

Sobre la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea por el incumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC

Irene Blázquez Navarro

Doctora en Derecho.
Profesora Asociada de Derecho Internacional Público.
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
 2. LA CONTESTADA RESPONSABILIDAD DE LA COMUNIDAD EUROPEA A CAUSA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS OMC: CORRELATO DE SU PRECARIA JUSTICIABILIDAD.
 3. LA FALLIDA RESPONSABILIDAD COMUNITARIA POR DAÑOS DERIVADOS DE LA INOBSERVANCIA DE LAS DECISIONES DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC.
 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.
-

1. INTRODUCCIÓN

A principios de este año, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia¹ han rechazado que un particular pueda invocar los acuerdos OMC ante los órganos jurisdiccionales comunitarios para impugnar la validez de una normativa comunitaria y reclamar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, en el caso de que el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC haya constatado la incompatibilidad con la reglamentación internacional de dicha normativa y, eventualmente, de la adoptada posteriormente por la Comunidad, salvo que –en el segundo supuesto– la Comunidad tuviera el propósito de dar cumplimiento a la decisión del Órgano de Solución de Diferencias (principio de implementación o excepción *Nakajima*²) o que la medida comunitaria ulterior a la decisión se remitiera a ella expresamente (principio de referencia o excepción *Fediol*³).

En estos pronunciamientos subyace la cuestión sobre la interrelación entre regímenes internacionales y sus órganos jurisdiccionales⁴, que, en el caso del Derecho comunitario europeo y el Derecho de la OMC –*v. gr.*, Tribunales comunitarios y Órgano de Solución de Diferencias– suscita importantes dudas acerca del respeto del principio de legalidad por la Comunidad en relación con las obligaciones OMC y aviva la polémica sobre el correcto cumplimiento por el Tribunal de Justicia del artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)⁵.

Esta interconexión se sustancia en los mecanismos comunitarios de garantía judicial del cumplimiento por parte de la Comunidad y los Estados miem-

¹ Véase, STPI de 3.2.2005, as. *Chiquita v. Comisión* (T-19/01) y STJCE de 1.3.2005, as. *Van Parys* (C-377/02).

² Véase, STJCE de 7.5.1991, as. *Nakajima* (C-69/89), Rec. I-2069.

³ Véase, STJCE de 22.6.1989, as. *Fediol* (70/87), Rec. pg. 1781.

⁴ Véase, Editorial (*CMLR*, vol. 42, 2005, núm. 3, pgs. 581-585).

⁵ Un ejemplo autorizado de la crítica al «proteccionismo judicial» que destilan los fallos del Tribunal es la obra de PETERSMANN. Véase, por ejemplo (de BÚRCA y SCOTT: *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, pgs. 81-110). A su juicio (pg. 83), la negativa persistente del TJCE a aplicar las disposiciones precisas e incondicionales de los acuerdos OMC, incluidas las decisiones jurídicamente vinculantes del OSD que declaran la ilegalidad de las restricciones comunitarias a las libertades individuales, (i)s clearly inconsistent with the Court's mandate to «ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed (Article 220 EC)»; *id.* (KENNEDY y SOUTHWICK: *The Political Economy of International Trade Law. Essays in Honour of Robert E. Hudec*, pgs. 32-66, en pgs. 60-61 y nota 59) donde entiende que la jurisprudencia comunitaria refleja una violación de la regla del Estado de Derecho o imperio de la ley; véase, igualmente, Conclusiones del Abogado General Tizzano, presentadas el 18 de noviembre de 2004, en el as. *Van Parys* (C-377/02), punto 73: «(...) en una "Comunidad de Derecho" las resoluciones del OSD no pueden no constituir un criterio de legalidad de las normas comunitarias».

bros de las decisiones definitivas del Órgano de Solución de Diferencias, en las que se declara un incumplimiento de la normativa OMC. En este trabajo analizo si la responsabilidad extracontractual de la Comunidad se puede concebir como uno de esos mecanismos.

Es necesario partir de unos presupuestos asumidos en la jurisprudencia comunitaria para alinearse con la solución que ésta ofrece en materia de responsabilidad extracontractual o separarse de la misma.

El Tribunal de Justicia niega en la actualidad la eficacia directa de los acuerdos OMC. En el asunto *Portugal c. Consejo*⁶ entró indirectamente en la cuestión de la eficacia directa de los acuerdos OMC al negar su justiciabilidad, esto es, su consideración como parámetro de legalidad de un acto del Consejo.

Recurrió el Tribunal a dos argumentos. El primero aludía al papel que el Entendimiento reservaba a la negociación entre las partes. A pesar de preferir la *restitutio in integrum* (esto es, la ejecución de la decisión adoptada por el Órgano de Solución de Diferencias a través de la retirada –o puesta en conformidad– de la medida declarada incompatible con los acuerdos OMC), preveía la posibilidad de que las partes convinieran de forma temporal una compensación, cuando la eliminación inmediata de la medida declarada contraria a los acuerdos OMC no resultaba viable. Se apoyó el Tribunal a estos efectos en el artículo 22.2 del Entendimiento⁷.

Este argumento del Tribunal atendía, en definitiva, a la pretendida falta de fuerza jurídicamente vinculante de las decisiones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias y subrayaba la caracterización política del sis-

⁶ Véase, STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. pg. I-8395. La relevancia de este pronunciamiento se manifiesta en la literatura que ha generado. Véase, BERRISCH y KAMANN (*EWS*, 2000, pgs. 89-97; BEYDOD (*RTDE*, vol. 36, 2000, núm. 3, pgs. 419-450); CEBADA ROMERO (*RDCE*, 2000, núm. 7, pgs. 171-193); DESMEDI (*JIEL*, vol. 3, 2000, núm. 1, pgs. 191-192) y también en (*LIEI*, vol. 27, 2000, núm. 1, pgs. 93-102); presentan críticamente la problemática interrelación entre la eficacia directa de los acuerdos OMC y su aptitud como canon de legalidad de los actos adoptados por las instituciones comunitarias Díez-HOCLEITNER y ESPÓSITO (*CJ de la UE y de la Competencia*, 2000, núm. 206, pgs. 10-23); los mismos autores profundizan en el asunto con un planteamiento más amplio que incorpora a la jurisprudencia *Portugal c. Consejo* las implicaciones de la sentencia *Dior/Assco* en (REMERO y ESPÓSITO: *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, pgs. 159-184); igualmente son muy valiosos los comentarios de FECKHOUT (*JIEL*, vol. 5, 2002, núm. 1, pgs. 91-110), así como los de GRILLER (*JIEL*, vol. 3, 2000, núm. 3, pgs. 441-472); MENGOZZI (*RDUE*, 2000, núm. 3, pgs. 509-522); ROSAS (*CMLR*, vol. 37, 2000, núm. 3, pgs. 797-816); con alguna referencia a la sentencia *Dior/Assco* y con especial atención a las vías jurídicas, políticas y económicas que pueden justificar la reciprocidad en el sistema OMC, VAN DER BROEK (*JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 2, pgs. 411-440); tienen gran interés los trabajos de ZONNEKEYN (*ELR*, vol. 25, 2000, núm. 3, pgs. 293-302); *id.* (*JWT*, vol. 34, 2000, núm. 3, pgs. 111-125).

⁷ Recuerdo que este artículo prevé que una vez cumplido el plazo prudencial, el miembro que no adopta su normativa al informe del Órgano de Solución de Diferencias queda obligado a entablar negociaciones con la parte demandante para concertar una compensación mutuamente satisfactoria.

tema. La ausencia de una obligación categórica de cumplimiento derivada del informe del Órgano de Solución de Diferencias se basaba, a juicio del Tribunal, en el hecho de que siempre existía una alternativa al cumplimiento inmediato del informe, cifrada en la negociación de una compensación⁸.

En estas circunstancias declaró el Tribunal que obligar a los órganos jurisdiccionales a inaplicar las normas jurídicas internas que fueran incompatibles con los acuerdos OMC (y, por tanto, admitir que incumbía directamente al juez comunitario la tarea de garantizar la conformidad del Derecho Comunitario con las normas OMC), tenía como consecuencia privar a los órganos legislativos o ejecutivos de las partes contratantes de la posibilidad de alcanzar soluciones negociadas de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 22, apartado segundo, del Entendimiento⁹.

Por otro lado, e íntimamente vinculado con lo anterior, el Tribunal insistió en este perfil político del Sistema de Solución de Diferencias al recordar que los acuerdos OMC (al igual que el GATT de 1947) también se basaban en el principio de negociaciones llevadas a cabo «sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas»¹⁰. La reciprocidad en su aplicación (judicial) constituía un requisito para el reconocimiento en los acuerdos OMC de un canon de legalidad de los actos de las instituciones¹¹. El sistema OMC respondía precisamente al principio del equilibrio de las concesiones y ventajas recíprocas entre las partes. De nuevo, se privaría a los órganos legislativos y ejecutivos comunitarios del margen de maniobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros Estados, que habían celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad¹².

El argumento jurídico presente en la conclusión del Tribunal de Justicia es el respeto del equilibrio constitucional de poderes y la *ratio* política reside en el mantenimiento y protección de la posición negociadora de la Comunidad a escala internacional. Otro motivo, más cercano a lo político, es la falta de reciprocidad en la aplicación de los compromisos acordados¹³.

Recuérdese que la cuestión que se suscitó en este recurso de anulación fue el control de legalidad de un acto comunitario sobre la base de su violación de los acuerdos OMC y que en esta sentencia el Tribunal revisó su anterior

⁸ GRILLER (*JEL*, vol. 3, 2000, núm. 3, pgs. 441-472, en pg. 450): «(T)he insinuation is that there is always an option for an alternative "arrangement" to be entered into by the legislative and the executive, namely, to negotiate compensations, and that an eventual authority of courts to disapply internal legislation inconsistent with panel reports would interfere with that option».

⁹ Véase, cdo. 40 de la STJCE.

¹⁰ Véanse, cdos. 36 y 42 de la STJCE.

¹¹ Véase, cdo. 45 de la STJCE.

¹² Véase, cdo. 46 de la STJCE.

¹³ Recorre la discusión doctrinal acerca de la consideración de la reciprocidad como un argumento de política judicial o como un principio jurídico ESPÓSITO (*La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, pgs. 102 y ss.).

jurisprudencia que exigía la eficacia directa del acuerdo internacional en causa para considerarlo como parámetro de legalidad de los actos comunitarios¹⁴.

Alguna voz crítica¹⁵ había expresado antes reservas sobre el criterio que hacía de la eficacia directa una condición indispensable para que naciera la aptitud del acuerdo como criterio de legalidad. El Tribunal, con quienes entienden que «(l)a invocabilidad por los particulares –esto es, su eficacia directa– no guarda una relación de necesidad con su consideración o no como parámetro de validez: la eficacia directa tiene que ver con la aplicabilidad, la validez con la conformidad a Derecho»¹⁶, reconsidera su jurisprudencia y supedita la consideración de un acuerdo como parámetro de validez de los actos adoptados por las instituciones comunitarias al contenido suficientemente preciso e incondicional del acuerdo, al margen de que de sus disposiciones reúnan las características necesarias para estimar que genera derechos en la esfera jurídica de los particulares.

Este contenido suficientemente preciso e incondicional, justiciable, estratifica la relación entre la eficacia directa y la invocabilidad del acuerdo internacional como canon de validez en dos niveles de intensidad, puesto que los requisitos de la eficacia directa son más estrictos. La relación entre estas variables sería más bien la inversa a la que venía sosteniendo el Tribunal en su jurisprudencia anterior al asunto *Portugal c. Consejo*¹⁷. Así, un acuerdo que no satisface los requisitos para ser considerado baremo de la legalidad de los actos comunitarios tampoco puede definir derechos en la esfera jurídica de los particulares. En cambio, su falta de eficacia directa no implica que no se pueda acudir al acuerdo para verificar la legalidad del acto comunitario¹⁸.

¹⁴ Véase, STJCE de 12.12.1972, as. *International Fruit Company* (21-24/72), Rec. pg. 1219, en el marco de la cuestión prejudicial de validez (art. 234 TCE) y en el contexto del recurso de anulación (art. 230 TCE) la STJCE de 5.10.1994, as. *Alemania c. Consejo* (C-280/93), Rec. I-4973, e implícitamente antes en las STJCE de 22.6.1989, as. *Fediol IV* (70/87), Rec. pg. 1781 y de 7.5.1991, as. *Nakajima* (C-69/89), Rec. pg. I-2069.

¹⁵ Ya en el año 1975 Schermers (*CMLR*, vol. 12, 1975, en pg. 80) era crítico con la jurisprudencia del TJCE que precisaba la eficacia directa del acuerdo internacional para que éste pudiera ser aplicado en el ordenamiento jurídico comunitario. También Pescatore (JACOBS y ROBERTS: *The Effects of Treaties in Domestic Law*, en pg. 187) se hacía eco de esta crítica unos años más tarde y en los años noventa insistían en la misma Díez-Hochleitner (*La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, pgs. 143-144); Díez-Hochleitner y Espósito (REMIRO y ESPÓSITO: *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, pgs. 159-184; HAHN y SCHUSTER (*RGDIP*, 1995, núm. 2, pgs. 367-384). En las conclusiones del Abogado General Saggio en el as. *Portugal c. Consejo* se recoge esta misma tesis.

¹⁶ Así se expresan Díez-Hochleitner y Espósito (REMIRO y ESPÓSITO: *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, pgs. 159-184, en pg. 175). Véase, Díez-Hochleitner (*La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, pgs. 143-144).

¹⁷ Véase, STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. pg. I-8395.

¹⁸ Véase, Díez-Hochleitner y Espósito (*CJUE*; 2000, núm. 206, pgs. 10-23); *id.* (REMIRO y ESPÓSITO: *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, pgs. 159-184, en pg. 174); HAHN y SCHUSTER (*RGDIP*, 1995, núm. 2, pgs. 367-384) hablan de la «justiciabilidad» de la norma internacional como valor al que subordinar el control de legalidad de los actos comunitarios a la luz de un acuerdo internacional.

Sin embargo, este clásico revisitado no ha modificado la respuesta negativa con la que también antes se resolvía el interrogante sobre la inserción de los acuerdos OMC dentro de las normas comunitarias que permiten enjuiciar la legalidad de los actos adoptados por las instituciones comunitarias¹⁹. El Tribunal de Justicia sigue rechazando de modo sistemático que los acuerdos OMC puedan tomarse como referentes de la validez de los actos de Derecho derivado, salvo que medien las excepciones *Nakajima* o *Fediol*²⁰.

En el asunto *Portugal c. Consejo* el Tribunal de Justicia rechaza, pues, la «justiciabilidad» de los acuerdos OMC –y, por tanto, su eficacia directa– basándose de nuevo en su naturaleza, en particular, en la del Sistema de Solución de Diferencias, así como en la falta de reciprocidad.

Precisamente porque el Tribunal construyó la falta de eficacia directa de los acuerdos OMC sobre todo a partir de la perfectibilidad y debilidad de su Sistema de Solución de Diferencias, le ha resultado fácil hacer extensiva su jurisprudencia a las decisiones de sus órganos de adjudicación²¹. Y en buena medida²² ha imprimido su doctrina jurisprudencial sobre la falta de justiciabilidad de los acuerdos a las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias, con las excepciones ya apuntadas.

Realizaré dos valoraciones sobre estos presupuestos de la jurisprudencia comunitaria. No las desarrollaré, al precisar matizaciones en diversos aspectos, que quedan fuera del objeto de este trabajo.

En primer lugar, me parece que existen en el Entendimiento para la Solución de Diferencias elementos suficientes para considerar que las decisiones firmes del Órgano de Solución de Diferencias son jurídicamente vinculantes para las partes en la controversia. Además, estimo que se puede defender con solvencia que a las decisiones finales del Órgano de Solución de Diferencias se les debe reconocer eficacia directa en el ordenamiento jurídico comunitario. En todo caso, sólo me parece plausible la eficacia directa de las decisiones firmes del Órgano de Solución de Diferencias. La firmeza de

¹⁹ Véase, Díez-Hochleitner y Espósito (Remiro y Espósito: *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, pgs. 159-184).

²⁰ Véase, STJCE de 30.9.1987, as. *Demirel*, 12/86, Rec. pg. 3719; STJCE de 22.6.1989, as. *Fediol*, 70/87, Rec. pg. 1781; STJCE de 7.5.1991, as. *Nakajima*, C-69/89, Rec. I-2069; STJCE de 5.10.1994, as. *Alemania c. Consejo* (C-280/93), Rec. pg. I-4973 (cdo. 109: por las mismas razones que en su jurisprudencia anterior le llevaban a negar el efecto directo del GATT, los Estados miembros no pueden recurrir al acuerdo como parámetro de validez del Derecho comunitario derivado) –un comentario interesante a esta sentencia se puede encontrar en Hahn y Schuster (*RGDIP*, 1995, núm. 2, pgs. 367-384); STJCE de 12.12.1995, as. *Chiquita Italia* (C-469/93), Rec. pg. 4567–.

²¹ Véase, STPI de 12.7.2001, as. *Comafrika* (T-230/97), Rec. pg. II-19; STPI de 28.9.1999, as. *Chemnitz* (T-254/97), Rec. pg. II-2743; STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (104/97), Rec. pg. I-6983.

²² Una sorpresiva y excepcional lectura se encuentra en las SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02) y as. *Établissements Biret et Cie SA* (C-94/02), sobre las que me detendré en los epígrafes 2 y 3 de este artículo.

estas decisiones es cuestionable cuando se han adoptado medidas temporales de cumplimiento, como la compensación y las «represalias cruzadas».

En segundo lugar, se puede compartir el diagnóstico de quien ha evidenciado que la articulación del principio de implementación que ofrece el Tribunal es problemática²³. La formulación de la «intención de implementar» tiene una consecuencia llena de infortunio: parece primar la voluntad de las instituciones comunitarias sobre las obligaciones jurídicas que haya podido asumir la Comunidad. Además, abre un interrogante: ¿en qué medida puede la Comunidad puentear sus obligaciones OMC a través de la supresión de cualquier referencia al Derecho OMC en la normativa comunitaria? A juzgar por la jurisprudencia comunitaria sobre la obligación de motivación, parece evidente que no resulta necesaria una referencia expresa a la obligación OMC, si es obvia por el contexto.

El razonamiento de este trabajo se ajusta al orden siguiente. Dada la idéntica valoración que otorga la jurisprudencia comunitaria a los efectos que los acuerdos OMC y las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias despliegan en el ordenamiento comunitario (falta de eficacia directa y carácter no justiciable), pretendo verificar si este juicio se mantiene en el supuesto de la responsabilidad extracontractual.

Con esta finalidad, en primer lugar me detengo en la responsabilidad de la Comunidad derivada del incumplimiento de los acuerdos OMC. Expongo los requisitos que han de concurrir para que la Comunidad responda patrimonialmente y, a continuación, estudio cómo el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia han interpretado estas exigencias en relación con los acuerdos OMC.

En segundo lugar, me ocupo del régimen de responsabilidad por la infracción de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias. Vuelvo sobre los elementos que condicionan la obligación indemnizatoria de la Comunidad –con el objetivo de verificar si son los mismos que en el caso de los acuerdos OMC– y retomo prácticamente los mismos pronunciamientos anteriores, pero esta vez con la finalidad de verificar cómo los tribunales comunitarios han evaluado los elementos determinantes de la responsabilidad, no ya respecto de los acuerdos OMC, sino de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias.

2. LA CONTESTADA RESPONSABILIDAD DE LA COMUNIDAD EUROPEA A CAUSA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS OMC: CORRELATO DE SU PRECARIA JUSTICIABILIDAD

Para valorar la posición de los tribunales comunitarios sobre los efectos jurídicos de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias en el ordena-

²³ Véase, Snyder (vol. 40, *CMLR*, 2003, núm. 2, pgs. 313-367, en pg. 347).

miento comunitario, es preciso clarificar previamente el régimen de responsabilidad extracontractual al que podrían quedar sujetas las actuaciones de la Comunidad contrarias a los propios acuerdos OMC²⁴.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende la diferenciación entre la responsabilidad por actuaciones contrarias a actos de naturaleza normativa o de carácter administrativo²⁵. Los requisitos sustantivos de los que se hace depender la responsabilidad extracontractual de la Comunidad se perfilan en uno y otro caso conforme al margen de apreciación del que disponen las instituciones políticas comunitarias.

En un contexto normativo normalmente caracterizado por el ejercicio de una amplia facultad de apreciación, procede aplicar el criterio de la responsabilidad más estricto (agravado, especial o restrictivo)²⁶. Esto supone que la Comunidad sólo compromete su responsabilidad extracontractual si a la

²⁴ Sobre la responsabilidad extracontractual de la CE *in genere véase*, entre otros, CRAIG (*Law Quarterly Review*, 1997, núm. 113, pg. 67); *id.* (BEATSON y TRIDIMAS: *New Directions in European Public Law*, p); HEUKELS y MCDONNELL (*The Action for Damages in Community Law*); SCHERMERS, HEUKELS y MEAD (*Non-Contractual Liability of the European Communities*); Schockweiler, Wivienes y Godart (*RTDE*, 1990, pgs. 27-74); TRIDIMAS (*The General Principles of EC Law*, pgs. 313-321); VAN GERVEN (*ICLQ*, 1996, núm. 45, pg. 507); WATHELET y VAN RAEPENBUSCH (*CDE*, 1997, núm. 33, pgs. 13-65).

Entre los manuales de Derecho comunitario, es muy detallado el estudio de SCHERMERS y WAELBROECK (*Judicial Protection in EU Law*, pgs. 519-570). También prestan especial atención a la cuestión CRAIG y de BÚRCA (*EU Law*, pgs. 547-579) y HARTLEY (*The Foundations of European Community Law*, pgs. 450-485). Siempre útil es la consulta de ALONSO GARCÍA (*Derecho Comunitario*, pgs. 429-442); JACQUÉ (*Droit institutionnel de l'Union européenne*) y RIDEAU (*Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, pgs. 768-787).

²⁵ No entro en el estudio de la posible responsabilidad extracontractual de la CE por actos lícitos.

²⁶ En el asunto *Schöppenstedt*, el Tribunal entendió que se trataba de «medidas legislativas que implicaban opciones de política económica» [STJCE de 2.12.1971, as. *Schöppenstedt* (5/71), Rec. pg. 983]. Se ha de considerar que quedan incluidos todos los actos de naturaleza legislativa, con independencia del ámbito material, económico o no, en el que se adopten. No resulta, sin embargo, determinante del carácter normativo del acto que las medidas tengan alcance general o individual [Véase, la STJCE de 11.2.1999, as. *Antillean Rice Mills NV* (C-390/95), Rec. pg. I-769, cdo. 62 y la STJCE de 4.7.2000, as. *Bergaderm* (C-352/98), Rec. pg. I-5291, cdo. 46]. En este sentido, el hecho de que el particular pueda recurrir en anulación el acto no excluye el carácter legislativo de la medida [Véase, STPI de 14.9.1995, as. *Antillean Rice Mills* (T-480 y 483/93), Rec. pg. II-2305, cdo. 66, donde se remite el TPI a las SSTJCE de 21.2.1984, as. *Allied Corporation y otros/Comisión* (as. ac. 239/82 y 275/82), Rec. pg. 1005, apartado 11; de 23.5.1985, as. *Allied Corporation y otros/Consejo* (53/83) Rec. pg. 1621, apartado 4; de 16.5.1991, as. *Extramet Industrie/Consejo* (C-358/89) Rec. pg. I-2501, apartado 13. En as. *Antillean Rice Mills* continúa el TPI señalando que para que unos operadores puedan considerarse individualmente afectados por un acto de alcance general adoptado por una Institución comunitaria, es preciso que se vean afectados en su situación jurídica debido a una situación de hecho que los caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y los individualiza de un modo análogo al de un destinatario]. El criterio definitivo, por tanto, no es la forma en que se adopte el acto, sino el contenido de las medidas [Véase la STJCE de 11.2.1999, as. *Antillean Rice Mills NV* (C-390/95), Rec. pg. I-769, cdo. 60].

realidad del daño ocasionado y a la existencia de una relación de causalidad directa entre el comportamiento imputable a la institución comunitaria y el perjuicio invocado, se suma la ilegalidad «agravada» del citado comportamiento, es decir, la existencia de una *violación suficientemente caracterizada* de una *norma jurídica de rango superior que proteja a los particulares*²⁷. La responsabilidad por actos administrativos surgiría, en cambio, por cualquier vulneración del Derecho comunitario.

En el supuesto de los acuerdos OMC, estaría en causa la incursión de la Comunidad en el régimen «restrictivo» de responsabilidad extracontractual. Es la regla general que la observancia de los acuerdos OMC implica la adopción por parte de la Comunidad de medidas de alcance normativo, caracterizadas por el previo y amplio margen de apreciación del legislativo comunitario²⁸.

En cuanto al requisito de la violación suficientemente caracterizada, es exigible que la Comunidad en el ejercicio de la función normativa vulnere de manera manifiesta y grave los límites impuestos al ejercicio de sus facultades. Es doctrina jurisprudencial hoy consolidada que los acuerdos OMC no forman parte, en principio, de las normas aptas para controlar la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias. Quiere ello decidir que su igno-

²⁷ Véase, STJCE de 25.5.1978, as. *HNL*. (83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77), Rec. pg. 1209, cdos. 4 y 6; STJCE de 26.6.1980, as. *Sofrimport* (C-152/88), Rec. pg. I-2477, cdo. 25; STJCE de 11.2.1999, as. *Antillean Rice Mills NV* (C-390/95), Rec. pg. I-769, cdos. 57 y 58. No me detengo en las condiciones de admisibilidad de la acción. Están legitimados para interponer el recurso cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un daño como resultado del comportamiento de la Comunidad (los funcionarios europeos han de acudir al art. 236 TCE). El origen del daño reclamado puede encontrarse en la actuación de una institución comunitaria o de un agente comunitario en el ejercicio de sus funciones. Véase al respecto, ARNULL (HEUKELS y McDONNELL: *The Action for Damages in Community Law*, pgs. 129-151).

Existe un paralelismo entre el régimen de la responsabilidad extracontractual de la CE y el de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros. Véase, STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (C-46/93 y 48/93), Rec. pg. I-1029, cdo. 51.

²⁸ El objeto y la naturaleza de las medidas que se pueden declarar incompatibles con los acuerdos OMC es muy flexible, tal y como se desprende del artículo XXIII del GATT de 1994, que se aplica igualmente al resto de los acuerdos comerciales multilaterales. Se permite recurrir cualquier «anulación o menoscabo» de las ventajas resultantes de los acuerdos o incluso la obstaculización de alguno de sus objetivos, que sean el resultado del incumplimiento de las obligaciones contractuales, de la aplicación de una medida (contraria o no a los acuerdos) u otra situación.

El art. XXIII del GATT de 1994 contempla lo que se denominan las reclamaciones con infracción («violation complaints») y las reclamaciones sin infracción («non-violation complaints»). Mi trabajo se centra en las primeras. Sobre este artículo del GATT véase (Guide to GATT Law and Practice. Analytical Index, vol. 2, pgs. 629-787); HUDEC (*The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, pgs. 3-45); JACKSON (*The World Trading System*, pgs. 114-115); LOWENFELD (*International Economic Law*, pgs. 176-179); PALMETER y MAVROIDIS (*Dispute Settlement in the WTO. Practice and Procedure*); PETERSMANN (*The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*); ROESLER (PETERSMANN: *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, pgs. 125-142).

rancia no constituye un acto ilícito, a menos que opere el principio de implementación o el de referencia. En estas circunstancias, resulta patente que tampoco es posible apreciar la existencia de una *violación suficientemente caracterizada*²⁹.

Se precisa igualmente que la norma vulnerada tenga por objeto la *protección* de los particulares. Es asumido por ambos órganos jurisdiccionales que los acuerdos OMC no otorgan a los particulares *derechos* invocables ante los tribunales. Si se aplicara por analogía el régimen de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros debido al incumplimiento del Derecho comunitario, cabría entender que no se precisa el efecto directo de la disposición³⁰. La eficacia directa de la norma operaría como una «garantía mínima»; el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado requiere que la norma jurídica violada tenga por objeto tutelar a los particulares. Éste es con evidencia el supuesto cuando la norma tiene eficacia directa³¹, pero no es el único caso. La responsabilidad por el incumplimiento del Derecho comunitario no es tributaria de la eficacia directa de la norma; sólo precisa que su contenido sea *justiciable*.

Aun así, es la postura de ambos tribunales que las disposiciones de los acuerdos OMC, cuyo origen son las negociaciones internacionales llevadas a cabo sobre el principio de reciprocidad y el reconocimiento de ventajas mutuas, no tienen un contenido *justiciable*. El margen de maniobra del que disponen los órganos políticos de la Comunidad para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, tampoco favorecería las pretensiones de los particulares.

En cuanto al requisito según el cual la infracción atribuible a la Comunidad debe consistir en la violación de una norma de «rango superior», el Tribunal ha seguido una técnica «agregativa» en la inclusión de las normas que satisfacen este criterio. Esta aproximación no responde a un criterio defi-

²⁹ Véase, STJCE de 23.5.1996, as. *Hedley Lomas* (C-5/94), Rec. pg. I-2553, cdo. 28.

³⁰ Tampoco sería necesaria la afectación individual del particular tal y como se contempla en el art. 230 TCE. Es doctrina jurisprudencial que el recurso del artículo 288 TCE constituye una vía jurisdiccional autónoma que tiene su función específica dentro del sistema de recursos, de modo que, en principio, la inadmisibilidad del recurso de anulación no implica la del recurso por el que se solicita la reparación del perjuicio sufrido. Sin embargo, la inadmisibilidad de la pretensión de anulación implica la de la pretensión de indemnización cuando el recurso de indemnización tiene por objeto la revocación de una decisión individual convertida en definitiva o, en otros términos, la de un acto que pudo ser objeto de un recurso de anulación interpuesto por una persona física o jurídica y contra el cual no se interpuso un recurso dentro del plazo (STJCE de 26.2.1986, as. *Krohn* (175/84), Rec. pg. 753). Véase, STJCE de 28.4.1971, as. *Lütticke* (4/69), Rec. pg. 336, cdo. 7; STJCE de 2.12.1971, as. *Schäppenstedt* (5/71), Rec. pg. 983, cdo. 3; STPI de 24.9.1996, as. *Richco Commodities* (T-491/93), Rec. pg. II-1131, cdos. 64 y 65; Auto del TPI de 3.2.1998, as. *Dimitrios Polyvios* (T-68/96), Rec. pg. II-153, párr. 32.

³¹ Véase, STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (C-46/93 y 48/93), Rec. pg. I-1029, cdo. 54; Gasparon (*EJIL*, 1999, núm. 10, pgs. 605-624) donde se plantea si esa *norma jurídica de rango superior que protege a los particulares* ha de tener eficacia directa.

nido, ni de jerarquía, ni de contenido. Claramente se contarían entre dichas normas las contempladas en el Tratado constitutivo de la Comunidad (TCE), los principios generales del Derecho comunitario (proporcionalidad, no discriminación, derecho de defensa, seguridad jurídica, expectativas legítimas, etc.) y los derechos fundamentales³².

No parece descartable entender que también se debería reconocer este estatuto a los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad conforme a lo previsto en el artículo 300.7 TCE y esto en la medida en que, puntualmente, pueden operar como parámetro de la legalidad de los actos adoptados por las instituciones comunitarias. Claro que de nuevo, en el caso que nos interesa, estas contingencias vendrían limitadas por los principios de implementación y de referencia.

Además, la admisibilidad del recurso depende de que el demandante pruebe que el daño es real y cierto. En consecuencia, no es suficiente alegar que el daño parece probable o que probablemente se dé en un futuro³³. Esta regla conoce una excepción: la posibilidad de basar el recurso en un daño futuro suficientemente cierto³⁴.

El último de los requisitos se refiere a la necesaria relación de causalidad entre la ilicitud de la actuación imputable a la Comunidad y el daño infringido, que la parte reclamante debe igualmente probar³⁵. A este respecto cabría también preguntarse si este nexo resulta verificable cuando el comportamiento ilegal consiste en el incumplimiento de una disposición de los acuerdos OMC. ¿Es la inobservancia de la obligación primaria de la OMC la causa directa del daño que se infringe? Muy probablemente quiebre la solución de continuidad.

A la luz de estas exigencias, el discurso que en sus sentencias han armado el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia no ha admitido la responsabilidad extracontractual de la Comunidad derivada del incumplimiento de los acuerdos OMC. Los argumentos a los que ambos órganos

³² En su manual (*EU Law*, pgs. 550-551) de BÚRCA y CRAIG recogen las normas del TCE, los reglamentos jerárquicamente superiores y los principios generales del Derecho –proporcionalidad, seguridad jurídica y expectativas legítimas– como ejemplos de normas jurídicas de rango superior. Y en la pg. 550 dicen: «(T)he ECJ does not articulate *why* (them) might constitute superior rules of law, nor *what* other matters might be added to the list (...) It is often left to the Advocate General to question the wisdom of adding to the list of such rules. Superior sometimes seems to be equated with “important”, and sometimes with a more formalistic conception of one rule being higher than another (...)».

En el as. *Odigitria* (T-572), Rec. pg. II-2025, el TPI consideró que también para determinar la responsabilidad extracontractual de la CE en el ámbito de las relaciones exteriores debía apreciarse la violación manifiesta y grave de una norma jurídica de rango superior que proteja a los particulares.

³³ Véase, STJCE de 29.1.1985, as. *Binderer* (147/83), Rec. pg. 272, cdo. 19-20.

³⁴ Véase, STJCE de 2.6.1976, as. *Kampffmeyer* (56-60/74), Rec. pg. 741, cdo. 6.

³⁵ Véase, STPI de 30.9.1998, as. *Coldiretti* (T-149/96), Rec. pg. II-3841, cdo. 101; STPI de 24.10.2002, as. *Fresh Marine Company* (T-178/98), Rec. pg. II-3331, cdo. 118.

jurisdiccionales han recurrido para desestimar las reclamaciones por daños han sido tres: 1) la inexistente ilicitud del comportamiento comunitario (motivo que se apoya en la exclusión de estos acuerdos –salvo excepciones– como parámetro de legalidad de los actos comunitarios de Derecho derivado); 2) la inaptitud de las normas OMC para conferir derechos a los particulares; y 3) la fractura de la relación de causalidad entre la vulneración de los acuerdos OMC y el daño causado al particular.

Estos pronunciamientos han versado bien sobre la adecuación del régimen comunitario relativo a la importación y comercialización de plátanos en la Comunidad a los acuerdos OMC³⁶, bien sobre la compatibilidad con éstos de la reglamentación comunitaria referente a la prohibición de la importación en la Comunidad de carne bovina de animales tratados con determinadas sustancias de efecto hormonal³⁷. En la mayoría de estas sentencias se ha apuntado, colateralmente, que debido a la identidad entre el contenido normativo de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias y los acuerdos OMC, la inobservancia de estas decisiones por parte de la Comunidad tampoco engendraría su responsabilidad indemnizatoria.

En cinco ocasiones se ha reclamado la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por la infracción de los acuerdos OMC: i) en el asunto *At-*

³⁶ Varios aspectos de este sistema comunitario serían declarados incompatibles con la normativa OMC por el OSD en septiembre de 1997 (Véase, Informes del grupo especial de 22.5.1997 e informe del OA adoptado por el OSD mediante resolución de 25.9.1997). Con ocasión de las decisiones del OSD, el régimen comunitario de importación de plátanos fue modificado [recuérdese que el TJCE había declarado también la nulidad de algunos aspectos de este sistema de importación por vulnerar el principio de no discriminación; fue en los asuntos *Alemania c. Consejo* (C-122/95), Rec. pg. I-973 y *T. Port* (C-364/95 y C-365/95), Rec. pg. I-1023]; i) el Consejo adoptó el Reglamento núm. 1637/98 (DO 1998 L, pg. 210) por el que se sustituyó el anexo del Reglamento núm. 404/93 por uno nuevo, en el que se fijaba la cantidad total de plátanos tradicionales ACP en 857.700 toneladas, sin prever el reparto entre los Estados ACP afectados; ii) el Reglamento (CE) de la Comisión núm. 2362/98, de 28 de octubre de 1998 (DO L 293, pg. 32), modificó el reparto del contingente arancelario al que se sometía la importación de plátanos de terceros países y plátanos no tradicionales ACP. Ahora bien, este reglamento de la Comisión fue adoptado en aplicación del originario Reglamento del Consejo (CE) núm. 404/93, que el OSD había declarado incompatible en algunos de sus elementos con el Derecho OMC. Este nuevo régimen resultaría aplicable desde el 1.1.1999.

³⁷ El OSD adoptó el 13.2.1998 un informe en el que se concluía que la CE había infringido el Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, fundamentalmente porque no se había realizado un análisis científico suficientemente específico de los riesgos de cáncer derivados de la utilización de ciertas hormonas como estimulantes del crecimiento.

La CE –en concreto, a través de la Comisión– informó de su intención de respetar las obligaciones resultantes de la decisión del OSD, pero precisó un plazo prudencial de quince meses, que expiraban el 13.5.1999. La Comisión sometió el 3.7.2000 al Parlamento Europeo y al Consejo una Propuesta de Directiva 2000/C 337 E/25, por la que se modificaba la Directiva 96/22, cuyo objeto era el mantenimiento, con carácter definitivo, de la prohibición de utilizar una de las sustancias controvertidas (estradiol 17 β) y, con carácter temporal –a la espera de nuevos informes científicos– de las restantes sustancias (progesterona, testosterona, acetato de trembolona, ceranol y acetato de melengestrol).

lanta³⁸; ii) en el asunto *T. Port*³⁹; iii) en los asuntos *Cordis*, *Bocchi* y *T. Port*⁴⁰; iv) en los asuntos *T. Port* y *Banatrading*⁴¹ y v) en los asuntos *Biret*⁴².

En el asunto *Atlanta*⁴³, el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso de esta sociedad en cuanto a su pretensión de obtener la anulación parcial del Reglamento núm. 404/93 del Consejo⁴⁴ sobre la base de, entre otros motivos, la violación del principio de no discriminación, del principio de protección de la confianza legítima, del derecho fundamental al libre ejercicio de una actividad económica, del derecho de defensa y del GATT de 1994. Por otra parte, el Tribunal acordó que se mantuviera el recurso por lo que hacía a la declaración de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y suspendió el procedimiento principal hasta la resolución del recurso de anulación interpuesto por la República Federal de Alemania contra el citado Reglamento en el asunto *Alemania c. Consejo*⁴⁵. A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia, desestimatoria del recurso, se reanudó el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y entró este órgano jurisdiccional a valorar las pretensiones de indemnización de Atlanta.

La demandante alegó en su escrito de réplica que, aun cuando no se cuestionara la legalidad del Reglamento núm. 404/93, la Comunidad incurriría en responsabilidad por aquellos actos legislativos legales, que impusieran cargas excepcionales a determinados operadores económicos y no a su totalidad⁴⁶.

El Tribunal de Primera Instancia concluyó que en el curso del proceso no se podían invocar motivos nuevos, salvo que se basaran en razones de hecho y de Derecho que hubieran aparecido durante el procedimiento. Y, así, recordó que una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se constataba la legalidad de un acto de Derecho derivado –esto es, la sentencia en el asunto *Alemania c. Consejo*– no se podía considerar un elemento que permitiera invocar un nuevo fundamento de recurso, puesto que el acto gozaba de presunción de validez⁴⁷.

³⁸ Véase, STPI de 11.12.1996, as. *Atlanta* (T-521/93), Rec. pg. II-1707 y STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (C-104/97), Rec. pg. I-6983.

³⁹ Véase, STPI de 1.2.2001, as. *T. Port* (T-1/99), Rec. pg. II-465.

⁴⁰ Véase, SSTPI de 20 de marzo de 2001, as. *Cordis* (T-18/99), Rec. pg. II-913; as. *Bocchi* (T-30/99), Rec. pg. II-943 y as. *T. Port* (T-52/99), Rec. pg. II-981.

⁴¹ Véase, SSTPI de 12.7.2001, as. *T. Port* (T-2/99), Rec. pg. II-2093 y as. *Banatrading* (T-3/99), Rec. pg. II-2113.

⁴² Véase, SSTPI de 11.1.2002, as. *Biret International/Consejo* (T-174/00), Rec. pg. II-17 y as. *Établissements Biret/Consejo* (T-210/00), Rec. pg. II-47 y SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02) y as. *Établissements Biret et Cie SA* (C-94/02).

⁴³ Véase, STPI de 11.12.1996, as. *Atlanta* (T-521/93), Rec. pg. II-1707 y nota 16 sobre el contexto normativo del litigio.

⁴⁴ Véase, Reglamento (CEE) núm. 404/93 del Consejo, de 13.2.1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DO L 47, pg. 1)

⁴⁵ Véase, STJCE de 5.10.1994, as. *Alemania c. Consejo* (C-280/93), Rec. pg. I-4973.

⁴⁶ Véase, cdo. 35 de la STPI.

⁴⁷ Véase, cdo. 39 de la STPI.

Por lo demás, el Tribunal de Primera Instancia recordó que la alegación primigenia relativa a la infracción de las normas del GATT, fue desestimada en la sentencia *Alemania c. Consejo*⁴⁸ y sentenció en el sentido siguiente:

«83. (...) para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y pueda ejercitarse el derecho a la reparación del perjuicio irrogado, deben cumplirse un conjunto de requisitos: la ilegalidad del comportamiento imputado a las Instituciones, la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio alegado. Además, cuando se trata de actos normativos que implican decisiones de política económica, la Comunidad únicamente incurre en responsabilidad si se produce una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica de rango superior destinada a proteger a los particulares. En un caso normativo como el del caso de autos, tan sólo puede generarse la responsabilidad de la Comunidad si la Institución de que se trata ha rebasado, de un modo manifiesto y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (...).

84. (...) no cabe imputar a las partes demandadas ninguna ilegalidad que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Por consiguiente, y sin que sea necesario comprobar si se cumplen los demás requisitos necesarios para que se genere la responsabilidad de la Comunidad, procede desestimar el recurso».

Atlanta interpuso un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, que fue desestimado por el Tribunal de Justicia⁴⁹ sobre la base de tres argumentos.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia estimó improcedente, para pronunciarse sobre la responsabilidad de la Comunidad, considerar en casación un motivo que la demandante invocaba por primera vez en su escrito de réplica. Este nuevo fundamento se refería a la infracción comunitaria de una decisión del Órgano de Solución de Diferencias adoptada con posterioridad a la interposición del recurso.

Otro de los argumentos presentes en la motivación del fallo del Tribunal fue que la vulneración de los acuerdos OMC no podía ser considerada como una *violación suficientemente caracterizada*⁵⁰.

Por último, el Tribunal se instaló en su planteamiento –preterido en su jurisprudencia más reciente– que exigía la eficacia directa del acuerdo internacional, para tomarlo como parámetro de legalidad del Derecho comunitario derivado. Sin embargo, el Tribunal no entró de lleno en la cuestión, al haber descartado que una violación del Derecho OMC fuera un acto ilícito imputable a la Comunidad. Sólo al hilo del examen sobre la ilegalidad de la actuación comunitaria, negó que las normas OMC pudieran definir dere-

⁴⁸ Véase, cdo. 77 de la STPI.

⁴⁹ Véase, STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (C-104/97), Rec. pg. I-6983 y los comentarios sobre este asunto de Zonnekeyn (*JIEL*, vol. 2, 1999, núm. 4, pgs. 713-722); *id.* (*JWT*, vol. 34, 2000, núm. 2, pgs. 93-108).

⁵⁰ Por ejemplo, de BÚRCA y CRAIG (*EU Law*, pg. 550): «(...) It is clear that rules of the World Trade Organization (WTO) cannot be relied on this context» y se remiten a la STJCE en el as. *Portugal c. Consejo* y a la STPI pronunciada en el as. *Cordis* (T-18/99).

chos en la esfera jurídica de los particulares, aludiendo a su falta de efecto directo.

En otro caso, el asunto *T. Port* (T-1/99)⁵¹, una sociedad establecida en Alemania que comercializaba en la Comunidad plátanos procedentes de Costa Rica, solicitó al Tribunal de Primera Instancia que declarase la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por la instauración del régimen de certificados de exportación mediante el Reglamento (CE) núm. 478/95 de la Comisión⁵². En concreto, la demandante celebró contratos de suministro de plátanos con productores de Costa Rica para su comercialización en la Comunidad y, a tal efecto, tuvo que adquirir de dicho Estado certificados de exportación. Según el artículo 3.2 del Reglamento núm. 478/95, la presentación de dichos certificados era para los operadores de la clase A –a la que pertenecía la demandante– un requisito previo a la expedición de certificados de importación de plátanos originarios de dicho país. *T. Port* solicitó una indemnización por el perjuicio causado correspondiente al precio de los certificados de exportación y a los gastos de financiación de la compra de dichos certificados.

El Tribunal de Primera Instancia apreció que no concurrían todas las condiciones precisas para que se generara la responsabilidad de la Comunidad. Desestimó la reclamación al no resultar verificables ni la realidad del daño⁵³,

⁵¹ Véase, STPI de 1.2.2001, as. *T. Port* (T-1/99), Rec. pg. II-465.

⁵² El Acuerdo marco sobre los plátanos entre la CE y las Repúblicas de Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Venezuela supuso una solución mutuamente convenida entre las partes a la controversia comercial que las citadas Repúblicas Latinoamericanas llevaron en febrero de 1993 al seno del GATT 1947. El Acuerdo previó: i) por una parte, el contingente arancelario global para 1994 y, por otra parte, los porcentajes del contingente asignados a Colombia, Costa Rica, Nicaragua y Venezuela; ii) el sistema de expedición de licencias de exportación por los países proveedores como condición necesaria y previa para que la CE entregara certificados de importación para los operadores de las categorías A y C; el derecho de aduana del contingente por tonelada; la inclusión del Acuerdo marco en la lista de concesiones aduaneras de la Comunidad para la Ronda Uruguay.

Posteriormente los apartados 1 y 7 del Acuerdo marco (relativos a los contingentes arancelarios y los derechos de aduana) fueron incorporados en el anexo LXXX del GATT de 1994, que contiene la lista de concesiones comunitarias. A su vez, un anexo del citado anexo LXXX reproduce la totalidad del Acuerdo marco.

El 22 de diciembre el Consejo adoptó el Reglamento (CE) núm. 3290/94, para hacer aplicable en el sector agrícola los acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay y, en particular, las medidas del Acuerdo marco sobre los contingentes arancelarios y los derechos de aduana. El 1 de marzo de 1995 la Comisión adoptó el Reglamento (CE) núm. 478/95, por el que se establecieron disposiciones complementarias de aplicación del Reglamento del Consejo núm. 404/93 en lo relativo al régimen del contingente arancelario para la importación de plátanos en la Comunidad. Su art. 3.2 disponía que la solicitud de los certificados de importación de plátanos procedentes de Colombia, Costa Rica o Nicaragua por parte de los operadores de las categorías A y C sólo resultaba admisible si iba acompañada de un certificado de exportación válido referido a una cantidad al menos igual de mercancías.

⁵³ El perjuicio lo conformaban a juicio de la demandante los gastos de adquisición de los certificados de exportación en Costa Rica y la prueba que presentó fue la certificación de su colegiado auditor.

ni la existencia de la relación de causalidad⁵⁴. No entró el Tribunal en el análisis de la ilegalidad de la actuación comunitaria. T. Port presentó un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, que declaró la inadmisibilidad de todos los motivos alegados por la recurrente.

Tampoco fue declarada la responsabilidad extracontractual de la Comunidad en los que denominaré «pronunciamientos plátanos-marzo 2001»⁵⁵. El Tribunal de Primera Instancia se enfrentó a sendos recursos presentados por las empresas Cordis, Bocchi y T. Port, destinados a obtener la reparación del perjuicio sufrido como consecuencia de la adopción por parte de la Comisión del Reglamento (CE) núm. 2362/98⁵⁶. Este reglamento modificó el reparto del contingente arancelario al que se sometía la importación de plátanos de terceros países y plátanos no tradicionales ACP, en ejecución del Reglamento del Consejo (CE) núm. 404/93⁵⁷, que el Órgano de Solución de Diferencias había declarado en septiembre de 1997 incompatible con el Derecho OMC⁵⁸. Las demandantes, empresas dedicadas a la comercialización de plátanos y «operadores tradicionales» a los efectos del Reglamento de la Comisión, solicitaron que se condenara a la Comisión a indemnizar el perjuicio sufrido como consecuencia, principalmente, de que se hubieran elegido los años 1994 a 1996 como período de referencia.

En apoyo de sus pretensiones las demandantes alegaron que la incompatibi-

El TPI no estimó que esta argumentación fuera concluyente por varios motivos. No quedaba demostrado que la demandante utilizara efectivamente todos los certificados de exportación correspondientes a la cantidad «x» para realizar importaciones de plátanos en la Comunidad y esto era necesario en cuanto los certificados de exportación podían revenderse a otro operador o canjearse por certificados de importación. Consideró el Tribunal además que no se podía excluir que la demandante hubiera repercutido dichos costes en los precios de venta de la mercancía. A juicio del TPI incluso en el supuesto de que quedara probado, el mero hecho de que un operador hubiera soportado costes adicionales en el marco de sus transacciones comerciales no implicaba necesariamente que hubiera sufrido una pérdida correlativa. No quedaba suficientemente probado el perjuicio sufrido, sino simplemente el pago de unos gastos.

⁵⁴ El TPI estimó que la demandante no aportó la prueba de la existencia de una relación de causalidad directa entre la conducta ilícita consistente en el establecimiento del régimen de certificados de exportación por el Reglamento núm. 478/95 de la Comisión y el supuesto perjuicio. No dejó probada la existencia de una obligación de abastecimiento, esto es, que, tal como afirmara, estuviera obligada a aceptar el suministro de mercancías de su proveedor en Costa Rica, para lo que previamente debía probar la tenencia de los correspondientes certificados de exportación. No podía excluirse que el perjuicio invocado se debiera, en todo o en parte, a una decisión comercial y discrecional de la demandante de celebrar contratos de suministro con productores de Costa Rica y no con productores de otro tercer Estado.

⁵⁵ Véase, SSTPI de 20.3.2001, as. *Cordis* (T-18/99), Rec. pg. II-913; as. *Bocchi* (T-30/99), Rec. pg. II-943 y as. *T. Port* (T-52/99), Rec. pg. II-981.

⁵⁶ Véase, Reglamento (CE) núm. 2362/98, de 28.10.1998, DO L 293, pg. 32 y nota 16 sobre el contexto normativo del litigio.

⁵⁷ Véase, Reglamento (CEE) núm. 404/93 del Consejo, de 13.2.1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano, DO L 47, pg. 1.

⁵⁸ Véase, Informes del grupo especial de 22.5.1997 e informe del OA adoptado por el OSD mediante resolución de 25.9.1997.

lidad con los acuerdos OMC del régimen comunitario había sido declarada por el Órgano de Solución de Diferencias a través de una resolución firme e invocaron, por lo que ahora interesa, la infracción por parte de la Comunidad del GATT, del GATS y del Acuerdo sobre Procedimiento para el Trámite de Licencias de Importación, que figuran en el Anexo 1 del Acuerdo OMC.

El Tribunal apreció que la violación de los acuerdos OMC no podía generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad porque no tenían por objeto conferir derechos a los particulares, como resultado de su naturaleza intrínseca basada en el principio de la reciprocidad⁵⁹.

No se acaba de entender la referencia del Tribunal a la eficacia directa de los acuerdos OMC⁶⁰. Es indefendible verificar primero si la norma tiene efecto directo, para proceder después a valorar el derecho a la indemnización del particular. Si los regímenes de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por el incumplimiento del Derecho comunitario tienden a encontrarse, no es razonable supeditar a la eficacia directa de la norma infringida, la obligación comunitaria de satisfacer los daños generados a los particulares.

El Tribunal de Primera Instancia volvió a desestimar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad en los asuntos *T. Port* y *Banatrading*, a los que me referiré como «pronunciamientos plátanos-julio 2001»⁶¹.

Nuevamente estaba en causa el régimen comunitario relativo a la importación y comercialización de plátanos en la Comunidad⁶². Las empresas *T. Port* y *Banatrading* eran importadoras de frutas y estaban establecidas en Alemania. Comercializaban con plátanos de países terceros y pertenecían a la categoría A de operadores económicos. Alegaron en su reclamación que el Consejo no había observado las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias al modificar la normativa comunitaria con la adopción del Reglamento 1637/98⁶³, que les obligaba a adquirir certificados de importación de otros operadores y a pagar derechos de importación. La interposición del recurso de indemnización se fundamentó en la violación por el Consejo del GATT de 1994.

El Tribunal de Primera Instancia desestimó que la normativa OMC se pu-

⁵⁹ Resulta de especial interés la lectura más rígida que hace el Tribunal en relación con la jurisprudencia anterior al exigir que la norma vulnerada confiriera *derechos* a los particulares y no que su finalidad consistiera en la protección de los *intereses* de los particulares. Considérese, en particular y por lo que se refiere a la protección de los intereses de los particulares, la STJCE de 4.7.2000, as. *Bergaderm* (C-352/98), Rec. pg. I-5310, cdos. 41 y 42.

⁶⁰ Apoya esta idea PEERS (*ELR*, vol. 26, 2001, núm. 6, pgs. 605-615, en pg. 612).

⁶¹ Véase, STPI de 12.7.2001, as. *T. Port* (T-2/99), Rec. pg. II-2093 y as. *Banatrading* (T-3/99), Rec. pg. II-2113.

⁶² Véase, nota 16 sobre el trasfondo normativo de la controversia.

⁶³ Véase, Reglamento del Consejo 1637/98, DO 1998 L 210/28.

diera utilizar como parámetro de control de la legalidad de los actos comunitarios –en alusión a su jurisprudencia *Portugal c. Consejo*⁶⁴ y *Dior/Assco*⁶⁵–, así como que estos acuerdos internacionales confirieran derechos a los particulares –volviendo al asunto *Dior/Assco*⁶⁶–. Se mantuvo el Tribunal en la línea que venía dibujando en su resolución de la «saga casuística bananera».

Para justificar su derecho a obtener una indemnización, las demandantes invocaron durante la vista los informes del Órgano de Solución de Diferencias, en los que se había constatado la contradicción del sistema comunitario con los acuerdos OMC.

En los asuntos *Biret*⁶⁷, las recurrentes eran dos sociedades cuyo objeto social consistía en el comercio de productos agroalimentarios. Interpusieron ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso de indemnización por el que solicitaban la reparación del perjuicio sufrido como consecuencia de la adopción y mantenimiento por el Consejo de las Directivas 81/602, 88/46 y 96/22, que prohibían importar en la Comunidad carne bovina de animales tratados con determinadas hormonas, en contradicción con el Acuerdo sobre la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias (Anexo 1 A del Acuerdo OMC)⁶⁸.

Señaló el Tribunal de Primera Instancia que era «jurisprudencia consolidada» que los acuerdos OMC⁶⁹: 1) no formaban parte, en principio, de las normas respecto a las cuales el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia controlaban los actos de las instituciones comunitarias conforme al artículo 230 TCE; 2) no otorgaban a los particulares derechos que pudieran invocar ante los tribunales y que, por tanto, 3) su eventual infracción no permitía exigir la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Su objeto no consistía en proteger a los particulares⁷⁰, ni eran parámetros de la legalidad del Derecho derivado fuera de las situaciones de excepción *Nakajima* y *Fediol*⁷¹. Resolvió el Tribunal que las Directivas eran anteriores al acuerdo OMC en causa, por lo que no era posible que jugara ni el principio de implementación, ni el de referencia.

Las empresas recurrentes también invocaron en sus recursos de 28 de junio de 2000 y 10 de agosto de 2000, respectivamente, una decisión del Órgano de Solución de Diferencias.

⁶⁴ Véase, cdo. 47 de la STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. pg. I-8395.

⁶⁵ Véase, cdo. 43 de la STJCE de 14.12.2000, as. *Dior/Assco* (C-300/98 y C-392/98), Rec. pg. I-11307.

⁶⁶ Véase, cdo. 44 de la STJCE de 14.12.2000, as. *Dior/Assco* (C-300/98 y C-392/98), Rec. pg. I-11307.

⁶⁷ SSTPI de 11.1.2002, as. *Biret International/Consejo* (T-174/00), Rec. pg. II-17 y as. *Établissements Biret/Consejo* (T-210/00), Rec. pg. II-47.

⁶⁸ Véase, nota 17 relativa al marco normativo de las reclamaciones.

⁶⁹ Véase, cdo. 61 de las SSTPI.

⁷⁰ Véase, cdo. 62 de las SSTPI.

⁷¹ Véase, cdo. 63 de las SSTPI.

En definitiva, ha lugar para concluir que, tal y como se conciben las condiciones materiales necesarias para que la Comunidad comprometa su responsabilidad extracontractual, es inviable que ésta pueda surgir como resultado del incumplimiento de los acuerdos OMC. La aplicación del régimen agravado lleva a analizar la existencia de una *violación suficientemente caracterizada* de una *norma superior de Derecho* que *proteja a los particulares* y ya en este punto se frustra cualquier pretensión de basar en este tipo de infracciones una obligación resarcitoria de la Comunidad frente al particular.

3. LA FALLIDA RESPONSABILIDAD COMUNITARIA POR DAÑOS DERIVADOS DE LA INOBSERVANCIA DE LAS DECISIONES DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

De forma preliminar resulta necesario concretar el régimen de responsabilidad extracontractual –«simple» o «agravado»– eventualmente aplicable a los actos comunitarios contrarios a las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias⁷². Se han de tener en cuenta dos elementos. Uno se refiere al valor jurídico de estas decisiones y el otro al margen de apreciación del que dispone la Comunidad en su ejecución normativa.

El Órgano de Solución de Diferencias puede declarar la incompatibilidad de las medidas en causa y exigir su puesta en conformidad con los acuerdos OMC. En este trabajo he sostenido preliminarmente el valor jurídicamente vinculante para la Comunidad de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias y éste será mi punto de referencia para estudiar cómo ha resuelto la jurisprudencia comunitaria el problema relativo a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por la infracción de estas «obligaciones secundarias OMC».

Por otra parte y en cuanto a la discrecionalidad aparejada al cumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias, éstas son declarativas de un incumplimiento de la normativa comercial, pero no imponen a la parte infractora una obligación en cuanto a las medidas específicas que debe adoptar para observar el informe. La obligación es de resultado. A lo sumo, el Órgano de Solución de Diferencias puede indicar a título recomendatorio la vía adecuada con vistas a eliminar la infracción. Por tanto, la Comunidad cuenta con un importante margen de apreciación para decidir qué tipo de medidas legislativas implementar.

Así, de inicio, todo parece indicar que el régimen aplicable es similar al que rige la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por el incumplimiento de los acuerdos OMC. Se trata del régimen agravado o restrictivo.

⁷² Han considerado que la CE compromete su responsabilidad extracontractual por el incumplimiento de las decisiones del OSD en aplicación del test «agravado», entre otros, REINISCH (*EuZW*, 2000, núm. 11, pgs. 42-51) y ZONNEKEYN (*JWT*, vol. 34, 2000, núm. 2, pgs. 93-108); *id.* (KRONENBERG: *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, pgs. 251-272).

Pero antes de alcanzar conclusiones, conviene diferenciar dos hipótesis. En la primera, la Comunidad habría adoptado medidas adecuadas para hacer compatible su normativa con la decisión del Órgano de Solución de Diferencias. Sería aplicable, pues, el principio de implementación o el principio de referencia; el *telos* del acto comunitario consistiría en la ejecución de dicha decisión. Bien expresamente o, incluso, de modo reflejo y latente, el propósito de la Comunidad sería cumplir una obligación particular incorporada en el informe. Estos casos no son de interés para el objeto de este trabajo; se trataría, más bien, de examinar la responsabilidad de los Estados miembros por el incumplimiento de las medidas comunitarias de ejecución del informe o, a lo sumo, de valorar la responsabilidad concurrente de la Comunidad y los Estados miembros.

La segunda hipótesis se plantea cuando la Comunidad no ha ejecutado el informe o la implementación ha sido inadecuada o incorrecta. En la primera disyuntiva, la falta de ejecución del informe (y la persistencia en su inobservancia) constituiría en sí misma una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. A favor de que esto sea así, se podría esgrimir la asimilación con el sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario. La no transposición de una directiva en el plazo previsto al efecto o, más aún, la persistencia en la falta de incorporación en el ordenamiento interno, después de que el Tribunal de Justicia haya condenado al Estado miembro por ese incumplimiento, se considera *per se* como un supuesto de violación suficientemente caracterizada⁷³.

Por el contrario y en el segundo escenario, una incorporación incorrecta en el ordenamiento jurídico comunitario de la decisión del Órgano de Solución de Diferencias no constituiría en sí misma una violación grave y manifiesta del margen de apreciación de la Comunidad.

Ahora bien, rechazado el valor de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias como canon de legalidad, no será posible deducir que su incumplimiento por la Comunidad, simple o agravado, puede generar su responsabilidad extracontractual.

A la luz de los criterios sustantivos indicados, analizaré cómo han evaluado el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia la responsabilidad extracontractual de la Comunidad como consecuencia de la incompatibilidad («por acción u omisión») de una medida comunitaria con una decisión del Órgano de Solución de Diferencias. Me he referido ya en el punto anterior a buena parte de la casuística relevante. Se trata de los asuntos *Atlanta*⁷⁴,

⁷³ Véase, STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (as. ac. C-46/93 y C-48/93), Rec. pg. 1029.

⁷⁴ Véase, STPI de 11.12.1996, as. *Atlanta* (T-521/93), Rec. pg. II-1707 y STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (C-104/97), Rec. pg. I-6983.

los pronunciamientos «plátanos-marzo 2001»⁷⁵ y «plátanos-julio 2001»⁷⁶ y, por último, de los casos *Biret*⁷⁷. Además, hay que tomar en consideración los asuntos *Chiquita*⁷⁸ y *Van Parys*⁷⁹.

Salvo en el último caso, siempre han sido particulares (personas jurídicas) quienes en estos supuestos han reclamado una indemnización a la Comunidad por el daño causado a través de la incorrecta ejecución de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias o de su implementación extemporánea.

En el asunto *Atlanta*⁸⁰, esta sociedad recurrió en casación la sentencia del Tribunal de Primera Instancia e invocó –en la réplica ante el Tribunal y junto a otros seis fundamentos– una decisión del Órgano de Solución de Diferencias de septiembre de 1997, en la que se había declarado la incompatibilidad de la regulación comunitaria con los acuerdos OMC. Esta resolución fue adoptada con posterioridad a la interposición del recurso⁸¹.

El Tribunal de Justicia no casó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia⁸². El argumento principal de la decisión del Tribunal fue que en el marco de un recurso de casación no era admisible invocar por primera vez y en el escrito de réplica un motivo (informe del Órgano de Solución de Diferencias), que, si bien estaba directamente relacionado con un fundamento de recurso suscitado ante el Tribunal de Primera Instancia (normas del GATT de 1947), no se había vuelto a plantear en el recurso de casación.

El Abogado General Mischo⁸³ había considerado igualmente que la resolución del Órgano de Solución de Diferencias no era pertinente para la apreciación que debía realizar el Tribunal de Justicia sobre la procedencia del recurso de casación. Esta decisión se había adoptado con posterioridad a la sentencia impugnada, por lo que no se podía cuestionar que el Tribunal de Primera Instancia no la hubiera estimado.

Hay dos apreciaciones notables en las conclusiones del Abogado General. La primera sugiere, tímidamente, la fuerza jurídicamente vinculante de las

⁷⁵ Véase, SSTPI de 20 de marzo de 2001, as. *Cordis* (T-18/99), Rec. pg. II-913; as. *Bocchi* (T-30/99), Rec. pg. II-943 y as. *T. Port* (T-52/99), Rec. pg. II-981.

⁷⁶ Véase, SSTPI de 12.7.2001, as. *T. Port* (T-2/99), Rec. pg. II-2093 y as. *Banatrading* (T-3/99), Rec. pg. II-2113.

⁷⁷ Véase, SSTPI de 11.1.2002, as. *Biret International/Consejo* (T-174/00), Rec. pg. II-17 y as. *Établissements Biret/Consejo* (T-210/00), Rec. pg. II-47 y SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02) y as. *Établissements Biret et Cie SA* (C-94/02).

⁷⁸ Véase, STPI de 3.2.2005, as. *Chiquita c. Comisión* (T-19/01).

⁷⁹ Véase, STJCE de 1.3.2005, as. *Van Parys* (C-377/02).

⁸⁰ Véase, STPI de 11.12.1996, as. *Atlanta* (T-521/93), Rec. pg. II-1707 y STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (C-104/97), Rec. pg. I-6983.

⁸¹ Se trata del informe de 9.9.1997 del OA de la OMC que sería adoptado por el OSD el 25.9.1997.

⁸² Véase, STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (C-104/97), Rec. pg. I-6983.

⁸³ Véase, Conclusiones del Abogado General M. JEAN MISCHO presentadas el 6.05.1999 en la STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (104/97), Rec. pg. I-6983.

decisiones de nuestro interés. Aun cuando había descartado la admisibilidad del recurso basándose en su extemporaneidad, el Abogado General consideró que en la decisión del Órgano de Solución de Diferencias se podría haber fundamentado una alegación adicional en favor de un motivo ya invocado (el carácter obligatorio del Derecho OMC). No obstante, para considerar en este sentido el informe, la demandante debería haber formulado ese motivo en el recurso de casación y no por primera vez en su escrito de réplica⁸⁴.

La segunda apreciación se refiere a la aptitud de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias para definir derecho en la esfera jurídica de los particulares. El Abogado General sí entró a valorar, aunque de forma subsidiaria, las características de estas decisiones y lo hizo a la luz del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Por cuanto, a su juicio, no se imponía al miembro afectado la obligación de reformar inmediatamente su normativa, sino que existía un período prudencial «para mantener el incumplimiento» y la posibilidad de recurrir a medidas alternativas para conformarse a dicha decisión, quedaba conculcada la eventualidad de que el objetivo de las decisiones de adjudicación de la OMC consistiera en la tutela de los intereses de los particulares. De estos condicionantes se deducía que «(l)os derechos que una resolución del Órgano de Apelación confiere a los particulares en modo alguno tienen el alcance que la demandante pretende que les sea reconocido», porque «(d)icha resolución supone únicamente una obligación de paliar la ilicitud con miras al futuro, sujeta a determinadas condiciones»⁸⁵.

En los pronunciamientos «plátanos-marzo 2001»⁸⁶, las empresas alegaron como fundamento de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad que una resolución firme del Órgano de Solución de Diferencias, en la que se declaraba la contradicción del sistema comunitario de importación de plátanos con los acuerdos OMC, prohibía a las instituciones comunitarias la adopción de nuevas disposiciones contrarias a dichos acuerdos⁸⁷.

Su reclamación enfatizaba que la Comunidad había incurrido en desviación de poder porque había asumido la obligación de cumplir el informe del Órgano de Solución de Diferencias y eliminar las disposiciones de su normativa contrarias a los acuerdos OMC y, sin embargo, la Comisión había adoptado un reglamento que no se ajustaba a ese compromiso. La desviación de poder generaba, a juicio de las demandantes, una obligación de reparación a cuenta de la Comisión, al margen de que la finalidad de los acuerdos OMC no fuera definir derechos a favor de los particulares⁸⁸.

⁸⁴ Véase, puntos 9, 10 y 11 de las Conclusiones del Abogado General.

⁸⁵ Véase, respectivamente, puntos 30 y 31 de las Conclusiones del Abogado General.

⁸⁶ Véase, SSTPI de 20 de marzo de 2001, as. *Cordis* (T-18/99), Rec. pg. II-913; as. *Bocchi* (T-30/99), Rec. pg. II-943 y as. *T. Port* (T-52/99), Rec. pg. II-981.

⁸⁷ Véase, cdo. 34 de las SSTPI.

⁸⁸ Véase, cdos. 35-37 de las SSTPI.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA COMUNIDAD...

Para la Comisión, del asunto *Portugal c. Consejo*⁸⁹ se desprendía que las disposiciones de los acuerdos OMC no constituían un criterio para apreciar la legalidad de los actos de Derecho comunitario derivado. Esto también suponía, a su juicio, que la decisión del Órgano de Solución de Diferencias en la que se constataba la incompatibilidad de un acto comunitario con la normativa OMC, no implicaba la ilegalidad del acto en el ordenamiento jurídico comunitario. Por este motivo, una decisión del Órgano de Solución de Diferencias no podía servir como fundamento de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

El Tribunal de Primera Instancia volvió a recordar los tres requisitos de los que se hacía depender la responsabilidad extracontractual de la Comunidad⁹⁰, insistiendo en la necesidad de que la norma jurídica vulnerada tuviera por objeto conferir *derechos* a los particulares y que su *violación* fuera *suficientemente caracterizada*.

El Tribunal, seguidamente, no acogió la alegación de las demandantes principalmente por dos razones. Por un lado, porque la desviación de poder implicaba el control por el juez comunitario de la finalidad del acto y no de su contenido. Por otro lado, porque, de acuerdo con la jurisprudencia anterior, sólo procedía controlar la legalidad de los actos de Derecho comunitario derivado en relación con las normas OMC, cuando operaba el principio de implementación, y éste no era el caso; el reglamento en causa no ejecutaba, ni se remitía expresamente a ninguna obligación OMC (ni a los acuerdos, ni a los informes)⁹¹.

Señaló el Tribunal:

«58-: (...) tan sólo en el supuesto de que la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de los acuerdos que figuran en los anexos del Acuerdo OMC, corresponderá al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas de la OMC (véase la sentencia Portugal/Consejo (...), apartado 49)».

«59-: (P)ues bien, ni los informes del grupo especial de la OMC de 22 de mayo de 1997, ni el informe de 9 de septiembre de 1997 del Órgano Permanente de Apelación de la OMC, adoptado el 25 de septiembre de 1997 por el Órgano de

⁸⁹ Véase, STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. pg. I-8395.

⁹⁰ Véase, cdo. 44 de las SSTPI. Se refirió a la STJCE de 29.9.1982, as. *Oleifici Mediterranei* (26/81), Rec. pg. 3057, apdo. 16 y STPI de 29.1.1998, as. *Dubois et Fils* (T-113/96), Rec. pg. II-125, apdo. 54.

⁹¹ Cabe entender que, implícitamente, el TPI tampoco admitió que las decisiones del OSD pudieran definir derechos en favor de los particulares. Véase, BRONCKERS y MCNELIS (*JWT*, vol. 35, 2001, núm. 4, pgs. 427-482, en nota 93) donde señalan en relación con los pronunciamientos «plátanos-marzo 2001»: «(I)n these three judgements the Court of First Instance also dashed the hopes of those who had argued that WTO obligations once interpreted and found to have been violated by the EU in WTO dispute settlement proceedings, could have a special status in EU law and might be successfully invoked by private individuals in EU court proceedings».

Solución de Diferencias, contenían obligaciones particulares que la Comisión tuviera el “propósito de cumplir”, en el sentido de la jurisprudencia, en el Reglamento núm. 2362/98 (recuerda el Tribunal la sentencia Nakajima). Asimismo, este Reglamento no se remite expresamente a obligaciones precisas que se deriven de los informes de los órganos de la OMC, ni a disposiciones precisas de los acuerdos que figuran en los anexos del Acuerdo OMC».

Más elaborado fue el alegato de las empresas demandantes en los asuntos «plátanos-julio 2001»⁹². Recordaron en la vista ante el Tribunal de Primera Instancia que en la sentencia *Portugal c. Consejo*⁹³ el Tribunal de Justicia había declarado que, a pesar de que las normas OMC no tenían efecto directo general en el ordenamiento jurídico comunitario, le correspondía al juez comunitario controlar la legalidad del acto comunitario controvertido cuando concurrían tres requisitos: 1) que la infracción de dichas normas hubiera sido comprobada por los órganos de la OMC; 2) que la Comunidad se hubiera comprometido a aplicar las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias con arreglo al artículo 21.3 del Entendimiento; y 3) que la Comunidad no hubiera adoptado medidas para cumplir esas recomendaciones y resoluciones en el plazo señalado⁹⁴.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia estimó que se trataba de un motivo nuevo que no encontraba fundamento en razones de hecho y de Derecho que hubieran aparecido durante el procedimiento.

Tampoco consideró procedente la alegación formulada durante la vista, basada en el principio de implementación o transposición recogido en el asunto *Portugal c. Consejo*⁹⁵. Señaló que estas dos excepciones eran objeto de una jurisprudencia reiterada que hacía suya el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el caso citado. Consecuentemente, entendió que una sentencia que se limitaba a confirmar una situación jurídica que conocía el demandante en el momento de interponer el recurso, no permitía invocar un motivo nuevo de recurso. Salvó el Tribunal de Primera Instancia el hecho de que la jurisprudencia sobre las excepciones se refiriera al GATT de 1947 y la sentencia *Portugal c. Consejo* al GATT de 1994 con el argumento de que la discusión sobre la eficacia directa del GATT de 1994 era conocida y que, por lo tanto, la demandante «(h)abría podido prevenirse contra la denegación de dicho efecto»⁹⁶.

En definitiva, el Tribunal no entró directamente en el análisis de la aptitud de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias como parámetro

⁹² Véase, SSTPI de 12.7.2001, as. *T. Port* (T-2/99), Rec. pg. II-2093 y as. *Banatrading* (T-3/99), Rec. pg. II-2113.

⁹³ Véase, STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. pg. I-8395.

⁹⁴ Véase, cdo. 46 y cdo. 38, respectivamente, de las SSTPI.

⁹⁵ Véase, cdo. 49 de la STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. pg. I-8395.

⁹⁶ Véase, cdo. 49 de la STPI.

de validez del Derecho comunitario⁹⁷ y, con ello, descartó analizar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por su incumplimiento.

Después de este largo recorrido por la jurisprudencia comunitaria, poco alentador para los particulares que pretenden albergar en las obligaciones comerciales internacionales asumidas por la Comunidad, un instrumento de tutela de sus intereses, el Tribunal de Justicia nos sorprende con una sentencia que amplía los efectos jurídicos de estas decisiones en el ordenamiento comunitario y, con ello, la posibilidad de que los particulares cuestionen la legalidad de la actuación comunitaria y vean satisfechas sus reclamaciones por los daños resultantes de la inobservancia por la Comunidad de sus obligaciones internacionales. Se trata de los asuntos *Biret*⁹⁸.

Al reclamar la responsabilidad de la Comunidad ante el Tribunal de Primera Instancia, las dos sociedades demandantes alegaron que una decisión del Órgano de Solución de Diferencias había declarado la incompatibilidad del régimen comunitario con uno de los acuerdos OMC –el Acuerdo sobre la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias– y que, transcurrido el plazo prudencial en mayo de 1999, la Comunidad no había modificado su normativa⁹⁹.

El Tribunal de Primera Instancia¹⁰⁰ rechazó la solicitud de indemnización de las demandantes, después de recordar que el mismo argumento temporal por el que había desestimado que la Comunidad hubiera comprometido su responsabilidad derivada de la violación del acuerdo OMC en causa –a saber, que no operaba el principio de implementación, ni el de referencia, porque los actos controvertidos eran anteriores al acuerdo– era trasladable a la decisión del Órgano de Solución de Diferencias, pues ésta estaba necesaria y directamente relacionada con la infracción de esa reglamentación de la OMC.

Las dos empresas recurrieron en casación ante el Tribunal de Justicia. En apoyo de su recurso alegaron que resultaba contradictorio afirmar que los acuerdos OMC formaban parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario y negar a la par que sirvieran de fundamento para controlar la legalidad de los actos de Derecho derivado. Argüían en este sentido que la observancia de una norma de Derecho internacional sólo se podía hacer

⁹⁷ SNYDER (*CMLR*, vol. 40, 2003, núm. 2, pgs. 313-367, en pg. 338) considera que «(t)he CFI treated the principle that *WTO AB reports do not have direct effect in EC law as being well-established*. Bringing an action for damages, the applicant pleaded that Council Regulation 404/93 was incompatible with GATT, as was apparent from the previously rendered WTO AB report and the WTO DSU decision» (la cursiva es mía). Sin embargo, no veo claro dónde el TPI hace explícito en su pronunciamiento este aserto.

⁹⁸ Véase, SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02) y as. *Établissements Biret et Cie SA* (C-94/02). Las citas de esta jurisprudencia las realizaré por referencia al primero de los dos asuntos.

⁹⁹ Véase, nota 17 sobre el cuadro normativo de los asuntos.

¹⁰⁰ Véase, SSTPI de 11.1.2002, as. *Biret International/Consejo* (T-174/00), Rec. pg. II-17 y as. *Établissements Biret/Consejo* (T-210/00), Rec. pg. II-47.

dependen del hecho de que hubiera pasado a ser parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario. Por este motivo, consideraron las empresas demandantes que el Tribunal de Primera Instancia no respondió «(a)l argumento según el cual la Comunidad se comprometió, al adherirse al sistema de solución de diferencias establecido por los Acuerdos OMC, a respetar el procedimiento y la fuerza de las resoluciones del OSD»¹⁰¹.

De forma subsidiaria, las demandantes construyeron un alegato a favor del reconocimiento de la eficacia directa de los acuerdos OMC y, en particular, de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias. A este respecto señalaron que carecía de sentido esgrimir la pérdida del «margen de manobra» del que disponían los órganos legislativos o ejecutivos en los supuestos en que una decisión del Órgano de Solución de Diferencias había declarado la incompatibilidad de la normativa comunitaria con los acuerdos OMC¹⁰², subrayando que el argumento basado en que el Entendimiento preveía soluciones distintas a la puesta en conformidad de la legislación interna con los acuerdos OMC (la anulación de las medidas ilícitas) «(s)ólo produce perplejidad, tanto a la vista del tenor de los Acuerdos OMC como del carácter objetivo de una vulneración de una norma jurídica»¹⁰³. Además, recordaron que el artículo 22.1 del Entendimiento insistía en el carácter provisional de las medidas compensatorias.

Por último, apuntaron algunas razones a favor del reconocimiento de eficacia directa a los acuerdos OMC: el impacto paulatinamente creciente de sus disposiciones sobre los particulares (en materia, por ejemplo, de contratos públicos, protección de la propiedad intelectual, seguridad alimentaria, etc.); la vulneración del principio de equidad si no se permitía invocar las normas del Sistema de Solución de Diferencias a los particulares, que, *de facto*, eran los principales perjudicados por las medidas de represalia comercial («aranceles punitivos»); la coherencia del ordenamiento jurídico comunitario, que desde la jurisprudencia *Van Gend & Loos*¹⁰⁴, concebía no sólo a los Estados, sino igualmente a los particulares, como sujetos del Derecho comunitario¹⁰⁵.

El Tribunal de Justicia¹⁰⁶ confirmó que los acuerdos OMC no formaban

¹⁰¹ Véase, cdo. 41 de la STJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02).

¹⁰² Véase, cdo. 43 de la STJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02).

¹⁰³ Véase, cdo. 44 de la STJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02).

¹⁰⁴ Véase, STJCE de 5.2.1963, as. *Van Gend & Loos* (26/62), Rec. pg. 1.

¹⁰⁵ El Consejo ofreció varios contra-argumentos: (i) de su naturaleza y objetivos, se deducía que los acuerdos OMC no tenían por objeto conferir derechos a los particulares, sino que se limitaban a regular las relaciones entre Estados y organizaciones de integración económica sobre la base del principio de reciprocidad; (ii) no constaba la intención de la CE de cumplir todas las obligaciones que se derivaban de la resolución del OSD, ni tampoco el acto concreto por el que la Comunidad pretendió dar ejecución a la resolución del Órgano de Solución de Diferencias de febrero de 1998; el contenido del acuerdo OMC en causa era de carácter dispositivo, por lo que no procedía reconocer su efecto directo. Véase, cdos. 48-50 de la STJCE.

¹⁰⁶ Véase, SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02) y as. *Établissements Biret et Cie SA* (C-94/02).

parte, en principio, de las normas respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controlaba la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias¹⁰⁷ y también que las circunstancias del caso no correspondían ni al principio de implementación, ni al principio de referencia, ya que las directivas eran anteriores a la decisión del Órgano de Solución de Diferencias¹⁰⁸.

Sin embargo, consideró que el Tribunal de Primera Instancia había incurrido en dos errores de Derecho en relación con el argumento de las demandantes basado en la fuerza jurídicamente vinculante de la decisión del Órgano de Solución de Diferencias.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia estimó que el Tribunal de Primera Instancia no había motivado suficientemente por qué no se podía ejercer el control de legalidad de la normativa en causa a la luz de la decisión del Órgano de Solución de Diferencias en el marco de la acción de indemnización que presentaron las recurrentes¹⁰⁹.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia no consideró pertinente la remisión realizada por el Tribunal de Primera Instancia a la sentencia en el asunto *Atlanta*¹¹⁰, antes examinada, pues en ella se resolvió la inadmisibilidad del motivo fundado en la decisión del Órgano de Solución de Diferencias por su extemporaneidad, al haber sido invocado por la recurrente por primera vez en el escrito de réplica ante el Tribunal de Justicia¹¹¹.

Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia estos errores de Derecho no viciaban las sentencias recurridas. Consideró que, como quiera que el plazo prudencial expiraba el 13 de mayo de 1999, no se podía ejercer un control *ex* artículo 288 TCE de los actos comunitarios controvertidos anteriores a esa fecha (en el caso de autos, las tres Directivas del Consejo impugnadas). Reconocer lo contrario equivaldría a privar de efecto al acto de concesión de un plazo razonable para cumplir las recomendaciones o resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias, según lo estipulado por el artículo 21.3 Entendimiento¹¹².

En consecuencia, estimó el Tribunal que no era procedente preguntarse por las «(p)osibles consecuencias indemnizatorias que pudieran deducirse para los particulares de la no ejecución por la Comunidad de una resolu-

¹⁰⁷ Véase, STJCE de 9.1.2003, as. *Petrobub y República* (C-76/00 P), Rec. pg. I-79.

¹⁰⁸ Véase, cdos. 52-54 de la STJCE.

¹⁰⁹ Véase, cdos. 55-57 de la STJCE.

¹¹⁰ Véase, STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (C-104/97), Rec. pg. I-6983.

¹¹¹ Véase, cdo. 59 de la STJCE.

¹¹² Véase, cdos. 61 y 62 de la STJCE. El TJCE añade además otro argumento (cdo. 63). Se había iniciado un procedimiento de liquidación contra las dos empresas por el *Tribunal de commerce* de París, que había fijado como fecha de la suspensión de pagos el 28 de febrero de 1995. Esto excluiría que los efectos perjudiciales derivados de las Directivas comunitarias pudieran haberse producido en el período posterior al 13 de mayo de 1999.

ción del OSD que declara la incompatibilidad de un acto comunitario con las normas de la OMC»¹¹³.

En este asunto, el Abogado General Alber consideró que no existía ninguna alternativa a la aplicación de las recomendaciones o resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias y que no era posible eludir su contenido mediante negociaciones entre las partes, insistiendo de este modo en su carácter jurídicamente vinculante. Estimó que el Tribunal de Justicia, en lugar de avalar una opción de política comercial contraria a Derecho, debía aplicar el principio de legalidad y reconocer la naturaleza vinculante de las decisiones OMC, a más tardar en el momento del vencimiento del plazo concedido para cumplirlas.

Ahora bien, no estimó la oportunidad de aplicar el principio de implementación, porque tuviera el caso por objeto el cumplimiento de una obligación particular asumida en el SSD de la OMC. Es llamativo el elemento en que reparó para verificar si la Comunidad tenía el propósito de cumplir una obligación particular. Examinó en qué medida la declaración de la Comunidad (efectuada por la Comisión) por la que informó en el seno de la OMC de su intención de respetar las obligaciones resultantes de la decisión del Órgano de Solución de Diferencias, podía considerarse como un acto comunitario que tuviera por objeto cumplir una obligación concreta¹¹⁴. No estimó que éste fuera el caso al tratarse de una declaración dirigida a la OMC, realizada, pues, en el plano del Derecho internacional, que no podía producir en el ordenamiento jurídico comunitario efectos jurídicos comparables a los reglamentos implicados en los asuntos *Nakajima* y *Petrotub*. Queda planteada la cuestión sobre si este tipo de declaraciones pueden ser objeto de un recurso de anulación o son aptas para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

La reciente sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Chiquita*¹¹⁵, descarta la responsabilidad extracontractual derivada del incumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias. Recuerda el Tribunal que, habida cuenta de su naturaleza y de su sistema, los acuerdos OMC no son parámetro de legalidad del Derecho comunitario derivado, salvo que opere el principio de implementación o el de referencia que, como excepciones, merecen una interpretación restrictiva.

En cuanto al principio *Nakajima*, insiste el Tribunal que es necesario que el acto comunitario esté destinado de forma específica a adaptar el ordenamiento comunitario a las prescripciones OMC, aspecto que se ha de enjuiciar a la luz de las características específicas de la medida comunitaria y de las disposiciones pertinentes de la OMC. Estima el Tribunal que no es aplicable esta excepción por referencia a las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias, porque la obligación que en ellas se incorpora de garantizar

¹¹³ Véase, cdo. 64 de la STJCE.

¹¹⁴ Véase, apdos. 66 y 67 de las Conclusiones del Abogado General.

¹¹⁵ Véase, STPI de 3.2.2005, as. *Chiquita c. Comisión* (T-19/01).

la conformidad de las medidas internas con los acuerdos OMC reviste un carácter general.

Resuelve el tema de la responsabilidad extracontractual señalando que el Entendimiento de la OMC no establece un mecanismo de solución de diferencias internacionales por medio de resoluciones que tengan efectos vinculantes comparables con los de una resolución de un órgano jurisdiccional en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

El último pronunciamiento en la materia recayó en el asunto *Van Parys*¹¹⁶. El Tribunal de Justicia dio respuesta a una cuestión prejudicial de validez que se le suscitó al órgano jurisdiccional remitente, con ocasión de la impugnación por un particular de medidas nacionales que implementaban actos normativos comunitarios, cuya incompatibilidad con el Derecho OMC había sido declarada por el Órgano de Solución de Diferencias.

El interés del asunto para el objeto de este estudio reside en que el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre los efectos jurídicos derivados de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias en el ordenamiento jurídico comunitario. En concreto, se plantea si, a pesar de la falta de eficacia directa de los acuerdos OMC, estas decisiones pueden ser invocadas por los particulares para cuestionar la legalidad de las medidas comunitarias. Y si esto fuera posible, abierta quedaría la espita de la responsabilidad de la Comunidad por los daños que les hubiera generado.

El Tribunal, separándose de las conclusiones del Abogado General Tizzano, retorna a su razonamiento jurídico más tradicional, un circunloquio sobre el reflejo especular de la falta de eficacia directa de los acuerdos OMC en las decisiones de adjudicación del Órgano de Solución de Diferencias y sobre el carácter flexible de los remedios previstos en el Entendimiento, cuyo colofón es el principio de reciprocidad.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La lectura que permite hacer la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia es ambivalente. Inicialmente no excluyó que el control de la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias se pudiera verificar conforme a las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias, tanto en el marco del recurso de anulación previsto en el artículo 230 TCE, como en el contexto de una reclamación indemnizatoria del artículo 288 TCE, siempre que se tratara de decisiones definitivas y firmes.

El Tribunal no traslucía en su planteamiento una involución, con el restablecimiento de su discurso sobre la aplicación del principio de implementación o el principio de referencia, sino que recurrió a la naturaleza obligacional de las decisiones finales del Órgano de Solución de Diferencias.

Estaba por ver el seguimiento y desarrollo de esta jurisprudencia, que, de

¹¹⁶ Véase, STJCE dc 1.3.2005, as. *Van Parys* (C-377/02).

entrada, ponía sordina al desconcierto y a las discrepancias abiertas sobre los efectos jurídicos de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias en el ordenamiento comunitario.

El desarrollo vino en coda de ruptura y «overruling» de lo que fue, a mi juicio, un pronunciamiento acertado, al reconocer a los operadores económicos afectados el derecho a exigir la inaplicación de una medida comunitaria, cuya incompatibilidad con el Derecho OMC había sido constatada por el Órgano de Solución de Diferencias. De nuevo ahora, las decisiones de este órgano no resultan aptas para solicitar que a su luz se considere la legalidad de los actos adoptados por las instituciones comunitarias. Sólo de la mano de los principios de implementación o referencia es viable este control de legalidad, excepciones cuya interpretación taimada es un impedimento a su operatividad. Y sorprende que no se hayan depurado los argumentos para alcanzar esta decisión: la naturaleza de los acuerdos OMC, el margen de negociación que concede a las partes el Sistema de Solución de Diferencias para acordar una compensación a la infracción y el principio de reciprocidad, indicador de que el reconocimiento por parte de la Comunidad de eficacia directa al Derecho OMC o a las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias supondría un desequilibrio en la aplicación de la normativa comercial internacional perjudicial para los intereses comunitarios.

A mi juicio, es criticable negar el valor jurídicamente vinculante de las decisiones finales del Órgano de Solución de Diferencias y también lo es rechazar que puedan generar derechos en la esfera jurídica de los particulares o tutelar en alguna medida sus intereses.

Sin embargo, me parece que la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por el incumplimiento de estas decisiones es fallida por causalidad. Es difícil justificar la relación de causalidad directa entre el incumplimiento imputable a la Comunidad y el daño causado al particular. El origen del daño es la violación primigenia de los acuerdos OMC, que en el procedimiento de solución de diferencias queda endosada en el informe del Órgano de Solución de Diferencias. Creo que sólo en el supuesto de que se llegue a la adopción de represalias cruzadas, subyace la infracción de la decisión del Órgano de Solución de Diferencias como causa directa del daño infringido al particular.