
EL ESTABLECIMIENTO DEL MERCADO ÚNICO EUROPEO. ASPECTOS INTERNOS Y EXTERNOS*

(Criterio de un abogado)

PAUL DEMARET**

INTRODUCCIÓN

1. Los conceptos básicos: “mercado común” y “mercado interno”

EN SU VERSIÓN DE 1957, el Tratado de la CEE¹ tenía como objetivo el establecimiento de un “mercado común”.² El establecimiento de un mercado común significaba que no sólo las mercancías sino también los factores de producción deberían circular libremente entre los estados miembros. Es por esta razón por la que el Tratado de la CEE no sólo

* Para la elaboración de este texto, el autor recibió ayuda del programa belga “Pôle d’attraction interuniversitaires” (PAI), iniciado por el gobierno belga, Oficina del Primer Ministro, Programación de Política Científica (Universidad de Lieja y Universidad de Gante). El autor es el único responsable de las opiniones en él expresadas.

** Imparte la cátedra Jean Monnet de derecho económico europeo y es director del Institut d’Études Juridiques Européennes”, Universidad de Lieja.

¹ Este texto se centra en el Tratado de la CEE. Salvo cuando se indica específicamente, no trata de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero ni de la Comunidad Europea de Energía Atómica.

² Tratado de la CEE, Art. 2, 3 y 8.

lo disponía la creación de una unión aduanera³ sino también la libre circulación de los trabajadores,⁴ la libertad de establecimiento,⁵ el libre suministro de servicios⁶ y la libre circulación de capitales.⁷

El Acta Única Europea, que entró en vigor en 1987, introdujo en el Tratado de la CEE el concepto de "mercado interno".⁸ El artículo 8 A del Tratado, revisado por aquélla, dispone que: "El mercado interno comprenderá un espacio sin fronteras internas en el cual la circulación de mercancías, personas, servicios y capitales quede asegurada ..."

Los conceptos de "mercado común" y "mercado interno" son básicamente semejantes salvo, quizá, por el hincapié en la eliminación de las fronteras internas que se observa en la definición de este último.

La razón por la que se insertó el artículo 8 A en el Tratado de la CEE, junto con la fecha límite de 1993 para la conclusión del mercado interno, se relaciona con el hecho de que, en los comienzos del decenio de 1980, el mercado común aún no se había alcanzado.⁹ Además, se consideró necesario que todos los estados miembros estuvieran de acuerdo en la eliminación de las fronteras internas.¹⁰ Lo que había que hacer para lograr la conclusión del "mercado común" o "mercado interno" ya había sido indicado en el Libro Blanco de la Comisión.¹¹ En lo sucesivo, usaremos indiscriminadamente los términos "mercado común", "mercado interno" y "mercado único".

2. Los diferentes tipos de mercado común

Según el instrumento económico proporcionado para su establecimiento, hay tres tipos diferentes de mercado común: el mercado co-

³ Tratado de la CEE, Art. 3 (a) y (b); Art. 9-37 y 110-116.

⁴ Tratado de la CEE, Art. 48-51.

⁵ Tratado de la CEE, Art. 52-58.

⁶ Tratado de la CEE, Art. 59-66.

⁷ Tratado de la CEE, Art. 67-73.

⁸ El término "mercado interno" había sido usado previamente por el Tribunal de Justicia, véase *Commission v. Italy*, Tribunal de Justicia Europeo, 25 de octubre de 1979, caso 159/78 (1979), ECR 3247. En su juicio *Schul I*, 5 de mayo de 1982, caso 15/81 (1982), ECR 140, el Tribunal de Justicia utilizó los términos "mercado común", "mercado único" y "mercado interno" como si fueran sinónimos.

⁹ Véase J. de Ruyt, *L'Acte Unique Européen*, 1987 (1a. ed.), pp. 150-151.

¹⁰ Véase C.D. Ehlermann, "The Internal Market Following the Single European Act", 24 CML Rev. 361 (1987), pp. 364 y siguientes.

¹¹ COM (85) 310.

mún para productos agrícolas, el mercado común para productos del carbón y del acero, y lo que podríamos llamar el mercado común general. El primero depende esencialmente de la intervención pública: los precios y las cantidades están sujetos a las regulaciones de la Comunidad.¹² El segundo depende normalmente de las fuerzas del mercado. Sin embargo, en tiempos de crisis, es posible que los precios y las cantidades sean fijados por la Comunidad,¹³ como se hizo a fines del decenio de 1970 y en el decenio de 1980 bajo el Plan del Acero. Fuera de los productos agrícolas, del acero y del carbón, el bienestar económico y el establecimiento de un mercado común se alcanzarán por medio del libre comercio y el libre flujo de los factores de producción entre los estados miembros. El artículo 222 del Tratado de la CEE declara, no obstante, que el Tratado no es en perjuicio de las reglas que gobiernan el sistema de propiedad de bienes en los estados miembros. Por lo tanto, de conformidad con el Tratado de la CEE, la propiedad pública de los medios de producción está permitida aunque pueda tener resultados incompatibles con las reglas básicas del mercado común.¹⁴ Sin embargo, en los últimos años las autoridades de la Comunidad se han mostrado cada vez más dispuestas a adoptar un enfoque de "libre comercio" y "libre competencia" al tratar con empresas públicas.¹⁵

¹² Véase el Tratado de la CEE, Art. 38-47. Sobre los aspectos jurídicos de la política agrícola común, véase *Commentaire Mégret, le droit de la CEE*, vol. 2; *Politique agricole commune*, 2a. ed. (1991), Editions de l'Université de Bruxelles; J. Usher, *Legal Aspects of Agriculture in the European Community* (1988), Clarendon Press.

¹³ Véase Tratado de la CECA, Art. 58 y 61.

¹⁴ Cuando un sector industrial entero es de propiedad pública, la libertad de establecimiento (Tratado de la CEE, Art. 52) se convierte en un concepto huero. Cuando se nacionaliza una sola empresa, la regla antidiscriminatoria sobre la participación en el capital de compañías también carece de sentido. Esto fue reconocido por el Tribunal de Justicia en su fallo del caso *Costa v. Enel*, del 15 de junio de 1964, caso 6/64 (1964), ECR I 141, basándose en que, en tal circunstancia, los individuos privados recibían el mismo trato si eran ciudadanos del estado nacionalizador que si lo eran de otros estados miembros.

¹⁵ En una serie de casos recientes, el Tribunal de Justicia se ha basado en el principio del libre movimiento de las mercancías, en la libertad de suministrar servicios y en las reglas de la competencia para abrir mercados que, en algunos estados miembros, habían sido monopolizados por una empresa pública o por una empresa a la cual se le habían concedido derechos especiales o exclusivos. Así, en el caso *France v. Commissions* (19 de marzo de 1991, caso C-202/88 [1991], ECR I 223) el Tribunal declaró que los derechos exclusivos para la importación, comercialización, conexión y mantenimiento de

3. La faceta externa del mercado interno

En un mercado único desarrollado, las mercancías, las personas, las empresas, los servicios y los capitales deben circular libremente tanto si se originan dentro como si se originan fuera del mercado único. En realidad, no hay un verdadero mercado único sin que se establezcan políticas comunes y se apliquen reglas comunes con relación a terceros países. Por consiguiente, el Mercado Único Europeo debe verse como una institución que *extiende el concepto de unión aduanera*,¹⁶ que gobierna la circulación de mercancías, a la circulación de personas, empresas, servicios y capitales. Sin embargo, es preciso subrayar en seguida que si el Tratado de la CEE define con cierta precisión el régimen aplicable a los intercambios económicos entre los estados miembros, es mucho menos explícito en lo que respecta al régimen aplicable a los intercambios externos de la Comunidad. Sólo en la esfera de las mercancías los redactores del Tratado se ocuparon explícitamente de una política exterior común. Abundaremos en este punto en la segunda parte de esta ponencia.

El Espacio Económico Europeo (EEE), que se establecerá entre la Comunidad Europea, sus estados miembros y los países de la AELC,¹⁷ representa, por otro lado, *la extensión del concepto del espacio de libre comercio*¹⁸ más allá de la esfera de las mercancías. El Acuerdo EEE dispone que, entre las partes, no sólo las mercancías sino también los trabajadores, las empresas, los servicios y los capitales deben circular libremente. Sin embargo, ni la letra ni la lógica interna del Acuerdo exige a la Comunidad y a los países de la AELC que adopten políticas y reglas comunes con respecto a terceros países. Por el contrario, el Acuerdo

equipo terminal eran incompatibles con el artículo 30 del Tratado. En otros casos, el Tribunal cuestionó la validez de ciertos derechos exclusivos tanto sobre la base del artículo 30 o 59 como sobre la base de las reglas de competencia (véase *Porto di Genova*, 10 de diciembre de 1991, caso C-179/90 [1991], ECR 5863 y *ERT*, 18 de junio de 1991, caso C-260/89 [1991], ECR 2925). En el caso *ERT* y en el caso *RTT* (13 de diciembre de 1991, caso C-18/88 [1991], ECR 5941), el Tribunal dio amplio alcance a las reglas de competencia, al fallar que las legislaciones nacionales que confieren derechos exclusivos a ciertas empresas infringían los artículos 90, 1 y 86 simplemente porque daban a las empresas en cuestión la posibilidad de discriminar contra sus competidores extranjeros.

¹⁶ Véase GATT, Art. XXIV, 8 (a).

¹⁷ Véase el artículo de J. Bougeois en este mismo número de *Foro Internacional* y la obra de O. Jacot-Guillarmod (comp.), *EEA Agreement* (1992), Schulthess.

¹⁸ Véase GATT, Art. XXIV, 8 (b).

declara explícitamente que las reglas de libre circulación no son pertinentes a las mercancías originadas en terceros países. Es posible, sin embargo, que haya cierto grado de uniformidad en las relaciones exteriores del EEE como resultado de un proceso *de facto*. Por supuesto, la cuestión será discutible si muchos países de la AELC se unen a la Comunidad.

I. LOS ASPECTOS INTERNOS DEL MERCADO ÚNICO EUROPEO¹⁹

Examinaremos primero el marco jurídico que proporciona el Tratado de la CEE para eliminar barreras a los intercambios económicos entre los estados miembros. Después, consideraremos la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas físicas, el derecho de establecimiento, el libre suministro de servicios y la libre circulación de capitales. La libre circulación de mercancías será tratada en una forma algo más detallada que los otros puntos ya que representa una esfera en la que la Comunidad ha alcanzado la mayor medida de integración.

a) El marco jurídico

Bajo el Tratado de la CEE hay dos tipos diferentes de instrumentos jurídicos a fin de eliminar las barreras estatales al "comercio interestatal", para usar un concepto jurídico estadounidense. Estos instrumentos pueden ser agrupados bajo los encabezados respectivos de integración negativa y positiva.

La integración negativa se logra mediante la aplicación de las varias prohibiciones que contiene el Tratado de la CEE.²⁰ Estas prohibiciones han sido estrictamente aplicadas por el Tribunal de Justicia Europeo en procedimientos judiciales basados en el artículo 169 o en el artículo 177 del Tratado. Los primeros son iniciados por la Comisión Euro-

¹⁹ Véase un examen más detallado de los aspectos jurídicos del Mercado Único Europeo en A. Mattera, *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento* (1991), Civitas; G. Druesne, *Droit Matériel et Politiques de la Communauté Européenne*, 2a. ed. (1991), PUF; E. Gaillard, D. Carreau, N. Lee, *Le Marché Unique Européen* (1989), Pédone; N. Green, T. Hartley, J. Usher, *The Legal Foundations of the Single European Market* (1991), Oxford University Press.

²⁰ Véase el Tratado de la CEE, Art. 12 y ss., 95, 30 y ss., 37, 48, 52 y 59.

pea; los segundos, por tribunales nacionales e individuos privados. La eficacia de las prohibiciones del Tratado de la CEE se debe, en buena medida, a la amplia interpretación dada por el Tribunal de Justicia al concepto de disposición directamente aplicable y a las disposiciones sustantivas del Tratado.²¹

La integración positiva conlleva la intervención del legislador de la Comunidad para armonizar, coordinar o unificar la ley nacional.²² Se requiere esta intervención para eliminar barreras estatales que no entran en las prohibiciones del Tratado porque son necesarias para proteger ciertos intereses legítimos del estado (salud, seguridad, protección del consumidor, recaudación de impuestos, moralidad pública, orden público...). Hasta el Acta Única Europea, la legislación de la Comunidad se aprobaba esencialmente por votación unánime, bien fuera porque así lo disponía el Tratado²³ o porque esto se había convertido en práctica del Consejo. Huelga decir que la votación unánime en el Consejo no era conducente al desarrollo de la legislación comunitaria. El Acta Única Europea introdujo la votación mayoritaria para la aprobación de medidas relativas al establecimiento del mercado interno.²⁴ Como resultado, la actividad legislativa de la Comunidad aumentó considerablemente y hoy la mayor parte de las medidas requeridas para la conclusión del mercado interno han sido aprobadas o están a punto de serlo.²⁵ Quedan, sin embargo, dos excepciones importantes: la unanimidad sigue siendo la regla para la armonización de las leyes fiscales²⁶ y para la aprobación de disposiciones relativas a la libre circulación de las personas físicas.²⁷ No es sorprendente que también en estas dos esferas los progresos hayan sido más lentos.

En un mercado europeo en el que la mayor parte de las barreras

²¹ Véase el texto del juez G.C. Rodríguez Iglesias en este mismo número de *Foro Internacional*.

²² El Consejo aprueba la legislación de la Comunidad basándose en las propuestas hechas por la Comisión. Desde el Acta Única Europea, el Parlamento Europeo también tiene un papel en el proceso legislativo, por lo menos en algunos casos. Véase el texto de J.V. Louis aquí mismo.

²³ Véase el Tratado de la CEE, Art. 100.

²⁴ Véase el Tratado de la CEE, Art. 100 A.

²⁵ La Comisión publica un informe anual sobre los avances hacia la conclusión del mercado interno, y su informe oficial de 1985 sirve como punto de referencia. Sobre el informe de 1992 véase COM (92) 383.

²⁶ Véase el Tratado de la CEE, Art. 99 y 100 A, 2.

²⁷ *Idem.*, Art. 100 A, 2.

estatales están siendo eliminadas, las reglas sobre competencia,²⁸ aplicables a las prácticas restrictivas de las empresas²⁹ y a las ayudas del estado,³⁰ tendrán un papel cada vez mayor. En 1989, los artículos 85 y 86 del Tratado de la CEE fueron suplementados con una regulación de la Comunidad que tenía el propósito de controlar las grandes fusiones de empresas,³¹ algunas de las cuales son inducidas, al menos en parte, por el establecimiento del mercado único.³²

b) La libre circulación de mercancías³³

Dado que la Comunidad es una unión aduanera, las barreras estatales al comercio interestatal deben ser eliminadas, no sólo en lo que respecta a los productos que se originan en los estados miembros sino también a aquellos que se originan en terceros países, una vez que han sido puestos en circulación en el mercado de un estado miembro.³⁴ En principio, las reglas de origen se aplican únicamente en relación con productos que se importan a la Comunidad o se exportan de ella y no en relación con productos que circulan entre los estados miembros. Esto ofrece un marcado contraste con lo que ocurre en una zona de libre comercio.³⁵

1. Las disposiciones sustantivas del Tratado de la CEE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

El Tratado de la CEE prohíbe los derechos aduaneros, las restricciones cuantitativas, los impuestos con efecto equivalente a los derechos

²⁸ Véase el texto de A. Pappalardo aquí mismo.

²⁹ Véase el Tratado de la CEE, Art. 85 y 86.

³⁰ *Id.*, Art. 92 y 93.

³¹ Véase Regulación del Consejo 4064/89 del 21 de diciembre de 1989, O.J. 1989 L 395/1.

³² La economía del Mercado Único Europeo se considera en el texto de N. Thygesen que se publica aquí mismo.

³³ Se encontrará una exposición más detallada de los aspectos jurídicos de la libre circulación de mercancías en: *Commentaire Megret, le droit de la CEE*, vol. 1, *Préambule, principes, libre circulation des marchandises*, 2a. ed. (1992), Editions de l'Université de Bruxelles.

³⁴ Véase el Tratado de la CEE, Art. 9 y 10.

³⁵ Por ejemplo, en el Acuerdo sobre un Espacio Económico Europeo, más de 200 páginas se consagran a las reglas de origen. Véase aquí mismo el texto de J. Bourgeois.

aduaneros, las medidas con efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Además, requiere que los estados miembros ajusten los monopolios estatales comerciales. Los derechos aduaneros y las restricciones cuantitativas explícitas son obstáculos manifiestos al comercio. A fines del decenio de 1960 fueron totalmente eliminados entre los seis primeros estados miembros. Los últimos derechos aduaneros que existen entre España y Portugal y los otros diez estados miembros se eliminarán en 1993. En lo sucesivo, los esfuerzos se concentrarán en la supresión de las barreras fiscales al comercio y en las regulaciones comerciales restrictivas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene un papel muy importante a este respecto. Los fallos relacionados con la eliminación de las barreras estatales al comercio son más de 500. Unos 175 se relacionan con impuestos y 350 con regulaciones comerciales.

a) La prohibición de barreras fiscales

1. *Reglas del ajuste de impuestos fronterizos.* El contexto general, en el cual es pertinente la prohibición de impuestos con efecto equivalente a derechos aduaneros y de impuestos internos discriminatorios, está definido por las reglas de la CEE sobre el ajuste de impuestos fronterizos.³⁶ En general, estas reglas son las mismas que las del ajuste de impuestos fronterizos aplicables entre partes contratantes del GATT de conformidad con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.³⁷ Los impuestos directos e indirectos están sujetos respectivamente a los principios del país de origen y el país de destino. La adopción del sistema del IVA por todos los estados miembros ha hecho posible la computación precisa de los descuentos de impuestos indirectos en el caso de las exportaciones, y de los impuestos compensatorios indirectos en el caso de las importaciones.

En un mercado interno genuino, los impuestos indirectos deben pagarse en el lugar de compra y el ajuste de impuestos fronterizos sería impropio. Sin embargo, esto requiere que las tasas del IVA y de los impuestos indirectos se armonicen en toda la Comunidad, cosa que aún no se ha conseguido totalmente. En 1993 los controles fiscales fronterizos serán eliminados entre los estados miembros, pero el principio de país de

³⁶ Véase Tratado de la CEE, Art. 95-98.

³⁷ Véase GATT, Art. III, 1-2, Art. VI 4 y nota y Art. XVI.

destino seguirá aplicándose: los impuestos indirectos seguirán recaudándose a la tasa prevaleciente en el país del comprador.³⁸ Se prevé que la eliminación del ajuste de impuestos fronterizos se logrará en 1996 en el mejor de los casos. Sin embargo, a partir del 1º de enero de 1993, el consumidor privado podrá comprar mercancías en cualquiera de los estados miembros, pagar los impuestos indirectos requeridos en el lugar de la compra y llevarse lo que haya adquirido a su país de origen. Pero esto no se aplicará en la compra de automóviles o en las compras por correo.

2. *Gravámenes con efecto equivalente a derechos aduaneros.* Los gravámenes que tienen un efecto equivalente a los derechos aduaneros están totalmente prohibidos por el Tratado de la CEE.³⁹ Este concepto bastante oscuro ha sido gradualmente definido por el Tribunal de Justicia. En la actualidad se extiende a todos los cargos que específicamente deben gravar,⁴⁰ o que, en efecto, sólo gravan⁴¹ a los productos importados. Los ejemplos más característicos de gravámenes que tienen un efecto equivalente a los derechos aduaneros son los impuestos que se recaudan sobre importaciones con el fin de financiar las inspecciones sanitarias en la frontera, o los impuestos que se recaudan tanto sobre productos importados como sobre productos nacionales, pero cuyo importe se destina exclusivamente al beneficio de la industria nacional. Desde el ángulo de sus implicaciones económicas, el juicio del caso *Gingerbread*, de 1962,⁴² sigue destacándose como una de las declara-

³⁸ Véase la Directiva del Consejo 91/680/CEE del 16 de diciembre de 1991, que complementa el sistema común del impuesto al valor agregado y enmienda la Directiva 77/388/CEE con miras a abolir las fronteras fiscales, O.J. 1991 L 376/1; Regulación del Consejo 218/92 del 27 de enero de 1992 sobre cooperación administrativa en el IVA, O.J. 1992 L 24/1; Consejo Directivo 92/77/CEE del 19 de octubre de 1992 que complementa el sistema común del impuesto al valor agregado y enmienda la Directiva 77/388/CEE (aproximación de las tasas del IVA), O.J. 1992 L 316/1. Véase además la Regulación del Consejo 2726/90 del 17 de septiembre de 1990, sobre el tránsito en la Comunidad, O.J. L 262/1; Regulación de la Comisión 1214/92 del 21 de abril de 1992, sobre las disposiciones para implantar el procedimiento de tránsito en la Comunidad y para ciertas simplificaciones de ese procedimiento, O.J. 1992 L 132/1.

³⁹ Véase Tratado de la CEE, Art. 12, 13 y 16.

⁴⁰ Véase *Fonds des diamantaires*, Tribunal de Justicia Europeo, 1 de julio de 1969, casos 2 y 3/69 [1969], ECR 211.

⁴¹ Véase *Capolongo*, Tribunal de Justicia Europeo, 19 de junio de 1973, caso 77/72 [1973] ECR 611.

⁴² Tribunal de Justicia Europeo, 14 de diciembre de 1962, casos 2-3/62 [1962], ECR 813.

ciones más importantes del Tribunal de Justicia con respecto a los gravámenes que tienen un efecto equivalente. En esa ocasión, el Tribunal falló que a un estado miembro le estaba prohibido imponer gravámenes a las importaciones para igualar el costo de los insumos usados por competidores nacionales y extranjeros en el proceso de producción.

Las cantidades monetarias compensatorias que gravan los productos agrícolas como resultado de modificaciones que afectan los tipos de cambio entre las monedas de los estados miembros se asemejan mucho a los gravámenes que tienen efectos equivalentes a los derechos aduaneros.⁴³ Sin embargo, han sido consideradas compatibles con el Tratado de la CEE.⁴⁴ Las cantidades monetarias compensatorias desaparecerán en 1993, puesto que se oponen a la idea misma de un mercado único. No obstante, los acontecimientos recientes hacen poco probable que las cantidades monetarias compensatorias puedan ser eliminadas totalmente en esa fecha.⁴⁵

3. *Impuestos internos discriminatorios.* Por otra parte, los impuestos internos están prohibidos sólo en la medida en que discriminan contra los productos importados.⁴⁶ La prohibición de impuestos internos discriminatorios, que señala el artículo 95 del Tratado de la CEE, es comparable con la prohibición de impuestos discriminatorios que dispone el artículo III, 1 y 2, del GATT. En el contexto de la Comunidad, se ha dado a la prohibición un sentido más amplio y más efectivo que en el GATT. Sus aplicaciones más frecuentes se observan en los impuestos sobre bebidas alcohólicas y automóviles.

Los impuestos internos se consideran discriminatorios cuando los productos importados son gravados con tasas más altas que los productos nacionales competidores, pero también cuando la base de valuación⁴⁷ o sus modalidades son tales que ponen en desventaja a las im-

⁴³ Sobre origen y funcionamiento del CMC, véase Comisión, PI(44), julio de 1982.

⁴⁴ Véase *Rewe*, Tribunal de Justicia Europeo, 24 de octubre de 1973, caso 10/73 [1973], ECR 1175.

⁴⁵ Véase Regulación de la Comisión 3032/92 del 22 de octubre de 1992, que enmienda la Regulación (CEE) 1641/91, la cual fija las cantidades monetarias compensatorias en el sector agrícola y ciertos coeficientes necesarios para su aplicación, O.J. 1992 L 309/1.

⁴⁶ Véase Tratado de la CEE, Art. 95.

⁴⁷ Véase *Commission v. Denmark*, Tribunal de Justicia Europeo, 11 de diciembre de 1990, caso 47/88 [1990], ECR 4509, en la medida en que los coches de segunda mano fueron involucrados.

portaciones.⁴⁸ El Tribunal de Justicia ha fallado también que un estado miembro quebranta la prohibición si impone una penalidad mucho mayor por incumplimiento de pago de un impuesto determinado cuando se trata de una importación que cuando se trata de una transacción nacional.⁴⁹

La prohibición no sólo se aplica a los impuestos internos que formalmente discriminan a los productos importados, sino también a los impuestos que tienen el efecto de dar un grado de protección a la producción nacional. Así, se determinó que Francia quebrantaba el Tratado porque gravaba con mayores impuestos a los alcoholes hechos con granos que a los que se hacen con vino o con frutas.⁵⁰ En ese caso, el grueso de la producción francesa de alcoholes consistía en estos últimos, mientras que el grueso de los alcoholes importados consistía en los primeros. La manera en que los impuestos anuales a los automóviles se establecen en Francia también se declaró incompatible con el Tratado.⁵¹ El nivel impositivo aumentaba en relación directa con la potencia del motor del coche, expresada en HP fiscales. Se consideró que esto era incompatible con el Tratado. Lo que no era incompatible, sin embargo, era la manera en que el impuesto anual aumentaba de 16 a 17 HP. El impuesto anual para los automóviles de 17 HP era cinco veces mayor que el impuesto para los coches de 16 HP. Lo que llamó la atención del Tribunal de Justicia fue que, en Francia, todos los automóviles que tenían una potencia superior a los 16 HP eran importados.

Dos ejemplos más ilustrarán la amplia interpretación que el Tribunal de Justicia ha dado a la prohibición de impuestos discriminatorios. Aunque el vino y la cerveza son productos bastante diferentes, la manera en que el vino de mesa era gravado en el Reino Unido se consideró ilegal con sujeción al Tratado porque tenía el efecto de proteger la cerveza, producto típicamente inglés.⁵² El Tribunal de Justicia fue tan lejos que aplicó la prohibición de impuestos internos

⁴⁸ Véase *Commission v. Ireland*, Tribunal de Justicia Europeo, 27 de febrero de 1980, caso 55/79 [1980] ECR 481.

⁴⁹ Véase *Drexel*, Tribunal de Justicia Europeo, 25 de febrero de 1988, caso 299/86 [1988], ECR 1213.

⁵⁰ Véase *Commission v. France*, Tribunal de Justicia Europeo, 27 de febrero de 1980, caso 168/78 [1980], ECR 347.

⁵¹ Véase *Humblot*, Tribunal de Justicia Europeo, 9 de mayo de 1985, caso 112/84 [1985], ECR 1361.

⁵² Véase *Comisión v. United Kingdom*, Tribunal de Justicia Europeo, caso 170/78, 27 de febrero de 1980 [1980], ECR 417, y 12 de julio de 1983 [1983], ECR 2265.

discriminatorios en los casos en que mercancías de segunda mano, adquiridas por consumidores privados, estaban sujetas, como parece normal, a tributación en el país de importación.⁵³ El Tribunal, sin embargo, se negó a fallar que los impuestos muy elevados fijados a los automóviles en Dinamarca eran ilegales conforme al artículo 95 del Tratado.⁵⁴ Aunque los impuestos daneses sobre los automóviles podían tener el efecto de reducir el comercio, no tenían un carácter discriminatorio ya que no había producción danesa de automóviles que se beneficiara del elevado nivel de los impuestos fijados a los coches importados.

La importancia práctica de la prohibición de impuestos internos discriminatorios disminuirá gradualmente en medida que se armonicen los IVA nacionales y las tasas de los impuestos indirectos.

4. *Devolución de impuestos.* Los gravámenes que hayan sido impuestos en contradicción con el Tratado de la CEE, tanto si se califican como cargos con efecto equivalente o como impuestos internos discriminatorios, deben ser *devueltos*. El Tribunal de Justicia sostuvo esta regla a pesar de los varios esfuerzos hechos por algunos estados miembros para limitar tales devoluciones, en vista de las graves consecuencias presupuestarias que tienen algunas veces.⁵⁵

b) Regulaciones comerciales restrictivas

Las regulaciones comerciales nacionales cuyo objeto o cuyo efecto es restringir el comercio quedan comprendidas en el artículo 30 del Tratado de la CEE, el cual prohíbe las restricciones cuantitativas y, lo que es más importante, las medidas que tienen un efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia

⁵³ Véase *Schul*, Tribunal de Justicia Europeo, 5 de mayo de 1982, caso 15/81 [1982], ECR 140, y 21 de mayo de 1985, caso 47/84 [1985], ECR 1491. En este caso la doble tributación ocurría porque las mercancías de segunda mano compradas por consumidores privados en otro estado miembro no se benefició de un descuento fiscal sobre su exportación. Su precio aún incluía parte del IVA pagado por el primer propietario. El Tribunal de Justicia falló que el estado miembro de importación quebrantaba el artículo 95 del Tratado si no tomaba en cuenta ese hecho al imponer impuestos a las mercancías de segunda mano.

⁵⁴ Véase *Commission v. Denmark*, nota 47 anterior.

⁵⁵ Véase *San Giorgio*, Tribunal de Justicia Europeo, 9 de noviembre de 1983, caso 199/82 [1983], ECR 3595.

en lo que respecta al artículo 30 es un elemento fundamental del mercado interno. A continuación la consideraremos con más detalle.

1. *Principios básicos que fundamentan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.* Examinaremos primero los principios que fundamentan esa jurisprudencia. En el fallo del caso *Dassonville*⁵⁶ se dio un sentido muy amplio al concepto de medidas con efecto equivalente: "Todas las reglas comerciales promulgadas por estados miembros que puedan obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario."

De conformidad con esta definición, un número muy grande de medidas nacionales están potencialmente prohibidas. El hecho mismo de que el artículo 30 abarque tanto, explica que la prohibición no podría ser absoluta. Las regulaciones comerciales nacionales se permiten si se cumplen ciertas condiciones.

En primer lugar, no debe haber ninguna legislación secundaria de la Comunidad que regule el asunto en cuestión. Si la legislación de la Comunidad es exhaustiva, tendrá prioridad sobre la legislación nacional. Ésta es la consecuencia normal de la supremacía que el derecho de la Comunidad tiene sobre el derecho nacional.

En segundo lugar, las regulaciones comerciales restrictivas deben justificarse con razones de interés público. Algunas de estas razones se mencionan de manera explícita en el artículo 36 del Tratado de la CEE: moralidad pública, políticas públicas, seguridad pública, protección de la salud, protección de los tesoros nacionales y protección de la propiedad industrial. Otras razones fueron añadidas por la jurisprudencia del caso *Cassis de Dijon*,⁵⁷ como la protección del consumidor o la protección del medio ambiente. Aquí el Tribunal de Justicia hace referencia a restricciones comerciales justificadas por *requisitos obligatorios*.

En tercer lugar, conforme a una regla de proporcionalidad, es posible que el efecto restrictivo no exceda lo estrictamente necesario para proteger el interés público supuestamente en juego. El punto crucial no es si la regulación restrictiva, por sí sola, podría estar justificada. Es si la aplicación de tal regulación restrictiva a productos importados

⁵⁶ *Dassonville*, Tribunal de Justicia Europeo, 11 de julio de 1974, caso 8/74 [1974], ECR 837.

⁵⁷ *Rewe-Cassis de Dijon*, Tribunal de Justicia Europeo, 20 de febrero de 1979, caso 179/78 [1979], ECR 1147.

puede justificarse realmente por razones de interés público, tomando en cuenta las condiciones en las que los productos importados fueron manufacturados y comercializados en el estado miembro de exportación. Por ejemplo, el hecho de que la cerveza extranjera no se fabrique según las normas alemanas no justifica que se prohíba su importación. Para proteger al consumidor alemán, el requisito de que la cerveza extranjera esté debidamente etiquetada es suficiente.⁵⁸ Tenemos otro ejemplo en la regla según la cual los controles sanitarios en el estado miembro de importación dejan de estar justificados cuando duplican controles ya aplicados en el estado miembro de exportación.⁵⁹

En algunos casos, el Tribunal de Justicia no puede evaluar en forma directa los verdaderos méritos de una medida restrictiva por falta de normas generalmente convenidas. Las restricciones impuestas por algunos estados miembros sobre la cantidad de vitaminas o de sustancias conservadoras permitidas en los alimentos son ejemplos característicos. Por lo tanto, el Tribunal exige a los estados miembros que establezcan procedimientos para que los importadores puedan demostrar que sus productos no constituyen un peligro para la salud y, una vez demostrado, puedan obtener una autorización general para comercializarlos. Según el Tribunal de Justicia, cualquier decisión tomada por autoridades nacionales a ese respecto deber estar sujeta a apelación.⁶⁰

2. *La suerte de las regulaciones comerciales restrictivas.* Examinaremos ahora cómo han sido aplicados los principios que hemos mencionado. El artículo 30 ha sido aplicado principalmente a estatutos, regulaciones o prácticas nacionales relativos a controles sanitarios, regulaciones de seguridad, contenido de los alimentos, etiquetado, publicidad, promoción de ventas, comercio equitativo, controles de precios, derechos de propiedad intelectual, importaciones paralelas. Para resumir la abundante jurisprudencia distinguiremos diferentes categorías de medidas restrictivas, reminiscentes de las categorías que surgen del examen de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos bajo la *cláusula de comercio inactivo*.

⁵⁸ *Commission v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Justicia Europeo, 12 de marzo de 1987, caso 302/86 [1987], ECR 4607.

⁵⁹ *Frans Nederlandse Maatschappij*, Tribunal de Justicia Europeo, 17 de diciembre de 1981, caso 272/80 [1981], ECR 3277.

⁶⁰ Véase *Commission v. Federal Republic of Germany*, nota 58 anterior.

a) Las regulaciones restrictivas que *discriminan formalmente* importaciones o exportaciones están prohibidas casi siempre. Esta prohibición se aplica aunque la medida estatal restrictiva no tenga un carácter obligatorio y sea llevada a cabo por una entidad privada.⁶¹ Sin embargo, ha habido dos casos en los que la prohibición no se aplicó a medidas nacionales que formalmente discriminaban importaciones.⁶²

b) Las regulaciones restrictivas que, *prima facie*, son pertinentes indistintamente a los productos nacionales e *importados* no están prohibidas como tales pero están sujetas a un escrutinio estricto. Cabe señalar tres distinciones.

Primera, las restricciones que sí discriminan materialmente las importaciones y cuyo efecto discriminatorio parece deliberado siempre están prohibidas.⁶³

Segunda, las restricciones cuyo propósito original puede no haber sido discriminar importaciones pero que afectan más a los productos importados que a los productos nacionales se consideran a la luz de la prueba de proporcionalidad conforme al artículo 36 o a la jurisprudencia del caso *Cassis de Dijon*. La mayoría de las regulaciones nacionales de este tipo no pasan la prueba.⁶⁴ En la base de esta jurisprudencia está la idea de que los productores no deben ser obligados a acatar las normas de fabricación y comercialización impuestas en cada uno de los doce estados miembros. En la medida de lo posible, el reconoci-

⁶¹ Véase *Buy Irish*, Tribunal de Justicia Europeo, 24 de noviembre de 1982, caso 249/81 [1982], ECR 4005, en el que el gobierno irlandés promovió una campaña para inducir a los compradores irlandeses a comprar productos de Irlanda. La campaña en sí fue emprendida por una organización privada.

⁶² En el caso *Campus Oil*, Tribunal de Justicia Europeo, 17 de julio de 1984, caso 72/83 [1984], ECR 2727, el Tribunal aceptó el argumento de seguridad aducido por Irlanda para justificar la obligación impuesta a los distribuidores de gasolina de comprarla a una refinería irlandesa. En el caso *Walloon Waste*, Tribunal de Justicia Europeo, 9 de julio de 1992, caso C-2/90, sobre el que no se ha rendido informe, el Tribunal determinó que la prohibición de importar desechos de otro estado miembro era compatible con el Tratado. La medida parecía discriminar formalmente las importaciones. Sin embargo, al considerar la índole especial de los desechos en cuestión, el Tribunal llegó a la conclusión de que la medida no era discriminatoria.

⁶³ Véase el caso *French alcohol advertising*, Tribunal de Justicia Europeo, 10 de julio de 1980, caso 152/80 [1980], ECR 2299 y el caso *British mark of origin*, Tribunal de Justicia Europeo, 25 de abril de 1985, caso 207/83 [1985], ECR 1201.

⁶⁴ Ejemplos de esto son los casos *German beer*, nota 56 anterior; el caso *Italian vinegar*, Tribunal de Justicia Europeo, 9 de diciembre de 1981, caso 193/80 [1981], ECR 3019; el caso *Belgian margarine*, Tribunal de Justicia Europeo, 7 de noviembre de 1982, caso 261/81 [1982], ECR 3961.

miento mutuo debe ser la regla. Pero hay un caso que entraña una regulación nacional restrictiva y que, a pesar de que afecta más a los productos importados que a los productos nacionales, pasó la prueba de proporcionalidad: la regulación en cuestión era relativa a la protección del medio ambiente.⁶⁵

Tercera, el Tribunal de Justicia adopta una actitud algo más precavida en lo que respecta a las regulaciones restrictivas que afectan por igual a productos importados y nacionales. Por lo general, estas regulaciones son compatibles con los artículos 30 y 36. No obstante, el Tribunal de Justicia examina si no son indebidamente restrictivas. En un caso reciente relativo a una regulación belga de los precios aplicable a los medicamentos,⁶⁶ el Tribunal declaró que una regulación del precio máximo que no permitiese un margen de utilidad razonable sería incompatible con el Tratado de la CEE, prescindiendo de que esa regulación se aplique por igual a productos extranjeros y nacionales.

c) Hasta ahora, las regulaciones restrictivas que, *prima facie*, no discriminan las exportaciones, no han sido prohibidas. No están sujetas a la misma prueba rigurosa que las restricciones en las importaciones.⁶⁷

c) Monopolios estatales de carácter comercial

En varios estados miembros hay monopolios estatales. El artículo 37 del Tratado de la CEE dispone que los monopolios estatales de carácter comercial sean ajustados de manera que se evite la discriminación “en lo que respecta a las condiciones en las que las mercancías se compran y comercializan [...] entre nacionales de los estados miembros”. Dependiendo de los estados miembros, los monopolios estatales de carácter comercial abarcan productos tales como cigarrillos, alcoholes, cerillos, potasa, petróleo, gas, electricidad.

El sentido exacto del artículo 37 fue bastante oscuro durante mucho tiempo. Finalmente, el requisito de que los monopolios comercia-

⁶⁵ Véase el caso *Danish Bottle*, Tribunal de Justicia Europeo, 20 de septiembre de 1988, caso 302/86 [1988], ECR 4607.

⁶⁶ Véase *Commission v. Belgium*, Tribunal de Justicia Europeo, 19 de marzo de 1991, caso 249/88 [1991], ECR 1306.

⁶⁷ Véase *Groenveld*, Tribunal de Justicia Europeo, 8 de noviembre de 1979, caso 16/79 [1979], ECR 3408.

les se ajusten fue interpretado por el Tribunal de Justicia en el sentido de que los derechos de importación exclusivos eran incompatibles con el Tratado.⁶⁸ Esto ha tenido el efecto de privar a los monopolios comerciales del estado de una de sus prerrogativas económicas más importantes. Algunos estados miembros (notablemente Alemania y Francia) usaron diferentes medios (medidas fiscales, regulaciones de precios) para evitar las consecuencias de este fallo. La mayoría de estos intentos no han tenido éxito.

Los monopolios estatales ya no tienen derecho a controlar importaciones pero sí pueden mantener su derecho de comercialización exclusiva en lo que respecta a los productos nacionales. Además, algunas veces los monopolios estatales poseen o controlan todos o casi todos los mercados de menudeo por cuyo medio algunos tipos de productos se venden al consumidor. Pero ésta es una cuestión que debe tratarse de conformidad con el artículo 86 del Tratado de la CEE.⁶⁹

En la actualidad, la cuestión económica más importante estriba en determinar si, en el sector energético, empezando con el gas y la electricidad, los servicios públicos nacionales o los productores privados deben ser obligados a permitir el acceso de terceros a sus redes de transporte y, en caso afirmativo, en qué condiciones deberán hacerlo. En realidad, ésta es la única forma de abrir el sector energético, el cual, por lo menos en el plano de la distribución, se caracteriza por la existencia de monopolios naturales. Sin embargo, para alcanzar este resultado, la Comisión no planea recurrir al artículo 37 o 86 sino que propone adoptar la legislación de la Comunidad basándose en el artículo 100 A. Esto es comprensible en vista de los diversos e importantes intereses implicados y de la necesidad de considerar las consecuencias económicas a largo plazo que resultarían de permitir a terceros el acceso a las redes de transporte de energía existentes.⁷⁰

⁶⁸ Véase *Manghera*, Tribunal de Justicia Europeo, 3 de febrero de 1976, caso 59/75 [1976], ECR 91.

⁶⁹ Véase el texto de A. Pappalardo aquí mismo.

⁷⁰ En los últimos años, la Comisión ha empezado a cuestionar la existencia de monopolios en sectores que anteriormente habían estado protegidos de la competencia en la mayor parte de los estados miembros. Así, en el campo de las telecomunicaciones, la Comisión adoptó dos directivas hace poco tiempo. En la Directiva 88/301/CEE del 16 de mayo de 1988, "sobre competencia en los mercados para equipo terminal de telecomunicaciones" (O.J. 1988 L 131/73), exigió la eliminación de todos los derechos exclusivos para importar, comercializar, conectar y dar mantenimiento a equipo terminal, y en la Directiva 90/388/CEE del 28 de junio de 1990, "sobre competencia en los

2. *Legislación de la Comunidad para eliminar barreras al comercio interestatal*

Es posible que el Tribunal de Justicia haya llevado bastante lejos el alcance de las disposiciones sustantivas del Tratado de la CEE, pero aún hay límites a lo que un juez puede hacer. El legislador de la Comunidad tiene que intervenir necesariamente para que se eliminen los obstáculos al comercio que no están prohibidos por el Tratado de la CEE. Por ejemplo, no atañe al Tribunal de Justicia sino al legislador de la Comunidad determinar el nivel aceptable de ruido emitido por las podadoras de pasto de manera que estas máquinas puedan ser vendidas en todo el mercado de la Comunidad.

Las principales características de la legislación de la Comunidad vinculada con el establecimiento de la libre circulación de mercancías se mencionan a continuación, junto con algunos ejemplos importantes.

a) Diferentes tipos de legislación secundaria

1. *Armonización*. Un gran cuerpo de leyes secundarias de la Comunidad tienen por objeto *armonizar* el derecho de los estados miembros.⁷¹ Hay que establecer algunas distinciones según sea el objetivo buscado por el legislador de la Comunidad.

a) Se han adoptado muchas directivas de la Comunidad para *eliminar las barreras técnicas* al comercio. Por ejemplo, hay directivas que armonizan las normas de productos en lo que respecta a los requisitos de seguridad. El nivel de armonización puede variar. En algunos casos, se logra una *armonización plena*. En otros, es posible que la armonización se limite a ciertos *requisitos esenciales*. De conformidad con este método, que se usa cada vez más, una directiva establece algunos objetivos esenciales y deja las definiciones de normas detalladas a los orga-

mercados para servicios de telecomunicaciones" (O.J. 1990 L 192/10), estableció una distinción entre "servicios básicos" como telefonía vocal, para cuyo suministro aún pueden atribuirse derechos exclusivos a un solo operador y servicios "con valor añadido" los cuales deben estar abiertos a la competencia. Es evidente que esta última directiva sirve como modelo para la política que la Comisión intenta aplicar en lo que respecta a los servicios postales (véase "Green Paper" o serie de propuestas de la Comisión para la liberalización parcial de los servicios postales, COM [91] 476 final).

⁷¹ Se encontrará un detallado análisis de las técnicas usadas para unificar el derecho de los estados miembros en J. Pipkorn, "Le rapprochement des législations dans la Communauté à lumière de l'Acte unique européen", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I, libro I, pp. 189-236 (1991).

nismos normativos europeos. Se supone que los productos que acatan estas normas voluntarias cumplen los requisitos esenciales impuestos por la directiva de la Comunidad. Algunas veces la armonización es *optativa*. De conformidad con este método, las normas comunitarias y nacionales coexisten durante un tiempo, de suerte que algunos productores nacionales tienen el tiempo necesario para adaptarse a las normas de la Comunidad. Los productos que satisfacen las normas de la Comunidad pueden circular libremente dentro de ella. Los productos que sólo satisfacen las normas de un estado miembro pueden circular en el mercado interno del mismo. Su importación a otros estados miembros, como la de cualquier otro producto, se rige por los artículos 30 y 36 del Tratado tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia.⁷²

La armonización, en el plano de la Comunidad, de las regulaciones técnicas y las normas que existen en un sector determinado no impide que los estados miembros establezcan nuevas regulaciones técnicas y normas en otros sectores y, como resultado, el surgimiento de nuevas barreras comerciales. Para hacer frente a este riesgo se adoptó, en 1983, la llamada "directiva de información".⁷³ De conformidad con esa directiva, los estados miembros y los cuerpos normativos nacionales deben informar a la Comisión de su intención de promulgar nuevas regulaciones técnicas o de establecer nuevas normas, y dar a esta última tiempo suficiente para determinar si debe proponerse la adopción de una directiva de la Comunidad o la definición de una norma europea. La directiva de información es uno de los instrumentos más importantes para mantener el mercado interno libre de barreras técnicas al comercio.

b) Particularmente en los últimos años, se han promulgado varias medidas de la Comunidad para *eliminar los controles fronterizos*. Una parte considerable de la legislación comunitaria trata de los controles sanitarios. Por lo general, tiene el propósito de armonizar los controles sanitarios y transferirlos de la frontera al punto de partida del producto en el estado miembro de exportación. Algunos de los controles fronterizos más importantes que van a ser eliminados están relacionados con *impuestos indirectos*. Como ya dijimos, esto ocurrirá, según se

⁷² Véase más arriba.

⁷³ Directiva del Consejo 83/189/CEE del 28 de marzo de 1983, O.J. 1983 L 109/8, modificada por la Directiva 88/182/CEE del 22 de marzo de 1988, O.J. 1988 L 81/75.

espera, el 1 de enero de 1993, pese a que las tasas impositivas no estarán totalmente calculadas en esa fecha.⁷⁴ Para evitar fraudes, se someterá a exportadores e importadores a más controles en lo que respecta a sus ventas y sus compras interestatales. Esto exigirá una cooperación más estrecha por parte de las autoridades fiscales nacionales respectivas.

c) La Comunidad también ha legislado para *eliminar otras barreras comerciales* o para *igualar las condiciones de competencia* en su seno.

En el decenio de 1970 se adoptaron directivas de la Comunidad para abrir los mercados nacionales en lo que respecta a las *compras del sector público*,⁷⁵ pero, al parecer, no lograron fomentar efectivamente la competencia fronteriza. No obstante, algunas directivas recientes podrían modificar esta situación. Estas directivas someten a las reglas de la Comunidad algunos sectores que, hasta hace muy poco tiempo, estuvieron excluidos de su aplicación (energía, transporte, telecomunicaciones, distribución del agua) y ofrecen un procedimiento judicial rápido cuando a las empresas se les niega el acceso a los contratos públicos de una manera ilegal.⁷⁶

Se ha alcanzado cierto grado de armonización en la esfera de los *derechos de propiedad intelectual*,⁷⁷ en donde se adoptarán nuevas medidas

⁷⁴ Aunque últimamente se han hecho progresos importantes en lo que respecta a las tasas del IVA, que normalmente no deberán ser inferiores a 15%; en lo que respecta a las estructuras y las tasas de las contribuciones indirectas, véanse las directivas del Consejo adoptadas el 19 de octubre de 1992, O.J. 1992 L 316.

⁷⁵ Véase la Directiva del Consejo 77/62/CEE del 21 de diciembre de 1976, sobre la coordinación de los procedimientos para la concesión de contratos de abastecimiento público, O.J. 1977 L 13/1.

⁷⁶ Véase la Directiva del Consejo 89/665/CEE del 21 de diciembre de 1989, sobre la coordinación de las leyes, regulaciones y disposiciones administrativas relativas a la aplicación de los procedimientos de revisión para la concesión de contratos de abastecimiento público y de obras públicas, O.J. 1989 L 395/33.

⁷⁷ Véase Directiva de Consejo 91/250/CEE del 14 de mayo de 1991, sobre protección legal de programas de computadora, O.J. 1991 L 122/42; Convenio sobre la Patente Europea para el Mercado Común (Convenio sobre Patente de la Comunidad), O.J. 1989 L 401/10; Regulación del Consejo 1768/92 del 18 de junio de 1992, sobre la creación de un certificado de protección suplementario para los productos medicinales, O.J. 1992 L 182/1; Primera Directiva del Consejo 89/104/CEE del 21 de diciembre de 1988, para aproximar las leyes de los estados miembros relativas a marcas de fábrica, O.J. 1989 L 40/1; Regulación del Consejo 2081/92 del 14 de julio de 1992, sobre la protección de indicaciones geográficas y designaciones de origen para productos agrícolas y productos alimentarios, O.J. 1992 L 208/1; Regulación del Consejo 823/87 del 16 de marzo de 1987, que establece disposiciones especiales relativas a los vinos de cali-

en breve.⁷⁸ Aquí la armonización tiene el propósito de eliminar las barreras comerciales en bienes y servicios, pero también busca armonizar las condiciones competitivas. Los mismos objetivos persiguen las directivas de la Comunidad relativas a la responsabilidad civil por daños causados por un producto⁷⁹ y a la publicidad engañosa.⁸⁰

2) *Reconocimiento mutuo*. La idea de que las regulaciones comerciales nacionales deben ser, hasta cierto punto, mutuamente reconocidas por los estados miembros inspira el fallo del caso *Cassis de Dijon*.⁸¹ El *reconocimiento mutuo* también es fomentado por directivas de la Comunidad, a menudo como un complemento de la armonización. El artículo 100 C del Tratado de la CEE dispone el uso sistemático de ese método a fin de completar el establecimiento del mercado interno en 1993.

dad producidos en regiones específicas, O.J. 1987 L 84/59; Regulación del Consejo 1576/89 del 29 de mayo de 1989, que establece reglas generales sobre la definición, descripción y presentación de bebidas alcohólicas, O.J. 1989 L 160/1; Directiva del Consejo 87/54/CEE del 16 de diciembre de 1986, sobre la producción legal de topografías de productos semiconductores, O.J. 1987 L 24/36 y Regulación del Consejo 3842/86 del 1 de diciembre de 1986, que establece medidas para prohibir la liberación de productos falsificados para su libre circulación, O.J. 1986 L 357/1.

⁷⁸ Véase Propuesta de una Directiva del Consejo sobre la protección legal de bases de datos presentada por la Comisión el 15 de abril de 1992, O.J. 1992 C 156/4; Propuesta de una Directiva del Consejo sobre la coordinación de ciertas reglas relativas a los derechos de autor y derechos afines aplicables a la radiodifusión por satélite y la retransmisión por cable, presentada por la Comisión el 22 de julio de 1991, O.J. 1991 C255/3; Propuesta modificada de una Directiva del Consejo sobre el derecho de alquiler y de préstamo y sobre algunos derechos relativos al derecho de autor en la esfera de la propiedad intelectual, presentada por la Comisión el 30 de abril de 1992, O.J. 1992 C 128/8; Propuesta de una Directiva del Consejo para unificar el periodo de protección del derecho de autor y algunos derechos relacionados, presentada por la Comisión el 23 de marzo de 1992, O.J. 1992 C 92/6; Propuesta de una Directiva del Consejo sobre la protección legal de los inventos biotecnológicos presentada por la Comisión el 20 de octubre de 1988, O.J. 1989 C 10/3; Propuesta de una Regulación del Consejo (CEE) sobre los derechos de variedad de obtención vegetal de la Comunidad, presentada por la Comisión el 6 de septiembre de 1990, O.J. 1990 C 244/1, y Propuesta de una Regulación del Consejo sobre marcas de fábrica de la Comunidad, presentada por la Comisión el 25 de noviembre de 1980, O.J. 1980 C 351/5.

⁷⁹ Véase Directiva del Consejo 85/374/CEE del 25 de julio de 1985, sobre la aproximación de las leyes, regulaciones y disposiciones administrativas de los estados miembros relativas a la responsabilidad civil por productos defectuosos, O.J. 1985 L 210/29.

⁸⁰ Véase Directiva del Consejo 84/450/CEE del 10 de septiembre de 1984 relativa a la aproximación de las leyes, regulaciones y disposiciones administrativas de los estados miembros acerca de la publicidad engañosa, O.J. 1984 L 250/17.

⁸¹ Véase nota 57 anterior.

3. *Regulación de la Comunidad.* Cuando es necesario establecer *instituciones comunes* en el plano de la Comunidad para realizar tareas específicas, las directivas sobre armonización resultan insuficientes. En esos casos es preciso recurrir a *regulaciones de la Comunidad* que sustituirán, al menos en parte, a las leyes nacionales. Tenemos un ejemplo de esto en el proyecto de regulación sobre una marca registrada de la Comunidad.⁸² Una marca registrada de la Comunidad requiere que se establezca una oficina de marca registrada europea. En términos más generales, se requiere adoptar una regulación de la Comunidad, en lugar de una directiva, cada vez que el punto en cuestión necesita ser regulado por un solo cuerpo de leyes.

4. *Convenio internacional.* En determinadas circunstancias, los *convenios internacionales* entre todos los estados miembros sirven como sustitutos de las directivas o las regulaciones de la Comunidad. El Convenio de Luxemburgo sobre la Patente de la Comunidad,⁸³ que aún no ha entrado en vigor, es un ejemplo. El punto crucial es, pues, hallar los medios para asegurar la aplicación y la interpretación uniformes de estos convenios en toda la Comunidad. De hecho, como estos últimos no reúnen las condiciones necesarias para ser considerados como "actos de las instituciones de la Comunidad", la aplicación de los mecanismos proporcionados por el Tratado de la CEE para el cumplimiento y la interpretación del derecho de la Comunidad no suele ser posible.⁸⁴

b) Excepciones de la aplicación uniforme de la legislación de la Comunidad

La Comunidad Europea no es una entidad homogénea. Desde el Acta Única Europea, el Tratado de la CEE dispone explícitamente que, en algunos casos, la legislación secundaria de la Comunidad puede apli-

⁸² Véase la Propuesta de una Regulación del Consejo sobre marcas registradas de la Comunidad, presentada por la Comisión al Consejo el 25 de noviembre de 1980, O.J. 1980 C 351/5.

⁸³ Convenio sobre una Patente Europea para el Mercado Común (Convenio Patente Comunidad), O.J. 1989 L 401/10.

⁸⁴ Sobre la solución escogida en lo que respecta a la futura Patente de la Comunidad, véase el artículo 2 del Acuerdo relativo a las patentes de la Comunidad, O.J. 1989 L 401/2; Protocolo sobre conciliación de controversias judiciales relativas a la violación y la validez de las patentes de la Comunidad, O.J. 1989 L 401/34.

carse aunque no de una manera uniforme.⁸⁵ El artículo 100 A, 4, permite a los estados miembros aplicar normas nacionales sobre productos que son más altas que las normas fijadas por las directivas de la Comunidad acerca, por ejemplo, de la protección de la salud pública o de la protección del medio ambiente. Esta excepción del efecto prioritario normal de la legislación de la Comunidad fue el precio que hubo que pagar por la introducción del voto mayoritario en los asuntos relacionados con el mercado interno. El artículo 100 A, 4, está estrictamente controlado por la Comisión y, hasta ahora, ha sido invocado rara vez.⁸⁶

La legislación de la Comunidad relativa al mercado interno puede distinguir entre estados miembros debido a las diferencias de desarrollo económico. Es posible que se dé a las economías más débiles algo más de tiempo para ajustarse a las reglas de la Comunidad.⁸⁷ Las medidas de la Comunidad también pueden incluir cláusulas de salvaguardia que autorizan a los estados miembros a adoptar medidas provisionales.⁸⁸ Hay, además, algunas diferencias objetivas entre los estados miembros que la legislación de la Comunidad debe reflejar.⁸⁹

Por último, vale la pena mencionar que las medidas de la Comunidad que no están basadas en el artículo 100 A, que es la disposición sobre el mercado interno, sino en los artículos 130 R y 130 S, que son las disposiciones ambientales del Tratado de la CEE, no impiden a los estados miembros mantener o introducir medidas más rigurosas siempre y cuando sean compatibles con el Tratado.⁹⁰

⁸⁵ Lo que sigue no sólo es pertinente a la legislación relativa a la libre circulación de mercancías, sino a toda legislación de la Comunidad relativa al establecimiento del mercado interno.

⁸⁶ Hasta ahora, el artículo 100 A, 4, ha sido aplicado formalmente una sola vez, véase *Europe*, 12 de junio de 1992, 13. Sin embargo, su existencia ha dado como resultado la elevación del nivel de las normas comunitarias aplicables a productos, sobre todo en lo que respecta a la protección del medio ambiente.

⁸⁷ Véase el Tratado de la CEE, artículo 8 C. Se encontrará un ejemplo al margen de la esfera de las mercancías en la Directiva del Consejo 88/361/CEE del 24 de junio de 1988, sobre el cumplimiento del artículo 67 del Tratado, O.J. 1988 L 178/5, que dispone un periodo de transición en el caso de Grecia, Irlanda, Portugal y España.

⁸⁸ Véase el Tratado de la CEE, artículo 100 A, 5.

⁸⁹ Para mencionar un ejemplo señalado por Pipkorn, *op. cit.*, en el Reino Unido los puentes no se construyen de acuerdo con las mismas normas que en la Europa continental, lo cual explica que el Reino Unido pueda negar la entrada en su territorio a los camiones que pesan más de 40 toneladas.

⁹⁰ Véase el Tratado de la CEE, artículo 130 T.

c) La libre circulación de las personas, el derecho de establecimiento y el libre suministro de servicios⁹¹

Tanto las personas físicas como las personas morales tienen libertad de circulación.⁹² Las *personas físicas* son los nacionales de los estados miembros. Cada Estado miembro decide cómo se adquiere la nacionalidad. Las *personas morales* consisten en compañías constituidas de conformidad con las leyes del Estado miembro.⁹³ La nacionalidad de los accionistas es, en principio, impertinente. El único requisito es que las compañías estén económicamente vinculadas con el mercado de la Comunidad, por lo menos de alguna manera.⁹⁴ Las compañías controladas por intereses de un tercer país, establecidas en un Estado miembro de conformidad con las leyes de este último, tienen el mismo derecho a invocar las disposiciones del Tratado relativas al derecho de establecimiento o de libre suministro de servicios que las compañías controladas por intereses de la Comunidad. Es dudoso que esto haya ocurrido en todos los casos. Al parecer, la Comisión se ha mostrado algo renuente a hacer cumplir la letra del Tratado cuando se trata de compañías europeas controladas por intereses extranjeros.⁹⁵

La libertad de circular entre estados miembros se extiende a las personas físicas en su capacidad de trabajadores asalariados, personas que trabajan por cuenta propia (establecimiento y libre suministro

⁹¹ Véase una exposición más detallada en *Commentaire Megret, le droit de la CEE*, vol. 3, *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux*.

⁹² Véase el Tratado de la CEE, arts. 48 y siguientes, 52 y siguientes, 59 y siguientes.

⁹³ *Id.*, artículo 58.

⁹⁴ Programa general para la abolición de restricciones de la libertad para suministrar servicios, O.J. 1962 2/32; Programa general para la abolición de restricciones de la libertad de establecimiento, O.J. 1962 2/36.

⁹⁵ Véase la respuesta del Sr. Delors en nombre de la Comisión a la pregunta por escrito núm. 867/86, O.J. 1987 L 157/2. Esta respuesta revela que, en Francia, las inversiones directas que efectúan compañías controladas por accionistas de un tercer país están sujetas a una aprobación previa. La Comisión no pareció considerar que ese requisito es incompatible con el derecho de la Comunidad. E. Gaillard, D. Carreau y W. Lee, nota 19 anterior, en 260, también adoptan el criterio de que la medida francesa es legítima bajo el Tratado de la CEE, opinión que este autor no comparte. Hace poco tiempo, en su Primer Informe al Consejo sobre las relaciones de la CEE con terceros países en los sectores de la banca y los seguros, la Comisión declaró claramente que, una vez que las filiales extranjeras se han establecido en la Comunidad, deben ser tratadas como nacionales de la CEE, sea cual fuere la nacionalidad de sus accionistas, véase *Europe*, 3 de octubre de 1992, Documento núm. 1800, 8.

tro de servicios), estudiantes, personas retiradas e inactivas. Para las compañías, la libre circulación significa esencialmente el derecho de establecimiento y el derecho de suministrar servicios en otro estado miembro.

Al igual que hicimos al tratar de las mercancías, examinaremos primero las prohibiciones del Tratado de la CEE, según las interpreta el Tribunal de Justicia; luego, consideraremos sumariamente la legislación de la Comunidad para eliminar las barreras al libre movimiento de las personas físicas, el derecho de establecimiento y el derecho de libre suministro de servicios.

1. *Las disposiciones sustantivas del Tratado de la CEE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

Nuestra exposición será más simple si, primero, reagrupamos las reglas que se aplican a las personas físicas, bien sea que circulen como trabajadores o en otra capacidad, y después consideramos las reglas que se relacionan específicamente con el derecho de establecimiento y con el derecho de suministrar servicios.

a) Reglas comunes aplicables a las personas físicas

Los estados miembros no pueden oponerse a que los nacionales de otros estados miembros, que reivindican derechos de conformidad con el Tratado, entren en su territorio y permanezcan en él. Esas personas no serán discriminadas sobre la base de su nacionalidad. El derecho de entrada y el de estancia, así como el derecho a un trato igual, han dado origen a una legislación secundaria de la Comunidad pero, en la mayoría de los casos, el Tribunal de Justicia siempre los ha considerado como emanados de los artículos 7, 48, 52 y 59 del Tratado de la CEE.

1. *El derecho de libre circulación y de estancia en otro país miembro.* a) *El derecho de entrar en el territorio de otro estado miembro y el derecho de residir en ese territorio se extiende ahora a todas las personas físicas, aunque con algunas diferencias según la categoría a la que pertenece la persona en cuestión. Tienen derecho a circular libremente y a residir en otro estado miembro:*

— los trabajadores asalariados y las personas que trabajan por su

propia cuenta durante el periodo de trabajo e incluso después si ese periodo fue de duración suficiente;⁹⁶

— las personas que buscan empleo durante un periodo de seis meses por lo menos;⁹⁷

— las personas que suministran y que reciben servicios, como los turistas;⁹⁸

— los estudiantes durante su periodo de estudios;⁹⁹

— las personas retiradas e inactivas;¹⁰⁰

— la familia de las personas que acabamos de mencionar.

El alcance de la libre circulación de las personas, que parecía limitado a aquellas que se dedican o que van a dedicarse a actividades económicas de alguna clase, se ha extendido gradualmente a todas las personas físicas como resultado bien sea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o de la legislación secundaria de la Comunidad. La libre circulación de los estudiantes es, básicamente, una creación del Tribunal de Justicia, el cual proclamó primero su derecho a un trato igual¹⁰¹ y,

⁹⁶ Directiva del Consejo 68/360/CEE del 15 de octubre de 1968, sobre la abolición de restricciones a la circulación y residencia en la Comunidad para los trabajadores de los estados miembros y sus familiares, O.J. 1968 L 257/13; Regulación 1251/170 de la Comisión del 29 de junio de 1970, sobre el derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un estado miembro después de haber sido empleados en dicho estado, O.J. 1970 L 142/24; Directiva del Consejo 73/148/CEE del 21 de mayo de 1973, sobre la abolición de restricciones a la circulación y residencia dentro de la Comunidad para los nacionales de estados miembros en lo que respecta al establecimiento y al suministro de servicios, O.J. 1973 L 174/14; Directiva del Consejo 75/34/CEE del 17 de diciembre de 1974, sobre el derecho de los nacionales de un estado miembro a permanecer en el territorio de otro estado miembro después de haber realizado en él una actividad como persona que trabaja por su propia cuenta, O.J. 1975 L 14/10.

⁹⁷ Véase *Antonissen*, Tribunal de Justicia Europeo, 26 de febrero de 1991, caso 292/89 [1991], ECR 745.

⁹⁸ Véase *Luisi and Carbone*, Tribunal de Justicia Europeo, 30 de enero de 1984, casos 286/82 y 26/83, ECR 377.

⁹⁹ Véase Directiva del Consejo 90/366/CEE del 28 de junio de 1990, sobre el derecho de residencia para los estudiantes, O.J. 1990 L 180/30, el cual, no obstante, fue declarado inválido por falta de una adecuada base legítima, *European Parliament v. Council of the European Communities*, Tribunal de Justicia Europeo, 7 de julio de 1992, caso 295/90 (aún sin informar).

¹⁰⁰ Véase Directiva del Consejo 90/365/CEE del 28 de junio de 1990 sobre el derecho de residencia para empleadores y personas que trabajan por cuenta propia que han cesado sus actividades ocupacionales, O.J. 1990 L 180/28; Directiva del Consejo 90/364/CEE del 28 de junio de 1990, sobre el derecho de residencia, O.J. 1990 L 180/26.

¹⁰¹ Véase *Gravier*, Tribunal de Justicia Europeo, 15 de febrero de 1985, caso 293/83 [1985], ECR 593.

luego, su derecho a permanecer en otro estado miembro.¹⁰² Sin embargo, las directivas de la Comunidad fueron indispensables para conferir a las personas retiradas o inactivas el derecho de circular y de permanecer en otro estado miembro. Estas directivas fueron aprobadas tras muchos años de debates. Algunos estados miembros temían que las personas retiradas o inactivas procedentes de otros estados miembros llegaran a ser una carga para su sistema de seguridad social. Con el tiempo, se permitió a los estados miembros que negaran el derecho a residir en su territorio a aquellas personas retiradas o inactivas que no tenían medios de vida suficientes como lo determinan sus leyes en materia de asistencia social.

El Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht dispone la ciudadanía de la Unión. Sin embargo, en lo que respecta al derecho de circular y residir libremente en otro estado miembro, no añade nada a lo que ha sido dispuesto por el derecho de la Comunidad.¹⁰³

El derecho que tienen las personas físicas de circular libremente dentro de la Comunidad no ha conducido a movimientos migratorios importantes entre los estados miembros. Las diferencias actuales en los niveles de vida y el grado de empleo de los estados miembros probablemente no son lo suficientemente grandes para inducir a sus ciudadanos a emigrar en gran número y adaptarse a otro medio cultural y lingüístico. En todo caso, cuando se esperaban movimientos importantes de trabajadores, la libre circulación se aplazó hasta el fin de un periodo de transición.¹⁰⁴

b) Bajo el derecho de la Comunidad actual, la libre circulación de las personas puede estar sujeta a algunos *controles*. En la actualidad los *controles fronterizos* deben ser mínimos: en principio, los nacionales de los estados miembros deben poder entrar en el territorio de otro estado miembro sobre la única base de una identificación apropiada.¹⁰⁵ Los controles fronterizos internos que aún puedan existir deberán ser eliminados el 1 de enero de 1993. Sin embargo, hay un vínculo directo entre la eliminación de los controles fronterizos internos y el estableci-

¹⁰² Véase *Raulin*, Tribunal de Justicia Europeo, 26 de febrero de 1992, caso 357/89 [1992], ECR 1027.

¹⁰³ Véase el Tratado de la Unión Europea, artículo 8 (a).

¹⁰⁴ Véase Acta de Adhesión, España y Portugal, artículos 56 y 216, O.J. 1985 L 302/9.

¹⁰⁵ Véase *Commission v. The Netherlands*, Tribunal de Justicia Europeo, 30 de mayo de 1991, caso 68/89 [1991], ECR 2651.

miento de controles uniformes, o por lo menos coordinados, en las fronteras externas de la Comunidad en lo que respecta a la entrada de ciudadanos de terceros países.¹⁰⁶ El Reino Unido, en particular, insiste en mantener controles fronterizos internos, señalando su carácter insular y el hecho de que todas sus fronteras son, al mismo tiempo, internas y externas. Sin embargo, la Comisión ha adoptado el criterio de que el cruce de todas las fronteras internas debe ser totalmente libre en 1993.¹⁰⁷

El *derecho de permanecer* en otro estado miembro no puede depender del cumplimiento de formalidades administrativas o de regulaciones de la seguridad social.¹⁰⁸ Existe tan pronto como se cumplen las condiciones sustantivas establecidas por la Comunidad. Es decir, a un trabajador, por ejemplo, le basta con demostrar que está dedicado a alguna forma de actividad económica para tener derecho a permanecer en otro estado miembro. El que un individuo reúna las condiciones necesarias para ser considerado un trabajador no se determina por el derecho nacional sino por el derecho de la Comunidad. Incluso los trabajadores de tiempo parcial están comprendidos en el Tratado y tienen el derecho de permanecer.¹⁰⁹

c) El derecho de entrar en el territorio de un estado miembro, o de residir en ese territorio, puede ser negado a los nacionales de estados miembros por razones relacionadas con *el orden público, la seguridad pública o la salud pública*.¹¹⁰ Esta excepción está interpretada restrictivamente por el legislador de la Comunidad¹¹¹ y por el Tribunal de Justicia.¹¹² Para dar un ejemplo concreto diremos que a Bélgica no le permitieron expulsar a prostitutas francesas por razones de orden público, ya que la

¹⁰⁶ Véase más abajo.

¹⁰⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la abolición de controles fronterizos, SEC [1992], 877 final.

¹⁰⁸ Véase *Royer*, Tribunal de Justicia Europeo, 8 de abril de 1976, caso 48/75 [1976], ECR 497, y *Roux*, 5 de febrero de 1991, caso 263/89 [1991], ECR 273.

¹⁰⁹ Véase *Levin*, Tribunal de Justicia Europeo, 23 de febrero de 1982, caso 53/81 [1982], ECR 1035.

¹¹⁰ Véase Tratado de la CEE, artículo 48, 3, 56 y 66.

¹¹¹ Véase Directiva 64/221/CEE del Consejo del 25 de febrero de 1964 sobre la coordinación de medidas especiales relativas a la circulación y residencia de nacionales extranjeros, que se justifican por razones de política, pública, seguridad pública, o salud pública, edición especial, 1963-1964, 127.

¹¹² Véase *Adoui*, Tribunal de Justicia Europeo, 18 de mayo de 1982, casos 115 y 116/81 [1982], ECR 1665.

propia Bélgica no tomaba medidas u obligaba a cumplir medidas que prohibieran a las prostitutas belgas realizar sus actividades. La excepción del orden público permanecerá bajo el Tratado de la Unión Europea.

2. *El derecho a un trato igual.* a) El derecho a un trato igual, es decir, la prohibición de discriminación por razones de nacionalidad, es considerado *con amplitud* por el Tribunal de Justicia en el caso de las personas físicas. Esto es particularmente cierto en los trabajadores asalariados y sus familiares, quienes también pueden confiar en una legislación específica de la Comunidad.¹¹³ Cualquier ventaja social que un nacional pueda reivindicar para él o para su familia debe concederse a un trabajador migratorio o a su familia.¹¹⁴ El concepto de ventaja social abarca más que las prestaciones sociales. Comprende casi cualquier ventaja que pueda facilitar la libre circulación de las personas. Dos ejemplos ilustrarán este punto. En un estado miembro en donde existen diferentes lenguas oficiales, un acusado extranjero puede exigir que su juicio sea llevado a cabo en la lengua nacional que comprende, si un nacional puede reivindicar ese derecho.¹¹⁵ Un hombre o una mujer nacional de un estado miembro que trabaje en otro estado miembro tiene el derecho de llevar a este último a su compañera (o a su compañero) de otro país si un nacional tiene ese derecho.¹¹⁶

b) Sin embargo, la *regla de igualdad se aplica en forma desigual* a las diferentes categorías de personas físicas que gozan el derecho de libre circulación. Las personas que buscan empleo¹¹⁷ y los estudiantes¹¹⁸ no tienen derecho a todas las ventajas sociales que los trabajadores pueden exigir para sí mismos o para sus familiares. Por ejem-

¹¹³ Véase Regulación 1612/68/CEE del Consejo del 15 de octubre de 1968, sobre la libertad de circulación para los trabajadores dentro de la Comunidad, edición especial, 1968, vol. 2, 475.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, *Lebon*, Tribunal de Justicia Europeo, 18 de junio de 1987, caso 316/85 [1987], ECR 2811.

¹¹⁵ Véase *Mutsch*, Tribunal de Justicia Europeo, 11 de julio de 1985, caso 137/84 [1985], ECR 2681.

¹¹⁶ Véase *Reed*, Tribunal de Justicia Europeo, 17 de abril de 1986, caso 59/85 [1986], ECR 1283.

¹¹⁷ Véase *Lebon*, nota 111 más arriba.

¹¹⁸ Véase *Lair*, Tribunal de Justicia Europeo, 21 de junio de 1988, caso 39/86 [1988] ECR 3161 y *Brown*, Tribunal de Justicia Europeo, 21 de junio de 1988, caso 197/86 [1988], ECR 3205.

plo, los estudiantes que circulan como tales, no como parte de la familia de un trabajador migrante, no pueden ser discriminados en lo que respecta al pago de la colegiatura y los derechos de matrícula. Sin embargo, pueden negarles los subsidios para mantenimiento a los que tienen derecho los nacionales o los hijos de trabajadores migrantes.

c) El derecho a un trato igual tiene algunas *excepciones*. La prohibición de discriminación basada en la nacionalidad no es válida en lo que respecta al empleo en la *administración pública*¹¹⁹ ni en las actividades independientes relacionadas con el *ejercicio de autoridad oficial*.¹²⁰ Estas excepciones también han sido interpretadas de manera bastante restrictiva por el Tribunal de Justicia.¹²¹ El empleo público, por ejemplo, debe entenderse por referencia no a la calidad del empleador sino a la naturaleza de la actividad del empleado. Por consiguiente, los empleos que no conllevan el ejercicio de prerrogativas características del estado o que no están estrechamente relacionados con la protección de los intereses del estado están abiertos a los nacionales de otros estados miembros.

Las medidas que afectan más a los nacionales de otros estados miembros también pueden justificarse por un "*requisito imperativo*" pero solamente hay un ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.¹²² Este caso tuvo que ver con la posibilidad de obtener una exención de impuestos por el pago de primas de seguro de vida. El trato desigual aplicado a los nacionales de otros estados miembros se consideró justificado en este caso por la necesidad de asegurar la coherencia del sistema fiscal nacional.

d) El principio del trato igual no se extiende a asuntos que caen *fuera del ámbito del Tratado de la CEE*. Los nacionales de otros estados miembros no tienen derecho a participar en votaciones políticas ni a ser elegidos en organismos políticos. Bajo el Tratado de la Unión Europea esta situación cambiará. En el futuro, los nacionales de otros estados miembros tendrán derecho a votar y a presentarse como can-

¹¹⁹ Véase Tratado de la CEE artículo 48 y 4.

¹²⁰ *Id.*, artículo 55.

¹²¹ Véase *Commission v. Belgium*, Tribunal de Justicia Europeo, 17 de diciembre de 1980, caso 49/79 [1980], ECR 3881 y *Reyners*, Tribunal de Justicia Europeo, 21 de junio de 1974, caso 2/74 [1974], ECR 631.

¹²² Véase *Bachmann*, Tribunal de Justicia Europeo, 28 de enero de 1992, caso 204/90 [1992], ECR 276.

didatos en elecciones municipales y europeas en el estado miembro de residencia.¹²³

b) El derecho de establecimiento

El Tratado de la CEE permite a los *nacionales* de los estados miembros crear su principal *establecimiento* en otro estado miembro y transferir su establecimiento actual a otro estado miembro. Si están establecidos en un estado miembro, también pueden crear *establecimientos secundarios* en otros estados miembros.¹²⁴

La manera normal en que las *compañías* ejercen su derecho de establecimiento es mediante la creación de *agencias, sucursales o filiales* en otros estados miembros. La transferencia del establecimiento principal de una compañía a otro estado miembro enfrenta obstáculos casi insuperables. Bajo el derecho de la mayoría de los estados miembros, una compañía debe constituirse de conformidad con el derecho del país en donde está su sede. Por consiguiente, la transferencia de la sede entraña la pérdida de personalidad jurídica. Incluso cuando esto no ocurre, es decir, en las relaciones entre estados miembros cuyo derecho se atiene al lugar de constitución como factor de contacto, la transferencia de la sede resulta difícil a consecuencia del derecho fiscal nacional.¹²⁵

Debe aplicarse la regla de no discriminación sea cual fuere la forma adoptada por un establecimiento secundario. Por ejemplo, las agencias establecidas por compañías de seguros extranjeras deben ser tratadas desde el ángulo fiscal exactamente como las agencias establecidas por compañías nacionales.¹²⁶

Las regulaciones restrictivas no discriminatorias son, como regla, aplicables a las personas físicas o morales que ejercen su derecho de establecimiento en otro estado miembro.¹²⁷ Sin embargo, en ciertas circunstancias, cuando no están en juego intereses públicos esenciales,

¹²³ Véase el Tratado de la Unión Europea, artículo 8 (b).

¹²⁴ Véase el Tratado de la CEE, artículo 52.

¹²⁵ Véase *Daily Mail*, Tribunal de Justicia Europeo, 27 de septiembre de 1988, caso 81/87 [1988], ECR 5483.

¹²⁶ Véase el caso *French insurance Tax Credit*, Tribunal de Justicia Europeo, 28 de enero de 1986, caso 270/83 [1986], ECR 273.

¹²⁷ Véase el caso *German insurance*, Tribunal de Justicia Europeo, 4 de diciembre de 1986, caso 205/84 [1986], ECR 3755.

incluso las restricciones no discriminatorias pueden enredarse con el Tratado de la CEE.¹²⁸

c) El libre suministro de servicios

Bajo el artículo 59 y siguientes del Tratado de la CEE, las medidas estatales que restringen el suministro de servicios de otros estados miembros deben ser tratadas básicamente del mismo modo que las restricciones a la importación bajo el artículo 30 y siguientes.¹²⁹ Para que una medida restrictiva eluda la prohibición del artículo 59 no basta con demostrar que es indistintamente aplicable a servicios suministrados por firmas establecidas en el mercado nacional y a servicios proporcionados por otros estados miembros. Además, la medida restrictiva debe justificarse por razones de interés público, semejantes a aquellas que se mencionan en el artículo 36 del Tratado de la CEE o aplicables bajo la jurisprudencia *Cassis de Dijon*. Además, debe cumplir una prueba de proporcionalidad y evitar la duplicación de las regulaciones a las que el proveedor de servicios debe ajustarse en el estado miembro en donde está establecido.¹³⁰ Sin embargo, cuando las restricciones al suministro de servicios están motivadas por consideraciones de carácter ético, el Tribunal de Justicia puede adoptar un enfoque más bien cauto e incluso soslayar la cuestión. Vemos un ejemplo de esto en un caso irlandés reciente, en donde la cuestión era si había derecho, bajo el artículo 59, a proporcionar información sobre clínicas en donde se realizan abortos en el extranjero.¹³¹

Los monopolios estatales que abarcan el suministro de servicios tales como los anuncios en la televisión pueden, en determinadas circunstancias, ser cuestionados sobre la base de que infringen la regla de no discriminación.¹³²

¹²⁸ Véase *Klopp*, Tribunal de Justicia Europeo, 12 de julio de 1984, caso 107/83 [1984], ECR 2971, y *Vlassopoulou*, Tribunal de Justicia Europeo, 7 de mayo de 1991, caso 340/89 [1991], ECR 2379.

¹²⁹ Véase nota precedente.

¹³⁰ Véase, por ejemplo, *Webb*, Tribunal de Justicia Europeo, 17 de diciembre de 1981, caso 279/80 [1981], ECR 3305, y el caso *German insurance*, nota anterior 124.

¹³¹ Véase *Grogan*, Tribunal de Justicia Europeo, 4 de octubre de 1991, caso 159/90 [1991], ECR 4733. El fallo del Tribunal debe compararse con los planteamientos del abogado general W. van Gerven.

¹³² Véase *Bond van Adverteerders*, Tribunal de Justicia Europeo, 26 de abril de 1988, caso 352/85 [1988], ECR 2085, y *Commission v. The Netherlands*, Tribunal de Justicia Europeo, 25 de julio de 1991, caso 353/89 [1991], ECR 4069.

2. Legislación de la Comunidad

a) Legislación sobre el derecho de circular libremente y de residir en otro estado miembro

Como ya dijimos, el derecho de circular libremente y de residir en otro estado miembro deriva directamente de las disposiciones del Tratado, por lo menos en lo que respecta a los trabajadores asalariados, las personas que trabajan por su propia cuenta, los proveedores o los receptores de servicios y los estudiantes. No obstante, en 1968, 1973 y 1990 se aprobaron directivas de la Comunidad para facilitar el ejercicio de este derecho. En lo que se refiere a las personas retiradas y a todas las demás se necesitaba una directiva.¹³³

b) Legislación sobre trabajadores asalariados

El derecho a un trato igual fue implantado por una regulación de la Comunidad del año 1968.¹³⁴ El derecho mismo deriva del Tratado.

Para que la libre circulación de los trabajadores asalariados fuese una realidad práctica, era esencial coordinar las leyes de seguridad social de los estados miembros, tal como lo prescribe el artículo 51 del Tratado. Esto se llevó a cabo mediante la adopción de la Regulación 1408/71, que es probablemente una de las piezas más importantes de la legislación de la Comunidad.¹³⁵

Hoy se trata de determinar si hay que ir más allá del derecho a un trato igual y de la coordinación de las leyes de seguridad social para intentar armonizar las leyes de trabajo de tal suerte que el Mercado Único Europeo sea más homogéneo desde el punto de vista de los derechos de los trabajadores. En 1989 los estados miembros, con excepción del Reino Unido, adoptaron una Carta Social de la Comunidad,

¹³³ Véase la nota 100.

¹³⁴ Véase la nota 113.

¹³⁵ Véase Regulación 1408/71/CEE del Consejo del 14 de junio de 1971, sobre la aplicación de los programas de seguridad social a las personas empleadas y a sus familiares que circulan dentro de la Comunidad, edición especial, 1971, vol. 2, 416, modificada por la Regulación del Consejo 2195/91 del 25 de junio de 1991, O.J. 1991 L 206/2. Se encontrará un examen detallado de las leyes de seguridad social europea en S. van Raepenbusch, *La sécurité sociale des personnes qui circulent à l'intérieur de la Communauté Européenne* (1991), Story Scientia.

pero ésta es, principalmente, un programa legislativo. Hasta ahora se ha avanzado lentamente en el camino hacia una Europa social, que en cualquier caso sólo consistiría en un conjunto de normas mínimas.¹³⁶ Con el fin de implantar la Carta Social y aprobar medidas por mayoría de votos, se adoptó un Protocolo Social como parte del Tratado de la Unión Europea.¹³⁷ El Protocolo tiene el propósito de permitir a la Comunidad avanzar en la esfera social sin la participación del Reino Unido.

c) Legislación sobre el derecho de establecimiento

Últimamente se ha avanzado notablemente en lo que se refiere al *reconocimiento de diplomas*. Durante muchos años, la Comunidad había seguido el llamado criterio *vertical*. Cada profesión era tratada por separado con el fin de armonizar en la mayor medida posible la educación y los requisitos de formación impuestos en cada uno de los estados miembros. Esto, a su vez, allanó el camino para el mutuo reconocimiento de los diplomas. El criterio vertical tenía méritos evidentes pero era costoso en tiempo y recursos. Ha sido sustituido por el llamado criterio *horizontal* de acuerdo con el cual el mutuo reconocimiento es la regla, y la armonización de la educación y de los requisitos de formación ya no son una condición previa. Ahora, los títulos universitarios serán, con algunas salvedades, mutuamente reconocidos en todos los estados miembros.¹³⁸

Varias directivas fueron adoptadas con miras a armonizar varios aspectos del *derecho de sociedades*, inclusive las cuentas de las compañías.¹³⁹

¹³⁶ Sobre el derecho social europeo véase R. Blanpain, *Labour Law and Industrial Relations of the European Community* (1991), Kluwer; L. Betten (comp.), *The Future of European Social Law* (1991), Kluwer.

¹³⁷ Sobre el Tratado de la Unión Europea y el derecho social europeo véase R. Blanpain, *Labour Law and Industrial Relations of the European Union* (1992), Kluwer.

¹³⁸ Véase la Directiva del Consejo 89/48/CEE del 21 de diciembre de 1988, sobre un sistema general para el reconocimiento de diplomas de enseñanza superior otorgados al terminar la educación y formación profesionales de tres años de duración por lo menos, O.J. 1989 L 19/16. Véase también la Directiva del Consejo 92/51/CEE del 18 de junio de 1992, sobre un segundo sistema general para el reconocimiento de la educación y la formación profesionales, para complementar la Directiva 89/48/CEE, O.J. 1992 L 209/25. Aunque en la actualidad todos los estados miembros ya tenían que haber incorporado la Directiva 89/48 en el derecho nacional, sólo tres estados miembros lo han hecho hasta ahora.

¹³⁹ Se encontrará un estudio a fondo de los intentos europeos por armonizar el de-

La creación de un Estatuto de Sociedades Europeas aún está sujeto a discusión.¹⁴⁰ En el supuesto de que sea aprobada, las compañías constituidas de conformidad con el Estatuto de Sociedades Europeas probablemente quedarán sujetas al derecho nacional en esferas importantes como los impuestos y la representación de los trabajadores.

En lo que respecta a la tributación de las sociedades, una directiva reciente dispone la eliminación de la doble imposición en los dividendos distribuidos por una filial a su compañía matriz ubicada en otro estado miembro.¹⁴¹ Después de la eliminación de la doble imposición, el siguiente interrogante es si hay que armonizar los impuestos que gravan las ganancias de las personas morales.¹⁴²

Importantes directivas de la Comunidad gobiernan el establecimiento en los sectores de la banca¹⁴³ y los seguros.¹⁴⁴ La segunda direc-

recho de sociedades en R. Buxbaum y K. Hopt, *Legal Harmonization and the Business Enterprise*, 167-269 (1988).

¹⁴⁰ Véase la Propuesta de una Regulación del Consejo sobre el Estatuto de una compañía europea, O.J. 1989, C 263/41, modificada posteriormente, O.J. 1991, C 176/1.

¹⁴¹ Directiva del Consejo 90/435/CEE del 23 de julio de 1990, sobre el sistema común de imposición aplicable en el caso de compañías matrices y filiales de diferentes estados miembros, O.J. 1990 L 225/6. Sobre la implantación de esa directiva véase J.M. Cougnon, *The EEC Merger and Parent-Subsidiary Directives of 23 July 1990 in Practice* (1992), Bruylant; Coopers y Lybrand, *EC Initiatives in Direct Taxation and the National Responses* (1992), Kluwer.

¹⁴² Véase *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation* (Rudding Report), Comisión de las Comunidades Europeas (1992), y Ernst y Young, *Federal Trust, The Future of Corporate Tax in the European Community* (1991).

¹⁴³ Segunda Directiva del Consejo 89/646/CEE del 15 de diciembre de 1989, sobre la coordinación de las leyes, regulaciones y disposiciones administrativas relativas a la absorción y prosecución de los negocios de las instituciones de crédito y que enmienda la Directiva 77/780/CEE, O.J. 1989 L 386/1, modificada por la Directiva del Consejo 92/30/CEE del 6 de abril de 1992, sobre la supervisión de las instituciones de crédito sobre una base consolidada, O.J. 1992 L 110/52.

¹⁴⁴ Segunda Directiva del Consejo 90/619/CEE del 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las leyes, regulaciones y disposiciones administrativas relativas al seguro de vida directo, que señala disposiciones para facilitar el ejercicio efectivo de la libertad para suministrar servicios y que enmienda la Directiva 79/267/CEE, O.J. 1990 L 330/50; Segunda Directiva del Consejo 88/357/CEE del 22 de junio de 1988, sobre la coordinación de las leyes, regulaciones y disposiciones administrativas relativas al seguro directo que no sea seguro de vida directo, que señala disposiciones para facilitar el efectivo ejercicio de la libertad para suministrar servicios y que enmienda la Directiva 73/239/CEE, O.J. L 172/1; Tercera Directiva del Consejo 90/232/CEE del 14 de mayo de 1990, sobre la aproximación de las leyes de los estados miembros relativas al seguro contra responsabilidad civil en el uso de vehículo de motor, O.J. 1990 L 129/33.

tiva sobre la banca puede servir de ejemplo. Una vez que una institución financiera se ha establecido y ha sido autorizada para funcionar en un estado miembro, está autorizada también, en consecuencia, para establecer sucursales y suministrar servicios en otros países miembros. El estado miembro de origen queda encargado de controlar y supervisar las actividades de la institución financiera.

d) Legislación sobre el libre suministro de servicios

Con frecuencia, las directivas que tratan del derecho de establecimiento tratan, también, del libre suministro de servicios. Entre las directivas más importantes que se ocupan específicamente del suministro de servicios, cabe mencionar la de 1977 acerca del libre *suministro de servicios de abogados*,¹⁴⁵ las directivas acerca del otorgamiento de *contratos para obras públicas*,¹⁴⁶ la directiva de 1992 sobre el otorgamiento de *contratos de servicio público*¹⁴⁷ y la directiva del año 1989 *televisión sin fronteras*.¹⁴⁸

El transporte es objeto de un capítulo específico en el Tratado de la CEE.¹⁴⁹ Hasta hace poco tiempo, los progresos en esa esfera fueron bastante lentos. En 1992 se adoptaron tres regulaciones importantes a fin de liberalizar el transporte aéreo dentro de la Comunidad.¹⁵⁰ Per-

¹⁴⁵ Directiva del Consejo 77/249/CEE del 22 de marzo de 1977, para facilitar a los abogados el ejercicio efectivo de la libertad de suministrar servicios, O.J. 1977 L 78/17.

¹⁴⁶ Véase la Directiva del Consejo 77/62/CEE del 21 de diciembre de 1976, que coordina los procedimientos para el otorgamiento de contratos de oferta pública, O.J. 1977 L 13/1, y la Directiva del Consejo 89/665/CEE del 21 de diciembre de 1989, sobre la coordinación de las leyes, regulaciones y disposiciones administrativas relativas a la aplicación de los procedimientos de examen para el otorgamiento de contratos de oferta pública de obras, O.J. 1989 L 395/33.

¹⁴⁷ Directiva del Consejo 92/50/CEE del 28 de junio de 1992, sobre la coordinación de procedimientos para el otorgamiento de contratos de servicio público, O.J. 1992 L 209/1.

¹⁴⁸ Directiva del Consejo 89/552/CEE del 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de ciertas disposiciones establecidas por ley, regulación o acción administrativa en los estados miembros acerca de las actividades de teledifusión, O.J. 1989 L 298/23. Véase G. Vandersanden (comp.), *L'espace audiovisuel européen* (1991), Editions de l'Université de Bruxelles.

¹⁴⁹ Tratado de la CEE, artículo 74 y siguientes.

¹⁵⁰ Regulación del Consejo 2407/92 del 23 de julio de 1992, sobre autorización a las empresas de transporte aéreo, O.J. 1992 L 240/1; Regulación del Consejo 2409/92 del 23 de julio de 1992, sobre el acceso de las empresas de transporte aéreo de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias, O.J. 1992 L 240/8; Regulación del Consejo 2409/92 del 23 de julio de 1992, sobre precios de los pasajes y tarifas de servicios aéreos, O.J. 1992

sisten las dificultades en lo que respecta al transporte terrestre de mercancías y el tráfico de cabotaje entre los estados miembros. Estas dificultades se deben a las diferencias entre los sistemas de tributación nacionales.¹⁵¹

d) La libre circulación de capitales

Ésta es una esfera en la que el juez de la Comunidad ha tenido una influencia limitada. De hecho, el artículo 67, 1, del Tratado de la CEE no es directamente aplicable.¹⁵² La libre circulación de capitales entre los estados miembros sólo podía alcanzarse mediante la legislación de la Comunidad. Esta legislación adoptó la forma de una directiva de la Comunidad, del año 1988,¹⁵³ basada en el artículo 100 A del Tratado de la CEE. La directiva sobre la libre circulación de capitales dio un impulso decisivo al plan para una Unión Económica y Monetaria.¹⁵⁴

II. LA FACETA EXTERNA DEL MERCADO ÚNICO EUROPEO¹⁵⁵

a) El marco jurídico

En su versión original, el Tratado de la CEE era más bien parco en cuanto a la faceta externa del mercado común. Sólo en lo que respecta a las mercancías disponía una política exterior común.¹⁵⁶ En consecuencia, fue el Tribunal de Justicia el que, en gran parte, contribuyó a definir el marco jurídico externo de la Comunidad bajo el Tratado de

L 240/15. Sobre la política de transporte de la Comunidad véase P. Slot y P. Dagtoglou, *Toward a Community Air Transport Policy. The Legal Dimension* (1989), Kluwer.

¹⁵¹ Véase COM [92] 383, en núm. 103.

¹⁵² Véase *Casati*, Tribunal de Justicia Europeo, 11 de noviembre de 1981, caso 203/80 [1981], ECR 2595.

¹⁵³ Nota 87 anterior.

¹⁵⁴ Véase el texto de J.J. Rey aquí mismo.

¹⁵⁵ Sobre los aspectos externos del Mercado Único Europeo véase G. Hufbauer (comp.), *Europe 1992. An American Perspective* (1990), Brookings Institution; P. Eeckhout, *The External Dimension of the EC Internal Market - A Portrait*, 15 *World Competition*, núm. 2 (diciembre de 1991), 1-23; C. Milner y D. Allen, "The External Implications of 1992", en D. Swann (comp.), *The Single European Market and Beyond* (1992), Routledge, en 162-190; P. Demaret (comp.), *Relations extérieures de la Communauté Européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels* (1988), Story Scientia.

¹⁵⁶ Véase el Tratado de la CEE, artículo 113.

la CEE. El Acta Única Europea no modificó ese marco de manera significativa. El Tratado de la Unión Europea, si es ratificado por los estados miembros, tampoco producirá modificaciones importantes.¹⁵⁷ Es verdaderamente revelador que, en Maastricht, los estados miembros no decidieran expandir formalmente el alcance de la política comercial común más allá de la esfera de las mercancías. En lo sucesivo, sólo se examinarán aquellos aspectos de las relaciones exteriores de la Comunidad que tienen que ver con el establecimiento del mercado interno.

1. *Las competencias respectivas de la Comunidad y de los estados miembros*

Se da a la Comunidad una competencia explícita para actuar en la esfera comercial¹⁵⁸ y para celebrar acuerdos de asociación con terceros países.¹⁵⁹ En la esfera *comercial*, el artículo 113 dispone que las negociaciones con terceros países sean realizadas por la Comisión y las decisiones sean tomadas por el Consejo mediante el voto mayoritario. El Tratado no confiere un papel al Parlamento Europeo en la esfera de la política comercial. Bajo el artículo 238, los acuerdos de *asociación*, como el Convenio Lomé IV o el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, deberán ser celebrados por el Consejo actuando por unanimidad y con el consentimiento del Parlamento Europeo.

En esferas fuera del alcance de los artículos 113 y 238, la Comunidad debe depender del artículo 235 o de competencias implícitas. La doctrina de las competencias implícitas fue afirmada por el Tribunal de Justicia en su fallo AETR de 1971.¹⁶⁰ Esta doctrina traza un paralelo entre las competencias internas y externas. Cuando el Tratado confiere una competencia interna a la Comunidad en determinada esfera y esa competencia ha sido ejercida, la Comunidad es, hasta tal punto, la única calificada para actuar exteriormente en la misma esfera.

En la esfera comercial, la Comunidad es, en principio, exclusivamen-

¹⁵⁷ El Tratado de la Unión Europea introduciría una nueva disposición, el artículo 100 C, con respecto a una política comunitaria en materia de visados, y modificaría el contenido del artículo 228, en lo que respecta a la celebración de acuerdos externos.

¹⁵⁸ Véase el Tratado de la CEE, artículo 113.

¹⁵⁹ *Id.*, artículo 238.

¹⁶⁰ Tribunal de Justicia Europeo, marzo 31, 1971, caso 22/70 [1971], ECR 263.

te competente para actuar.¹⁶¹ Sin embargo, cuando la Comunidad aún no ha ejercido plenamente su competencia, los estados miembros pueden tener autoridad para actuar conforme a la doctrina de delegación.¹⁶² Fuera del sector de la política comercial, la Comunidad y los estados miembros normalmente comparten competencias pero, una vez que la Comunidad ha actuado en una esfera determinada, se aplica la doctrina de prioridad.

Con frecuencia, tanto la Comunidad como los estados miembros celebran acuerdos externos bajo el llamado procedimiento mixto.¹⁶³ Como una cuestión de derecho de la Comunidad, el recurso al procedimiento mixto sólo se justifica cuando ciertos aspectos del contenido de un acuerdo exterior, por ejemplo, su financiamiento,¹⁶⁴ exceden los poderes de la Comunidad. En la práctica, los acuerdos mixtos suelen explicarse mejor por el deseo de los estados miembros de estar presentes en la escena internacional.

El principio de subsidiaridad se incluye en el Tratado de la Unión Europea.¹⁶⁵ Este principio se aplica en esferas en las que la Comunidad no tiene competencia exclusiva. La Comunidad debe actuar únicamente cuando los objetivos de la acción propuesta pueden, "en virtud de la escala o los efectos de la acción propuesta, ser alcanzados mejor por la Comunidad". A menudo se dice que el principio de subsidiaridad limita los poderes de la Comunidad, puesto que la acción debe ser emprendida en el nivel más bajo posible compatible con su eficacia. Sin embargo, en los asuntos exteriores, en particular aquellos relativos al mercado interno,¹⁶⁶ la aplicación del principio de subsidiaridad de-

¹⁶¹ Véase *Opinion 1/75*, Tribunal de Justicia Europeo, 11 de noviembre de 1975 [1975], ECR 1355.

¹⁶² Véase *Donckerwolcke*, Tribunal de Justicia Europeo, 15 de diciembre de 1976, caso 41/76 [1976], ECR 1921; *Bulk Oil*, Tribunal de Justicia Europeo, 18 de febrero de 1986, caso 174/84 [1986], ECR 559. Véase también, en lo que respecta a la política pesquera de la Comunidad, *Commission v. the United Kingdom*, Tribunal de Justicia Europeo, 5 de mayo de 1981, caso 804/79 [1981], ECR 1045.

¹⁶³ El procedimiento mixto fue usado para celebrar acuerdos internacionales sobre productos básicos, el Acuerdo de Asociación con Turquía, los varios Convenios de Lomé. El mismo procedimiento se ha usado para celebrar el acuerdo por el que se estableció el Espacio Económico Europeo.

¹⁶⁴ Véase *Opinion 1/78*, Tribunal de Justicia Europeo, 4 de octubre de 1979 [1979], ECR 2871.

¹⁶⁵ Véase el artículo G (5), el cual introduce un nuevo artículo 3b en el Tratado de la CEE.

¹⁶⁶ Fuera de la esfera de las mercancías, ya que estas últimas caen dentro de la competencia exclusiva de la Comunidad.

be conducir normalmente a un aumento de los poderes de la Comunidad. De hecho, en esos asuntos, la acción de los estados miembros no promoverá la eficacia e incluso puede trastornar el funcionamiento del mercado interno.

2. *El derecho internacional y el orden jurídico de la Comunidad*

Los acuerdos externos celebrados por la Comunidad tienen un carácter dual: constituyen derecho internacional pero son también, desde el punto de vista de la Comunidad, actos de las instituciones comunitarias.¹⁶⁷ Como tales, están sujetos a la interpretación del Tribunal de Justicia. La interpretación de los acuerdos externos por el Tribunal de Justicia contribuye a asegurar la coherencia del mercado interno. El GATT, aunque no ha sido suscrito por la Comunidad, también es interpretado por el Tribunal de Justicia ya que puede afectar el orden jurídico de la Comunidad.¹⁶⁸

La *primacía* del derecho internacional sobre el derecho comunitario ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia.¹⁶⁹ Sin embargo, la superioridad del derecho internacional debe ser condicionada en dos aspectos. Primero, los acuerdos externos celebrados por la Comunidad deben ser compatibles con las características esenciales de su orden jurídico, es decir, con lo que podríamos llamar la "Constitución" de la Comunidad.¹⁷⁰ Segundo, el Tribunal de Justicia no da la misma interpretación a las disposiciones que se encuentran en el Tratado de la CEE que a otras similares que se encuentran en acuerdos externos, como el GATT, acuerdos de asociación o acuerdos de libre comercio. Surgen diferencias importantes en lo que respecta a la aplicabilidad directa y al alcance sustantivo de las

¹⁶⁷ Véase *Haegeman*, Tribunal de Justicia Europeo, 30 de abril de 1974, caso 181/73 [1974], ECR 449.

¹⁶⁸ Véase *International Fruit*, Tribunal de Justicia Europeo, 12 de diciembre de 1972, casos 21-24/72 [1972], ECR 1219; *Michelin*, Tribunal de Justicia Europeo, 16 de marzo de 1983, casos 267-269/81 [1983], ECR 801.

¹⁶⁹ Véase *International Fruit*, nota precedente.

¹⁷⁰ Véase *Opinion 1/91*, Tribunal de Justicia Europeo, 14 de diciembre de 1991, aún no informado, y *Opinion 1/92*, Tribunal de Justicia Europeo, 14 de abril de 1992, aún no informado. Estas dos opiniones versaron sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo sobre la creación de un Espacio Económico Europeo con el Tratado de la CEE. El Tribunal de Justicia fue consultado en ambos casos de conformidad con el artículo 228(2) del Tratado.

disposiciones en cuestión.¹⁷¹ En el contexto externo, el Tribunal de Justicia no sigue necesariamente su jurisprudencia "interna", que apoya marcadamente la libre circulación de mercancías y la libre circulación de personas. Como regla empírica es posible afirmar que cuanto más estrechos son los vínculos políticos e institucionales entre un tercer país y la Comunidad, más probable es que las disposiciones del acuerdo externo sean interpretadas de la misma manera que el derecho "interno" de la Comunidad. Consideraciones de reciprocidad sustentan esa jurisprudencia.

b) La importancia cada vez mayor de los factores que no son de orden económico en las relaciones exteriores de la Comunidad

Dentro de los límites de este texto no es posible examinar detalladamente los factores que no son de orden económico y que influyen en el desarrollo de las relaciones económicas de la Comunidad con terceros países. Únicamente haremos tres observaciones generales.

Primera observación: la Comunidad y sus estados miembros usan a menudo las sanciones económicas como instrumento de política exterior. Ofrecen un primer ejemplo las medidas tomadas con la Unión Soviética en 1982 después del golpe polaco,¹⁷² y un ejemplo más reciente las medidas tomadas en relación con Serbia y Montenegro.¹⁷³ Aunque estas medidas tienen un carácter manifiestamente político, ahora se basan rutinariamente en el artículo 113 del Tratado de la CEE, es decir, en una disposición de política comercial.

Segunda observación: la protección de los derechos tiene un papel cada vez más importante en las relaciones exteriores de la Comunidad. Ahora se insertan cláusulas sobre derechos humanos en los acuerdos, por ejemplo, en el Convenio Lomé IV.¹⁷⁴ El Parlamento Europeo ha insistido frecuentemente en que los derechos humanos estén efectivamen-

¹⁷¹ Los casos pertinentes son: *International Fruit*, nota 68 precedente; *Polydor*, Tribunal de Justicia Europeo, 2 de febrero de 1982, caso 270/80 [1982], ECR 329 y *Kupferberg*, Tribunal de Justicia Europeo, 26 de octubre de 1982, caso 104/81 [1982], ECR 3641; *Pabst and Richarz*, Tribunal de Justicia Europeo, 30 de septiembre de 1987, caso 12/86 [1987], ECR 3719, y *Bahia Kziber*, Tribunal de Justicia Europeo, 31 de enero de 1991, caso 18/90 [1991], ECR 199.

¹⁷² Véase la Regulación del Consejo 596/82 del 15 de marzo de 1982, O.J. 1982 L 72/15.

¹⁷³ Véase la Regulación del Consejo 1432/92 del 1 de junio de 1992, O.J. 1992 L 141/4.

¹⁷⁴ Véase el Cuarto Convenio ACP-CEE suscrito en Lomé el 15 de diciembre de 1989, O.J. 1991 L 229/3.

te protegidos en terceros países que están vinculados con la Comunidad por acuerdos de cooperación o asociación, basados en el artículo 238 del Tratado.¹⁷⁵ Como dijimos, la celebración de estos acuerdos y de sus protocolos financieros requiere el consentimiento del Parlamento.

Tercera observación: la Comunidad recurre ahora a medidas restrictivas del comercio a fin de proteger el medio ambiente no sólo en su seno sino también en terceros países. Estas medidas atañen, en particular, al comercio de fauna silvestre, desechos o sustancias peligrosas, tales como los clorofluorocarbonos que pueden dañar la atmósfera terrestre. Una parte de estas medidas son el resultado de convenios internacionales, otras se aplican unilateralmente.¹⁷⁶

c) La política comercial común

1. El alcance del artículo 113

Tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia, la política comercial es un concepto que debe ser ajustado "para tomar en cuenta cualquier cambio en el panorama de las relaciones internacionales".¹⁷⁷ Por consiguiente puede evolucionar con el tiempo hasta abarcar medidas destinadas a fomentar políticas de desarrollo¹⁷⁸ u objetivos de la política ambiental.¹⁷⁹ Hasta ahora, el artículo 113 ha sido usado por el Consejo esencialmente para la adopción de medidas relativas al comercio de mercancías. El alcance del artículo 113 debería extenderse normalmente a los servicios, las inversiones extranjeras y los derechos de propiedad intelectual. Una venturosa conclusión de la Ronda Uruguay,

¹⁷⁵ Véase *Europe*, viernes 1 de mayo de 1992, núm. 5721, p. 8; *Europe*, 20-21 de enero de 1992, núm. 5650, p. 7; *Europe*, 17 de enero de 1992, núm. 5648, p. 3, y la resolución conjunta sobre protocolos financieros con Siria, Marruecos, Argelia, Egipto, Túnez, Jordania, Líbano e Israel y el respeto de esos países por los derechos humanos y los acuerdos internacionales, O.J. 1992 C 39/50.

¹⁷⁶ Las medidas de comercio exterior tomadas por la Comunidad para proteger el medio ambiente son examinadas y su compatibilidad con el GATT se considera en el texto de P. Demaret, *Trade-Related Environmental Measures (TREM) in the External Relations of the European Community*, que se publicará en M. Maresceau, *The European Community's Commercial Policy After 1992; The Legal Dimension* (1992), Martinus Nijhoff.

¹⁷⁷ Véase *Commission v. Council (GSP I)*, Tribunal de Justicia Europeo, 26 de marzo de 1987, caso 45/86 [1987], ECR I 1517.

¹⁷⁸ Véase *Commission v. Council (GSP I)*, nota precedente.

¹⁷⁹ Véase *Greece v. Council (Chernobyl I)*, 29 de marzo de 1990, caso C-62/88 [1990], ECR I 1527.

que trata de los servicios, los aspectos de las medidas sobre inversiones relacionadas con el comercio y los derechos de propiedad intelectual, podría llevar hacia esa dirección. De hecho, la participación de la Comunidad en el GATT está basada en la disposición sobre política comercial del Tratado.

La falta de una política común en lo que respecta a las inversiones extranjeras directas ha sido causa, algunas veces, de que se mantengan o se creen obstáculos al comercio entre los estados miembros. El caso de los trasplantes japoneses en el sector automotriz es un buen ejemplo.

2. Régimen aplicable a las importaciones

En muchos aspectos, las importaciones están sujetas ahora a un régimen común. El arancel de aduanas común se complementa con un vasto cuerpo de leyes aduaneras,¹⁸⁰ cuya aplicación en las fronteras exteriores de la Comunidad está a cargo de los funcionarios de aduanas de los estados miembros. La mayoría de los productos se importan sin restricciones cuantitativas.¹⁸¹

En la esfera de las regulaciones comerciales y técnicas, la uniformidad con terceros países suele alcanzarse como resultado de la armonización interna, en forma de producto secundario. El comercio con terceros países, el comercio entre los estados miembros, la armonización de las normas técnicas y los procedimientos de certificación de la Comunidad están estrechamente vinculados.¹⁸² El mejor ejemplo se encuentra, una vez más, en el sector automotriz donde la total armonización de las normas técnicas se alcanzó sólo recientemente,¹⁸³ después de que la Comunidad y Japón celebraron un acuerdo que limita la importación de automóviles japoneses a la Comunidad hasta el año de 1999.¹⁸⁴ Durante mucho tiempo, algunos estados miembros demoraron la armonización de normas nacionales que aún quedaban por-

¹⁸⁰ Véase la Regulación del Consejo (CEE) 2913/92 del 12 de octubre de 1992, que establece el Código Aduanero de la Comunidad, O.J. 1992 L 302/1.

¹⁸¹ Véase la Regulación del Consejo 288/82 sobre las reglas comunes para las importaciones, O.J. 1982 L 35/1, enmendada por la Regulación del Consejo 1243/86, O.J. 1986 L 113/1.

¹⁸² Véase P. Eeckhout, nota 155 anterior, en pp. 13-16.

¹⁸³ Véanse las directivas publicadas en O.J. 1992 L 225.

¹⁸⁴ Información sobre ese acuerdo fue publicada en *Europe*, 16 de enero de 1992, en pp. 9-11. El acuerdo en sí no ha sido publicado oficialmente.

que conllevaba el establecimiento de un procedimiento de certificación común. Esto, a su vez, significaba que los automóviles importados de Japón habrían podido circular libremente por toda la Comunidad una vez que un estado miembro hubiera aprobado su conformidad con las normas de la Comunidad. Algunos países, como Francia e Italia, recurrieron a las normas nacionales para limitar las importaciones directas e indirectas de coches japoneses en su territorio.

Con el advenimiento del Mercado Único Europeo en 1993, las brechas que aún quedaban en el régimen común para las importaciones tuvieron que cerrarse. A menudo dieron lugar a restricciones comerciales intracomunitarias, que eran permisibles de conformidad con el artículo 115 del Tratado.¹⁸⁵ Los textiles, los automóviles y los plátanos son tres categorías de productos en las que el establecimiento de reglas comunes de importación planteó graves dificultades. Aún no se ha logrado una solución en lo que respecta a los plátanos, en donde los intereses de los productores de los países del grupo ACP y de los departamentos y territorios franceses de ultramar se oponen directamente a los intereses de los productores de América Latina. El régimen aplicable a las importaciones de automóviles de Japón se unificó como resultado del acuerdo mencionado entre la Comunidad y Japón. Sin embargo, la compatibilidad de este acuerdo con el concepto de un mercado único es cuestionable. De hecho, el acuerdo sobre los automóviles japoneses aún distingue entre diferentes mercados nacionales: los fabricantes de coches japoneses deben limitar sus ventas no sólo en el mercado de la Comunidad en conjunto, sino también en ciertos mercados nacionales. Además, el acuerdo está lleno de ambigüedades sobre la manera en que se tratará la cuestión de los automóviles japoneses fabricados en estados miembros o en terceros países.

Como el último ejemplo indica, el mercado interno no siempre es un mercado abierto desde el punto de vista de terceros países. En algunas esferas, la Comunidad hace un extenso uso de los mecanismos restrictivos de las importaciones a fin de proteger ciertas industrias eu-

¹⁸⁵ Las circunstancias en las que el artículo 115 es aplicable se definen en *Commission Decision 87/433 del 22 de julio de 1987*, O.J. 1987 L 238/26. La aplicación del artículo 115, que fue frecuente en algunos sectores y con respecto a algunos estados miembros, está siendo gradualmente eliminada por la Comisión. No obstante, el artículo 115 permanecerá en el Tratado después de que haya entrado en vigor el Tratado de la Unión Europea.

ropeas de la competencia extranjera, notablemente de la que procede de Japón y del sureste de Asia. La Comunidad confía menos en las medidas de salvaguardia, en el sentido del artículo XIX del GATT, que en los acuerdos de comercialización ordenados (textiles, automóviles japoneses) y muy particularmente en los derechos compensatorios.¹⁸⁶ El Tribunal de Justicia no suele cuestionar los juicios económicos hechos por la Comisión y el Consejo en la aplicación de la política comercial de la Comunidad y en la implantación de medidas defensivas comerciales. Por lo general, se limita a examinar los aspectos formales de los procedimientos *antidumping*. En particular, verificará si se observaron las salvaguardias de procedimiento. Pero el Tribunal de Justicia ha ampliado gradualmente la prueba de admisibilidad. En consecuencia, ahora a los importadores y a sus competidores nacionales les es algo más fácil cuestionar la validez de las medidas defensivas comerciales adoptadas por la Comisión o por el Consejo.¹⁸⁷

Según la lógica de una unión aduanera, los productos que se originan en terceros países, una vez puestos en libre circulación en un estado miembro, deberán ser tratados como productos originados en la Comunidad. El concepto de *origen* es normalmente irrelevante en el comercio intracomunitario. Sin embargo, hay casos en los que la legislación de la Comunidad impone lo que se parece a un requisito de *contenido local*,¹⁸⁸ o bien invita¹⁸⁹ o permite¹⁹⁰ a los estados miembros imponer tal requisi-

¹⁸⁶ Se encontrará un examen detallado de la legislación de la Comunidad y de las medidas de la Comunidad para proteger las industrias europeas en: I. Van Bael & J.F. Bellis, *Antidumping and other Trade Protection Laws of the EEC*, 2a. ed. (1992), CCH.

¹⁸⁷ Véase, por ejemplo, *Extranet*, Tribunal de Justicia Europeo, 16 de mayo de 1991, caso 358/89 [1991], ECR 2501.

¹⁸⁸ Véase la Regulación del Consejo 2423/88 del 11 de julio de 1988, sobre la protección contra importaciones objeto de *dumping* o subsidiadas procedentes de países que no son miembros de la Comunidad Económica Europea, O.J. 1988 L 209/1, artículo 13 (10), que tiene como blanco a las plantas armadoras. El artículo 13 (10) dispone que, en determinadas condiciones, se podrán imponer derechos compensatorios a los productos ensamblados en la Comunidad si más de 60% del valor de los componentes se origina en el país sujeto a derechos compensatorios. El papel de las determinaciones de origen en la aplicación de esta disposición es examinado en: E. Vermulst y P. Waer, *European Community Rules of Origin as Commercial Policy Instruments?* 24 JWT 3, en 85-89 (1990). Un grupo de expertos del GATT determinó que la disposición antielusiva de la CEE era incompatible con el artículo III del GATT, véase GATT BISD 37 S/132.

¹⁸⁹ Véase la Directiva "T.V. sin fronteras", nota 148 anterior, artículo 4.

¹⁹⁰ Véase Directiva del Consejo 90/531 del 17 de septiembre de 1990, sobre los procedimientos de compra de las entidades que funcionan en los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones, O.J. 1990 L 197/1, artículo 27.

to.¹⁹¹ En las relaciones exteriores de la Comunidad, las reglas de origen tienen un papel importante pero no pretenden producir efectos económicos por sí mismas. Sin embargo, al menos en tres casos, parecen haber sido creadas para alcanzar objetivos de política económica.¹⁹²

3. Régimen aplicable a las exportaciones

La exportación de la mayor parte de productos está sujeta a un régimen de la Comunidad.¹⁹³ Los restantes regímenes nacionales¹⁹⁴ están siendo armonizados gradualmente. Se han propuesto medidas para armonizar los controles externos en la exportación de productos y tecnologías que pueden ser usados tanto para fines civiles como militares. Esto sería el necesario contrapeso a la supresión de los controles internos en la exportación.¹⁹⁵

Salvo en lo que respecta al comercio de productos agrícolas, la Comunidad no ha podido, hasta ahora, intervenir decisivamente para armonizar las reglas nacionales relativas a los créditos a la exportación y los subsidios a la exportación. Cualquier armonización que pueda haber en las condiciones en las que los diferentes estados miembros conceden créditos o subsidios a la exportación es el resultado de la labor realizada respectivamente en el contexto de la OCDE y el GATT. Los estados miembros no se han mostrado muy inclinados a ceder a la Comunidad el control de sus políticas de exportación.

Cabe señalar, sin embargo, que en los últimos años la Comunidad

¹⁹¹ Francia e Italia también exigieron que los automóviles japoneses fabricados en el Reino Unido satisfagan un requisito de contenido local muy alto para poder ser tratados como productos europeos, véase P. Eeckhout, nota 155 anterior, en 12.

¹⁹² Véanse las reglas de origen con respecto a los circuitos integrados y fotocopiadoras, que se analizan en Vermulst & Waer, nota 178 anterior, en pp. 65-67. Véanse también las reglas de origen con respecto a los deslizadores, las cuales fueron anuladas, en *Yoshida*, Tribunal de Justicia Europeo, 31 de enero de 1979, casos 34 y 114/78 [1979], ECR 115 y 151.

¹⁹³ Véase Regulación (CEE) 2603/69 del Consejo del 20 de diciembre de 1969, que establece reglas comunes para las exportaciones, O.J. 1969 L 324/25, enmendada por la Directiva del Consejo (CEE) 3918/91 del 19 de diciembre de 1991, O.J. 1991 L 372/31.

¹⁹⁴ Véase un ejemplo en los hechos que dieron lugar al caso *Bulk Oil*, nota 162 anterior.

¹⁹⁵ Véase la Propuesta de una Regulación del Consejo (CEE) sobre el control de aspectos de ciertos productos y tecnología de doble uso y de ciertos productos y tecnologías nucleares, O.J. 1992 C 253/13.

ha sido llamada a desempeñar un papel cada vez más importante en lo que respecta a las inversiones privadas en los países de Europa Central y Oriental. Ahora la Comunidad otorga garantías de préstamos sobre la base del artículo 235 del Tratado de la CEE.

Otro signo indicador de que los estados miembros han comprendido que la Comunidad podría ser usada para promover las exportaciones europeas fue la adopción, en 1984, del "Nuevo Instrumento".¹⁹⁶ Este último es, básicamente, un mecanismo que tiene por objeto, primero, abrir los mercados de terceros países a las exportaciones europeas y, segundo, desalentar las restricciones a las exportaciones por parte de terceros países. El "Nuevo Instrumento" es una versión suavizada de la sección 301 de la Ley sobre Derechos de Importación de los estados Unidos, de 1930.

d) El Derecho de la Comunidad y los nacionales de terceros países

1. La lógica del mercado interno

La lógica del mercado interno entraña que las personas físicas puedan circular libremente dentro de la Comunidad, incluso los nacionales de terceros países. En cuanto a estos últimos, hay un requisito obvio: el régimen aplicable a los nacionales de terceros países que entran en la Comunidad por los diferentes estados miembros necesita estar unificado o, al menos, estar sujeto a cierto grado de coordinación. El vínculo entre el trato otorgado a los nacionales de terceros países y la abolición de los controles de las fronteras internas fue subrayado en la primera parte de este documento. Hasta ahora, tanto la circulación de nacionales de terceros países como el trato que reciben después de haber sido admitidos en un estado miembro han quedado, en gran medida, fuera de la competencia de la Comunidad. Sin embargo, para que la Comunidad se convierta en un "espacio sin fronteras internas en la que la libre circulación de [...] personas [...] está asegurada", su

¹⁹⁶ Regulación del Consejo 2641/84 del 17 de septiembre de 1984, sobre el fortalecimiento de la política comercial común en lo que respecta, particularmente, a la protección contra prácticas comerciales ilícitas, O.J. 1984 L 252/1. La manera en la que el Nuevo Instrumento ha sido aplicado por la Comisión se examina en M. Bronckers, "The Potential and Limitations of the Community's New Trade Policy Instrument", en Demaret, Bourgeois & Van Bael (comps.), *Trade Laws of the European Community and the United States in a Comparative Perspective*, pp. 135-164 (1992), Story Scientia.

competencia tendrá que extenderse a los nacionales de terceros países. En realidad, el régimen aplicable a estos últimos será verdaderamente uniforme sólo si forma parte del derecho comunitario de suerte que la Comisión y el Tribunal de Justicia tengan un papel en su aplicación.

2. Nacionales de terceros países que quedan en el Ámbito de aplicación del derecho comunitario

Ciertas categorías de nacionales de terceros países quedan en el ámbito de aplicación del derecho comunitario actual. Si pertenecen a la familia de un nacional de un estado miembro, pueden circular libremente dentro de la Comunidad, pero sólo en la medida en que el nacional de la CEE mismo aproveche la libre circulación de personas de conformidad con el Tratado de la CEE.¹⁹⁷ Lo que queda en duda es si los nacionales de un tercer país, que trabajan para una firma establecida en un estado miembro, tienen derecho, bajo las leyes de la Comunidad, a circular en otros estados miembros cuando su empleador suministre servicios en estos últimos. Como trabajadores extranjeros no tienen el derecho de circular libremente, pero su empleador podría invocar el libre suministro de servicios bajo el artículo 59.¹⁹⁸

Los nacionales de terceros países también pueden beneficiarse de las disposiciones de asociación o de los acuerdos de cooperación entre la Comunidad y su país de origen. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha fallado que, de conformidad con el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad y Turquía, los trabajadores turcos no pueden reivindicar el derecho de libre circulación.¹⁹⁹ Un fallo contrario habría dejado a todos los estados miembros abiertos a la inmigración turca. El Tribunal de Justicia adoptó una actitud más liberal en un caso relativo a la

¹⁹⁷ Véase la Regulación 1612/68, nota 113 anterior, artículos 10 y 11; Directiva 73/148, nota 96 anterior, artículo 1.

¹⁹⁸ Esta cuestión afloró en el caso SECO, Tribunal de Justicia Europeo, 3 de febrero de 1982, casos 62 y 63/81 [1982], ECR 223, pero, a juicio del autor, no fue determinada por el Tribunal de Justicia. La misma cuestión se presentó en el caso *Rush Portuguesa*, Tribunal de Justicia Europeo, 27 de marzo de 1990, caso 113/89 [1990], ECR 1417, pero implicó a trabajadores portugueses que, en aquel tiempo, no tenían el derecho de libre circulación como trabajadores. En esa ocasión la cuestión fue fallada sobre la base del libre suministro de servicios. Sin embargo, el Tribunal de Justicia autorizó al país de acogida a aplicar sus leyes sobre salarios mínimos.

¹⁹⁹ Véase *Demirel*, nota 171 anterior.

interpretación del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y Marruecos,²⁰⁰ pero ese caso no tuvo relación con el derecho de libre circulación sino solamente con el derecho de los trabajadores de un tercer país a un trato igual en la esfera de la seguridad social.²⁰¹

El primer acuerdo externo que concederá el derecho de libre circulación a nacionales de terceros países es el Acuerdo del Espacio Económico Europeo.

3. Cooperación intergubernamental

Recientemente se han tomado iniciativas para promover una política uniforme con los nacionales de terceros países y para eliminar los controles fronterizos internos, pero en el marco de la cooperación intergubernamental. Estas iniciativas no siempre incluyen a los doce estados miembros. La más importante de ellas es el segundo Convenio Schengen,²⁰² suscrito por nueve estados miembros pero que aún no ha entrado en vigor. Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido no son partes de los Convenios Schengen.

El segundo Convenio Schengen pretende eliminar todos los controles fronterizos internos entre los nueve estados miembros. Al mismo tiempo, armonizaría y coordinaría los controles aplicables a las personas que entran en el área Schengen. Establece una política de visa común para estancias de corta duración. Además, contiene disposiciones detalladas sobre cooperación policiaca e intercambio de datos. Después del Convenio de Schengen, los doce estados miembros han suscrito el Convenio Dublin sobre el derecho de asilo.²⁰³ Ade-

²⁰⁰ Véase *Bahia Kziber*, nota 171 anterior.

²⁰¹ En los Acuerdos Europeos (Acuerdos de Asociación entre la Comunidad y respectivamente Hungría, Polonia y Checoslovaquia, suscritos el 16 de diciembre de 1991, pero que aún no han entrado en vigor), el derecho a un trato igual no se extiende a los beneficios de la seguridad social y, por consiguiente, es más limitado que bajo los Acuerdos de Cooperación con los países del Maghreb. Esto probablemente podría atribuirse a la reacción negativa de los estados miembros hacia el fallo de *Bahia Kziber*, véase M. Maresceau, *Nationals of Third Countries in Agreements Concluded by the European Community*, ponencia presentada en la Conferencia "1993, le Marché Unique et l'Europe des personnes", Lieja, 26-27 de junio de 1992.

²⁰² El Convenio del 19 de junio de 1990 que aplicó el acuerdo Schengen de 1985.

²⁰³ Convenio que establece que el estado tiene la responsabilidad de examinar las solicitudes de asilo presentadas a uno de los estados miembros de las Comunidades Europeas, suscrito el 15 de junio de 1990 en Dublin.

más, han redactado un convenio sobre el cruce de las fronteras externas de la Comunidad, del que el Reino Unido sería parte.²⁰⁴ El Convenio Schengen y los dos convenios que acabamos de mencionar se traslapan parcialmente.

El Tratado de la Unión Europea dispone la cooperación intergubernamental estrecha en las esferas de la justicia y los asuntos interiores,²⁰⁵ particularmente en cuestiones relacionadas con nacionales de terceros países. El Tratado de Maastricht considera de manera explícita que, en el futuro, ciertas competencias podrían ser transferidas de los estados miembros a la Comunidad,²⁰⁶ en especial, el derecho de asilo. Ese mismo Tratado introducirá un nuevo artículo 100 C en el actual Tratado de la CEE por el que los visados caerán bajo la competencia de la Comunidad. Además, permitirá a los estados miembros otorgar jurisdicción al Tribunal de Justicia para interpretar las disposiciones de los convenios que puedan establecer en las esferas de la justicia y los asuntos interiores y fallar en las controversias sobre su aplicación.²⁰⁷ Así se establecería un puente entre la cooperación intergubernamental y los mecanismos institucionales proporcionados por el Tratado de la CEE.

e) Establecimiento y servicios

Como dijimos en la primera parte de este documento, la nacionalidad de los accionistas de una compañía es indiferente en principio. Las compañías constituidas de conformidad con las leyes del estado miembro en donde se encuentra su sede tienen el derecho de suministrar servicios en otros estados miembros. Sin embargo, mientras todos los estados miembros no compartan la misma actitud hacia las inversiones extranjeras directas en los diversos sectores económicos, las condiciones bajo las cuales los nacionales de terceros países pueden fijar su establecimiento principal en la Comunidad diferirán según el estado miembro. Estas diferencias desaparecerán gradualmente. En realidad, las restricciones impuestas por un estado miembro a la creación de un establecimiento principal por nacionales de terceros países pueden ser

²⁰⁴ Este convenio aún no ha sido firmado pues está pendiente de la solución de la controversia entre España y el Reino Unido sobre la condición que se dará a Gibraltar.

²⁰⁵ Véase el Tratado de la Unión Europea, título VI, artículo K.1.

²⁰⁶ *Id.*, artículo K.9.

²⁰⁷ *Id.*, artículo K.3 (2) (c).

soslayadas mediante la creación de uno secundario, después de haber establecido una base principal en otro estado miembro más liberal.

El régimen que gobierne las relaciones de la Comunidad con terceros países, en lo que respecta al derecho de establecimiento y al derecho de suministrar servicios en sectores específicos surgirá, a menudo, como un producto secundario de la armonización interna. La misma observación se hizo en relación con las normas técnicas. También es pertinente a los derechos de propiedad intelectual. Lo que hay que subrayar es que, a cambio de dar acceso al Mercado Único Europeo, la Comunidad requiere que a las firmas europeas se les conceda el trato nacional en terceros países. Además, comprende la posibilidad de entrar en negociaciones con terceros países que no conceden a las firmas europeas un acceso real al mercado comparable con el que la Comunidad concede a las firmas de esos terceros países. El requisito de reciprocidad se incluye en las directivas de la banca y los seguros,²⁰⁸ así como en la directiva sobre contratos de servicios públicos.²⁰⁹

Si el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se ratifica, la libertad de establecimiento y el libre suministro de servicios se extenderán a las relaciones entre la Comunidad y los siete países de la AELC. Cabe esperar otros acontecimientos importantes en la esfera del transporte aéreo. Hasta ahora, las relaciones con terceros países han estado reguladas por acuerdos celebrados por cada estado miembro con terceros países. Estos acuerdos deberán ser remplazados gradualmente por otros celebrados por la Comunidad misma.²¹⁰

CONCLUSIÓN

La mayor parte de las propuestas legislativas hechas por la Comisión en su Libro Blanco sobre la consumación del mercado interno han si-

²⁰⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 9 de la segunda directiva de la banca, nota 144 anterior. La misma disposición se encuentra en las directivas de seguros. Se encontrará un punto de vista estadounidense en M. Levitin, *The Treatment of U.S. Financial Services Firms in Post-1992 Europe*, 31 Harv. Int. L.J. 507-564 (1990).

²⁰⁹ Véase la nota 147 anterior, artículo 37.

²¹⁰ Véase Eeckhout, nota 155 anterior; en 18-19. Sobre las relaciones entre la Comunidad y los Estados Unidos en la esfera del transporte aéreo, véase H. Wassenbergh (comp.), *External Aviation Relations of the European Community* (1992), Kluwer. En lo que respecta a las propuestas más recientes de la Comisión véase *Europe*, 22 de octubre de 1992, en 7.

do adoptadas ahora por el Consejo. Sin embargo, en algunas esferas, como los impuestos, en particular los impuestos que gravan las ganancias de las personas jurídicas, el derecho de sociedades, la propiedad intelectual y el transporte, la labor legislativa continuará mucho después del 1 de enero de 1993. El comercio de productos agrícolas aún no ha sido liberado de la imposición de cantidades monetarias compensatorias. En estos momentos tampoco se sabe con certeza si en 1993 las personas físicas podrán circular dentro de la Comunidad sin estar sujetas a controles en las fronteras de los estados miembros.

De todos modos, la adopción de las propuestas legislativas de la Comisión por parte del Consejo no es más que un primer paso. Los estados miembros no siempre incorporan las directivas de la Comunidad a su derecho nacional con oportunidad. Además, la incorporación formal de la legislación de la Comunidad en el derecho nacional no significa forzosamente que sea eficazmente aplicada en los estados miembros. La atención de la Comisión deberá pasar, de más en más, del control de la incorporación formal de las directivas de la Comunidad por los legisladores nacionales al control de su aplicación práctica por los administradores nacionales.

El papel decisivo desempeñado por el Tribunal de Justicia en la eliminación de varias medidas proteccionistas de los estados ha sido repetidas veces subrayado en la primera parte de este documento. Algunos de los fallos del Tribunal de Justicia dieron, también, un estímulo necesario a la actividad legislativa de la Comunidad e influyeron en el contenido sustantivo de sus directivas. En ocasiones, han obrado incluso como sustitutos de la legislación faltante. Con la terminación gradual del marco legislativo necesario para el establecimiento del mercado interno, el papel del Tribunal de Justicia evolucionará. Habrá menos espacio para la jurisprudencia creativa. El Tribunal de Justicia será llamado de más en más a aclarar el sentido de la legislación de la Comunidad y a asegurar que su interpretación siga siendo uniforme en todo su territorio.

El objetivo inmediato asignado al Mercado Único Europeo fue liberalizar los intercambios económicos entre los estados miembros. Para alcanzar este objetivo fue necesario no sólo eliminar las medidas proteccionistas más flagrantes que existían en el plano nacional, sino también legislar por extenso en el plano de la Comunidad. El mercado interno, por consiguiente, no puede reducirse a un ejercicio sistemático bien sea de regulación o de desregulación. En el grado en que las

medidas proteccionistas nacionales debieron ser eliminadas, hay una disminución de la regulación. Se adoptó un volumen considerable de legislación comunitaria. Hay quienes verán en esto un aumento de la regulación. En realidad, este criterio es probablemente demasiado formalista. Es preciso distinguir entre situaciones diferentes. En primer lugar, cuando la legislación de la Comunidad está basada en la idea de reconocimiento mutuo, las regulaciones nacionales perduran pero su efecto restrictivo en los intercambios internos queda muy disminuido. En segundo lugar, cuando la legislación de la Comunidad resulta en una armonización de las reglas nacionales, estas últimas son, en esa medida, remplazadas por normas de la Comunidad para todos los fines prácticos. Esto no entraña realmente un aumento de la regulación. Otra cuestión es, por supuesto, si las reglas sustantivas de la Comunidad son necesarias o si, basado en el principio de subsidiaridad, el reconocimiento mutuo de las diferentes reglas nacionales podría ser suficiente. Se presenta una tercera situación cuando la Comunidad aborda la cuestión de los monopolios públicos nacionales, como en la esfera del transporte aéreo o ferroviario, o en el sector energético. Para introducir ahí una medida de competencia transfronteriza, cuando nunca existió, es posible que la Comunidad tenga que legislar en asuntos que antes no fueron objeto de legislación nacional, como lo ilustra la cuestión del acceso de terceras partes. Para que los mercados nacionales se abran y se evite que el régimen de monopolios nacionales sea sustituido por la competencia desencadenada, la Comunidad no tiene más alternativa que regular la industria.

En algunas esferas, el mercado interno todavía carece de la debida dimensión externa. Ahora, una política común gobierna la mayor parte de los aspectos del comercio exterior de mercancías de la Comunidad. Las medidas comerciales atribuibles a la existencia de mercados nacionales han sido eliminadas o están a punto de serlo, salvo en lo que respecta a los automóviles japoneses. Por otra parte, hasta ahora no se ha establecido formalmente una política de la Comunidad sobre la entrada de nacionales de terceros países en su territorio y sobre el trato que debe dárseles una vez que han entrado. El Tratado de la Unión Europea contempla el establecimiento de una política común en lo que respecta a los nacionales de terceros países, primero mediante la cooperación intergubernamental esencialmente y, más tarde, mediante procedimientos de la Comunidad.

Como hemos señalado, en lo que respecta al derecho de estableci-

medidas proteccionistas nacionales debieron ser eliminadas, hay una disminución de la regulación. Se adoptó un volumen considerable de legislación comunitaria. Hay quienes verán en esto un aumento de la regulación. En realidad, este criterio es probablemente demasiado formalista. Es preciso distinguir entre situaciones diferentes. En primer lugar, cuando la legislación de la Comunidad está basada en la idea de reconocimiento mutuo, las regulaciones nacionales perduran pero su efecto restrictivo en los intercambios internos queda muy disminuido. En segundo lugar, cuando la legislación de la Comunidad resulta en una armonización de las reglas nacionales, estas últimas son, en esa medida, remplazadas por normas de la Comunidad para todos los fines prácticos. Esto no entraña realmente un aumento de la regulación. Otra cuestión es, por supuesto, si las reglas sustantivas de la Comunidad son necesarias o si, basado en el principio de subsidiaridad, el reconocimiento mutuo de las diferentes reglas nacionales podría ser suficiente. Se presenta una tercera situación cuando la Comunidad aborda la cuestión de los monopolios públicos nacionales, como en la esfera del transporte aéreo o ferroviario, o en el sector energético. Para introducir ahí una medida de competencia transfronteriza, cuando nunca existió, es posible que la Comunidad tenga que legislar en asuntos que antes no fueron objeto de legislación nacional, como lo ilustra la cuestión del acceso de terceras partes. Para que los mercados nacionales se abran y se evite que el régimen de monopolios nacionales sea sustituido por la competencia desencadenada, la Comunidad no tiene más alternativa que regular la industria.

En algunas esferas, el mercado interno todavía carece de la debida dimensión externa. Ahora, una política común gobierna la mayor parte de los aspectos del comercio exterior de mercancías de la Comunidad. Las medidas comerciales atribuibles a la existencia de mercados nacionales han sido eliminadas o están a punto de serlo, salvo en lo que respecta a los automóviles japoneses. Por otra parte, hasta ahora no se ha establecido formalmente una política de la Comunidad sobre la entrada de nacionales de terceros países en su territorio y sobre el trato que debe dárseles una vez que han entrado. El Tratado de la Unión Europea contempla el establecimiento de una política común en lo que respecta a los nacionales de terceros países, primero mediante la cooperación intergubernamental esencialmente y, más tarde, mediante procedimientos de la Comunidad.

Como hemos señalado, en lo que respecta al derecho de estableci-

miento, el suministro de servicios o la propiedad intelectual, la adopción de una actitud común hacia terceros países es, a menudo, el resultado de la armonización interna. A cambio de dar acceso al Mercado Único Europeo, la Comunidad requiere que los terceros países eliminen las restricciones que discriminan a las firmas de la Comunidad. Asimismo, solicita una medida de reciprocidad material. La venturosa conclusión de las negociaciones de la Ronda Uruguay en la esfera de los servicios y los derechos de propiedad intelectual resolvería la cuestión de la reciprocidad. De hecho, daría como resultado que el principio de trato nacional se extienda más allá de la esfera de las mercancías y que pueda alcanzarse un alto grado de unificación en la esfera de la propiedad intelectual.

La Comunidad utilizará cada vez más el tamaño de su mercado como instrumento de negociación en sus relaciones con terceros países. Ésta es, de hecho, una de las consideraciones que sustentan el establecimiento de un Mercado Único Europeo. Pero la legislación de la Comunidad relativa al mercado interno es el producto de concesiones entre los estados miembros. Dado que su cohesión interna peligraría si se desviara de manera importante de sus avenencias internas, con frecuencia alcanzadas laboriosamente, la Comunidad no es un participante muy flexible en las negociaciones internacionales. A menudo, los terceros países que tratan con ella y que no tienen su mismo peso no tendrán más alternativa que alinearse con las soluciones ya alcanzadas por la Comunidad internamente. Las negociaciones que llevaron a la firma del Acuerdo del Espacio Económico Europeo ilustran este punto. Sin embargo, la limitada flexibilidad de la Comunidad en las negociaciones internacionales la coloca en desventaja cuando negocia con una parte poderosa y resuelta como los estados Unidos. Las actuales negociaciones del GATT y las negociaciones paralelas bilaterales EUA-CEE sobre el comercio de productos agrícolas dan fe de esto.

Traducción de NURIA PARÉS