre los Quince superaron, en 1999, los 17.000 millones de euros, una insignificancia si se cumplen las previsiones que elevan este valor hasta 340.000 millones en sólo tres años.

3.5. Propuesta de reforma de la política común de competencia en materia de acuerdos horizontales

La Comisión Europea está preparando un proyecto de Reglamento que permitirá una mayor flexibilidad para los acuerdos de cooperación entre empresas competidoras.

La actual legislación considera que se limita la competencia cuando las empresas que alcanzan un acuerdo suman una cuota de mercado del 5%. A partir de este porcentaje están obligadas a notificar su acuerdo a la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea. El proyecto que ahora prepara el ejecutivo comunitario señala, sin embargo, que para que exista limitación de la competencia deberá existir «la probabilidad de que ésta se reduzca hasta afectar negativamente a los precios, la producción, la innovación, la diversidad o la calidad de los productos colocados en el mercado».

Es por ello que el nuevo reglamento considera la exención automática de notificación para los acuerdos de especialización, innovación, I+D, producción, compras y comercialización que no superen el 25% de cuota de mercado. Los que excedan de este porcentaje seguirán siendo analizados por la Comisión para comprobar si se adaptan a una serie de directrices o ejemplos que regulan los acuerdos o prácticas concertadas y que recoge el mismo proyecto de Reglamento.

En este sentido, la nueva norma supone un cambio de mentalidad en la Comisión, ya que si antes calificaba la cooperación entre competidores

como sustancialmente negativa, ahora considera la posibilidad de que esta colaboración pueda ser positiva.

En todo caso, las prácticas concertadas entre competidores en materia de intercambio de información o de participaciones minoritarias quedan excluidas de la nueva norma y serán «tratadas separadamente».

El nuevo Reglamento, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2001, va a modificar drásticamente la regulación de los acuerdos horizontales y permitirá descargar de trabajo a los funcionarios comunitarios responsables de garantizar la libre competencia en el mercado comunitario.

3.6. Sentencia del Tribunal de Justicia sobre la denominación de origen del vino de Rioja

El Tribunal de Justicia de la UE emitió, el pasado 16 de mayo, una sentencia a favor de España en el contencioso que mantenía nuestro país con Bélgica, desde hacía años, sobre los vinos de calidad.

Así, el alto Tribunal establece que para que los vinos puedan denominarse «Rioja» deben ser embotellados exclusivamente en origen, es decir, en el propio territorio riojano, y no en otro, después de haber sido enviados en condiciones de granel.

El conflicto, que enfrentó inicialmente a España y a Bélgica, ya se había extendido a toda la Unión. Así, Bélgica era apoyada por Dinamarca, Holanda, Finlandia y Reino Unido, países todos ellos sin tradición vitivinícola, que defendían el embotellado en el lugar de consumo con el mantenimiento de la denominación de origen en la etiqueta.

Por su parte, España recibía el respaldo de Italia, Portugal y la Comisión Europea, considerando las tesis de los belgas como un atentado contra las exigencias de calidad ligadas a la denominación de origen.

En su sentencia, el Tribunal de Luxemburgo reconoce que, a pesar de que la restricción de las exportaciones de Rioja a granel constituye una contradicción a la libre circulación de mercancías, ésta es «subordinable» al valor de mantener y preservar la calidad del vino de Rioja en los estándares que ha logrado.

3.7. Sentencia del Tribunal de Justicia contra las «acciones de oro» de los gobiernos

El Tribunal de Justicia comunitario emitió, el 24 de mayo, una sentencia de condena sobre los poderes especiales que el gobierno italiano

se reservó, a mediados de la pasada década, sobre empresas privatizadas de sectores estratégicos como la defensa, los transportes, las telecomunicaciones, la energía y demás servicios públicos, a través de lo que se ha venido en denominar «acciones de oro».

La Corte apunta en su sentencia que «la acción de oro» atenta «contra el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas», en la medida en que «los poderes especiales conferidos al gobierno italiano en las empresas concernidas suponen una facultad potencial de discriminación que puede ser utilizada de manera arbitraria».

En los casos juzgados en Italia, el gobierno se «auto-otorgó», mediante una normativa interna de 1994, el derecho de veto en sociedades de Derecho mercantil cuando encarasen decisiones que pudieran suponer la pérdida de control en las sociedades en cuestión. Este derecho se articulaba mediante la designación de consejeros y administradores de cuentas, y a través del reconocimiento del poder expreso de aprobación.

La decisión del Tribunal comunitario reviste una gran importancia puesto que la Comisión Europea le ha presentado otros casos de «acciones de oro» de Bélgica, Portugal y Francia. Y, además, porque el ejecutivo comunitario está investigando, desde mediados de 1999, a otros siete países de la UE (España entre ellos) por mantener derechos privilegiados en participaciones minoritarias de sociedades privatizadas. En el caso del Estado español la investigación se refiere a la «acción de oro» que el gobierno mantiene en Telefónica, Argentaria e Iberia, destacando, en particular, la reciente fusión frustrada de la holandesa KPN con Telefónica, operación que se vio influenciada por una polémica intervención del gobierno.

En todo caso, y aunque en estos momentos las consecuencias de esta primera sentencia son difíciles de precisar, todo parece indicar que sí tendrán un gran alcance al haber sentado jurisprudencia sobre las «acciones de oro» de los Estados miembros de la UE.

Zure egiteko guztiek badute gure laguntza

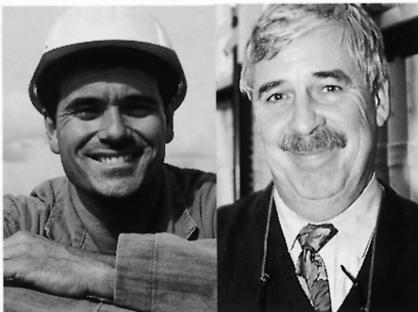
Todas sus empresas tienen nuestro apoyo

Gure ustez pertso-
nek erabakitzen
dute herri baten
geroa, beren ideia
eta proiektuen
bidez.

Guk egin nahi
duzun ekintza
handi hori gauza-
tzeko aukera eman-
go dizuten zirkuns-
tantiak erraztea
beste asmorik ez
dugu, gure zerbitzu
eta laguntzak eskai-
niz.

Porque creemos
que son las perso-
nas quienes, con
sus ideas y pro-
yectos, hacen
posible el futuro
de un país.

Con nuestros ser-
vicios y ayudas,
tan solo pretende-
mos facilitar las
circunstancias
que hagan posible
materializar esa
gran empresa que
pretende.



■
Bizkaiko Foru
Aldundia

Lan eta Trebakuntza
Saila

Diputación Foral
de Bizkaia

Departamento de
Empleo y Formación

■

Cuadernos Europeos de Deusto



Bizkaiko Foru
Aldundia

Ekonomi Sustapen
Saila

Diputación Foral
de Bizkaia

Departamento de Promoción
Económica



Universidad de
Deusto

Deustuko
Unibertsitatea

