



FACULTAD DE DERECHO

**ALCANCE COMPETENCIAL DE LA  
POLÍTICA COMERCIAL DE LA UE TRAS  
EL DICTAMEN 2/15 Y SUS  
CONSECUENCIAS**

Autor: Lois Rogel Vence  
5º, E-3 D  
Derecho de la Unión Europea  
Tutor: Paula García Andrade

Madrid  
Abril 2018

## ALCANCE COMPETENCIAL DE LA POLÍTICA COMERCIAL DE LA UE TRAS EL DICTAMEN 2/15 Y SUS CONSECUENCIAS

---

Lois Rogel Vence

*Universidad Pontificia Comillas (ICADE)*

RESUMEN: A lo largo del proceso de integración de la UE, la Política Comercial Común y su reparto competencial ha sido uno de los campos más controvertidos. La importancia que cobran las consideraciones políticas, propias de las relaciones internacionales, hacen que tanto la evolución del derecho positivo como la negociación de tratados de libre comercio se vean complicadas.

En este contexto en el que la Comisión solicita el Dictamen 2/15, que estaba llamado, al igual que en su momento el Dictamen 1/94, a actualizar el reparto competencial en el marco de la PCC y que es la razón de ser del presente trabajo. En él hemos buscado, tras analizar la jurisprudencia, el derecho positivo y el debate doctrinal, poder entender los principios que rigen el Derecho de la Unión y la manera de proceder del Tribunal; y así poder definir el reparto competencial en el marco de la PCC tras el Dictamen 2/15. Al hacerlo nos hemos encontrado con una gran evolución en el arco de competencias exclusivas de la Unión Europea, viéndose todo el EUSFTA contenido bien en las citadas competencias exclusivas o bien en las competencias compartidas con los Estados Miembros.

Una vez estudiado el reparto competencial lo hemos trasladado a la práctica, a la negociación y firma de futuros acuerdos comerciales, buscando saber cómo han de ser éstos negociados. Al hacerlo, nos dimos cuenta de que la forma en que se realicen dichas negociaciones depende de factores puramente políticos y que, a falta de dichos factores, el futuro de los ALC pasa por acuerdos mixtos o acuerdos que separen comercio e inversión.

PALABRAS CLAVE: “Dictamen 2/15”, “UE”, “PCC”, “TJUE”, “Reparto Competencia”, “TFUE”, “Estados Miembros”.

## SCOPE OF COMPETENCE OF EU'S TRADE POLICY AFTER OPINION 2/15 AND ITS CONSEQUENCES

---

Lois Rogel Vence

*Universidad Pontificia Comillas (ICADE)*

**ABSTRACT:** During the long process of integration of the EU, the Common Commercial Policy and its competence distribution has been one of the most controversial fields. The importance that political considerations gain, typical of international relations, make that both the evolution of positive law and the negotiation of free trade agreements suffer complications.

In this context is when the Commission request the Opinion 2/15, which is called to update, as it was the case of Opinion 1/94, the competence distribution on the frame of CCP, and to be the *raison d'être* of the present dissertation. In this work we tried, after analysing jurisprudence, positive law and doctrinal debate, to understand the principles that govern the EU Law and the way of proceeding of the CJEU; so that we are able to define the competence distribution of CCP after Opinion 2/15. When doing so, we find out a great evolution in the scope of exclusive competence of EU, being as a consequence, all the EUSFTA contained within the exclusive or shared competences of the Union.

Once studied the competence distribution, we have put it into practice, into the negotiation and signing of future free trade agreements, trying to find out how should they be negotiated. After doing so, we have realised that the way of negotiating them depends on purely political factors and that, lacking those factors, the future of FTA passes through negotiating and signing mixed agreements or separating trade agreements and investment agreements.

**KEY WORDS:** "Opinion 2/15", "EU", "CCP", "CJEU", "Competence distribution", "TFEU", "Member States".

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>1.1. Contextualización del tema y objetivos.....</b>	<b>6</b>
<b>1.2. Metodología.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3. Estructura del trabajo.....</b>	<b>8</b>
<b>2. EVOLUCIÓN DEL REPARTO COMPETENCIAS HASTA EL DICTAMEN</b>	
<b>2/15.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1. La PCC y su reparto competencial.....</b>	<b>10</b>
• Tratado de Roma de 1957	
• Dictamen 1/75	
• Dictamen 1/78	
• Tratado de Maastricht	
• Dictamen 1/94	
• El Tratado de Lisboa y el Dictamen 1/08	
<b>2.2. Conclusiones del capítulo.....</b>	<b>20</b>
<b>3. ANÁLISIS DEL DICTAMEN 2/15.....</b>	<b>21</b>
<b>3.1. Contexto del dictamen.....</b>	<b>21</b>
• Tendencias en la UE	
• El Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur (EUSFTA)	
<b>3.2. Conclusiones de la Abogado General Sharpston .....</b>	<b>22</b>
<b>3.3. Dictamen 2/15 .....</b>	<b>24</b>
• Acceso al mercado	
• Protección de las inversiones	
• Propiedad intelectual e industrial (PII)	
• Competencia	
• Desarrollo sostenible	
• Disposiciones institucionales del acuerdo	
• Conclusiones	

3.4. Conclusiones del capítulo.....	36
4. CONSECUENCIAS PARA LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO.....	37
4.1. Implicaciones de la inclusión de materias de competencia compartida en los ALC.. ..	37
• Antes del Dictamen 2/15	
• Después del Dictamen 2/15	
4.2. Posibilidades para la negociación de futuros ALC.....	42
• Negociación de ALC Mixtos	
• Negociación de ALC diferenciados; comercio e inversión	
4.3. Conclusiones del capítulo.....	45
5. CONCLUSIONES.....	46
6. BIBLIOGRAFÍA.....	48

## ABREVIATURAS

AG: Abogado General

ALC: Acuerdo de Libre Comercio

CE: Comunidad Europea

CECA: Comunidad Europea del Carbón y del Acero

CEE: Comunidad Económica Europea

CETA: Comprehensive Economic and Trade Agreement

COTIF: Convention of the OTIF

EUSFTA: EU-Singapore Free Trade Agreement

FDI o IED: Inversión Extranjera Directa

GATT: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

OTIF: Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail

PCC: Política Comercial Común

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TTIP: Transatlantic Trade and Investment Partnership

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development

## 1. INTRODUCCIÓN

### *a. Contextualización del tema y objetivos*

Desde la creación de la CECA, primer embrión de la actual UE, Europa ha presenciado una lenta pero continua puesta en común y cesión de competencias desde los Estados Miembros hacia las organizaciones europeas pertinentes (CECA, CEE, CE, UE). Este camino, como adelantó y defendió Jean Monnet, empezó por los aspectos económicos para a continuación avanzar hacia la unión política, hasta llegar a, como ya en 1849 proponía Víctor Hugo, los Estados Unidos de Europa<sup>1</sup>.

A medida que la Unión<sup>2</sup> adquiere más competencias comienza a desplegar una creciente actividad exterior como sujeto propio de Derecho Internacional. Dicha actividad es especialmente intensa en el campo de la Política Comercial Común (PCC), siendo la acción exterior, conforme avanza la globalización, una creciente necesidad a la hora de construir y mantener un mercado interior único.

Es en este contexto, en el que la Unión reclama cada vez más competencias mientras los Estados Miembros se niegan a perder protagonismo internacional, en el que la PCC y su delimitación competencial se va conformando. En tal delimitación juega, como veremos, un papel fundamental el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que irá complementando y en ocasiones extendiendo las competencias que los tratados atribuyen a la PCC; un Tribunal que en ocasiones, con sus dictámenes y sentencias, funcionará como catalizador ante la falta de voluntad política.

El punto de fricción más reciente relativo a la PCC surge cuando la Unión da inicio a las negociaciones con terceros países (Canadá, EEUU, Japón o Singapur) para concluir los llamados tratados comerciales de nueva generación. Estos Acuerdos de Libre Comercio (ALC), buscando adaptarse al nuevo contexto económico, son más ambiciosos, regulando un mayor número de áreas de las que el Tratado de Lisboa había consolidado para la PCC. Ante la incertidumbre sobre quién tenía competencia respecto de los nuevos ámbitos cubiertos y sobre si la Unión podía concluir por si misma uno de los acuerdos con Singapur, se presenta la cuestión que desembocará en el Dictamen 2/15.

---

<sup>1</sup> Congreso Internacional de la Paz, Paris, 1849.

<sup>2</sup> Entendida como la organización que hubiese en cada momento.

La resolución que el Tribunal realiza de su Dictamen 2/15 es de extraordinaria importancia ya que, al actualizar el reparto competencial, está llamada a cincelar las relaciones comerciales de la UE en el futuro. Y es menester recordar que en el futuro próximo se han de negociar los dos grandes ALC que están llamados a cambiar el comercio mundial, el tratado con EEUU y el tratado con China.

En este trabajo pretendemos realizar un estudio extensivo del Dictamen 2/15, que aborde no solamente su contenido concreto, sino que vaya precedido de un estudio de la evolución previa de la PCC y vaya seguido de un estudio de las consecuencias sobre la negociación y conclusión de futuros acuerdos de libre comercio. Con ello buscaremos explicar el sentido del Dictamen y aportar una visión global del efecto que el Dictamen ha tenido en la PCC y en la negociación de ALC, a la vez que intentaremos dar una imagen clara de cuál es el reparto competencial en la actualidad.

En los meses que median entre la emisión del Dictamen y la redacción del presente trabajo se han escrito numerosos artículos y análisis preliminares sobre los efectos que el mismo podía tener en la PCC, pero aún era necesario a nuestro parecer un análisis extensivo, que aporte una visión global y coherente. Es por ello, por la importancia que reviste el tema y por la ausencia de un análisis completo, que nos decantamos por tratar este tema.

### ***b. Metodología***

En el presente trabajo realizaremos, en primer lugar, un análisis de la literatura, jurisprudencia y legislación aplicable. Con ella, pretendemos poder definir, de una manera bastante descriptiva, la situación actual de la PCC y de la negociación de ALC. Para, en segundo lugar, poder extraer conclusiones y realizar estimaciones acerca del futuro de ambas.

Respecto a las fuentes concretas utilizadas, hemos podido extraer gran parte del contenido jurisprudencial y legislativo de internet, concretamente de los diarios oficiales de la UE. Dentro de la jurisprudencia, hemos acudido tanto a dictámenes como sentencias, mientras en la legislación principalmente nos hemos nutrido del derecho primario, combinándolo con el secundario y el convencional aplicable (EUSFTA y CETA). Por otro lado, para la doctrina académica hemos combinado la utilización de bases de datos como “Dialnet” o “Google Scholar” con manuales físicos.

El trabajo se inscribe en la dogmática jurídica, en tanto que disciplina dirigida al estudio del Derecho positivo cuyo fin es averiguar el contenido de las reglas del Derecho para hacer posible una aplicación segura y calculable del mismo. A lo largo del trabajo hemos visitado y analizado un gran abanico de tratados, sentencias, dictámenes, reglamentos y ALC. Con ello nos hemos dotado de los conocimientos necesarios para entender el Derecho de la Unión Europea, su funcionamiento y sus dificultades. Para con ello poder cumplir nuestros objetivos, aplicar el derecho para analizar sus consecuencias en la negociación de tratados de libre comercio. Al realizar este proceso nos hemos encontrado con que el Derecho de la Unión Europea entraña una serie de dificultades muy particulares, como el gran peso que las consideraciones políticas tienen o el carácter convencional del Derecho Primario de la UE. Es especialmente relevante la importancia que las consideraciones políticas tienen en el desarrollo del derecho de la Unión; es decir, el avance del derecho originario, la firma de nuevos tratados, viene dado por la voluntad política, de la misma forma la Comisión ve entorpecida su labor por estas mismas consideraciones. Durante el trabajo ha estado presente la política jurídica, ya que nos hemos atrevido, en contadas ocasiones, a explicar cuál debería ser la forma de la ley para que las Instituciones funcionase de manera idónea.

Asimismo, hemos utilizado el método jurisprudencial, al ser la mayor parte del trabajo análisis de jurisprudencia del TJUE. A partir de dicha jurisprudencia pretendemos extraer los principios jurídicos que rigen el Derecho de la UE y las maneras de actuar del Tribunal. Dicho método se combina con el método exegético, ya que, respecto de la PCC y de ciertos tratados, hemos analizado normas concretas para describir su contenido, el sentido que le dieron sus autores y así poder entender mejor su aplicación.

### ***c. Estructura del trabajo***

La división del trabajo responde a la voluntad de seguir una línea argumental sencilla y lógica, aplicando en el tercer apartado lo estudiado en el segundo y, en el mismo sentido, aplicando en el cuarto lo visto previamente.

La primera parte, contenida en el capítulo segundo, estudiará, a modo de recorrido histórico, todas las sentencias, dictámenes y tratados que han tenido efectos significativos en la delimitación competencial de la PCC. Este capítulo nos permitirá contextualizar el conflicto que da lugar al Dictamen 2/15, a la vez que conseguir una imagen global de

hacia dónde se mueve la PCC. Lo anterior, junto al enriquecedor debate doctrinal, nos facultará para cumplir los objetivos que buscamos en este capítulo.

Continuaremos, en el capítulo tres, analizando el Dictamen 2/15, para ello haremos un recorrido casi literal por el texto del mismo a la vez que explicamos qué aportaciones realiza en cada parte. En este capítulo buscaremos no solo definir el nuevo reparto competencial a partir del texto si no que incluiremos variada jurisprudencia y opiniones académicas, lo que esperamos nos sirva para entender la manera de actuar del Tribunal y lo que cabe esperar de él en los próximos años.

Como tercer gran bloque, contenido en el capítulo cuarto, trataremos los efectos que tiene el Dictamen para la negociación de futuros ALC. Empezaremos explicando en qué momento llega la jurisprudencia y el debate doctrinal al Dictamen 2/15, para después explicar las consecuencias que dicho dictamen tiene para la negociación de futuros tratados, incluyendo posteriores matizaciones del Tribunal. Finalmente, presentaremos las posibilidades que tiene la Unión para negociar nuevos ALC, indicando las ventajas y los problemas que cada una de ellas conlleva.

Finalmente, esperamos que como consecuencia del análisis realizado en los capítulos previos podamos extraer conclusiones acerca de qué esperar de los futuros ALC, a la vez que entendamos y podamos intuir hacia dónde se moverá la jurisprudencia y legislación futura.

Con esta estructura buscamos presentar de una manera extensiva y con suficiente claridad cuál es la situación actual tanto en relación al reparto competencial como a la negociación de acuerdos comerciales. Y al hacerlo, pretendemos poder extraer una serie de conclusiones que enriquezcan el debate académico.

## **2- EVOLUCIÓN DEL REPARTO COMPETENCIAL HASTA EL DICTAMEN 2/15**

En este apartado vamos a estudiar cómo ha evolucionado el reparto competencial en materia comercial hasta la emisión del dictamen 2/15. Para ello analizaremos las disposiciones de los Tratados constitutivos de la UE, con las modificaciones que han ido sufriendo, y la jurisprudencia expuesta por el TJUE. Al mismo tiempo, incluiremos los principales debates doctrinales y opiniones académicas al respecto de los elementos más polémicos de la PCC y su reparto competencial.

Para poder entender las pugnas y consecuentes dictámenes que veremos a continuación es menester explicar brevemente su origen. Y éste no es otro que las diferentes visiones que Comisión y Consejo tienen acerca de la PCC y sus competencias.

Por un lado, la Comisión, como bien explica Piet Eeckhout, defiende la visión objetiva/instrumental, según la cual una medida debe ser considerada parte de la PCC si busca regular el comercio internacional<sup>3</sup>. Por el otro, el Consejo defiende la visión subjetiva/intencional según la cual ha de considerarse parte de la PCC las medidas que buscan influenciar el volumen o flujo de comercio. Siendo la visión de la Comisión más amplia, mientras el Consejo, con su visión, abre la puerta a limitar el ámbito competencial de la PCC. Esta divergencia, como ya adelantamos, dará lugar a múltiples conflictos de interpretación, de los cuales vamos a presentar los más destacados dentro del siguiente apartado.

### ***2.1. La PCC y su reparto competencial***

En este apartado analizaremos cómo han evolucionado las competencias de la PCC desde la fundación de la CEE hasta la llegada del Dictamen 2/15; dando especial importancia a los dictámenes del Tribunal de Justicia de la CEE (UE)..

#### **Tratado de Roma de 1957**

A efectos del estudio que aquí nos concierne, es de interés el capítulo que el Tratado de Roma dedica a la política comercial, que, tras la revocación de algunos de sus artículos, conforma el título II de la parte V del TFUE (artículos 206 y 207). En estos artículos, que

---

<sup>3</sup> Eeckhout, P., *EU External Relations Law*, Oxford European Union Law Library, 2011 p.21.

van desde el 110 al 116 del tratado de Roma, ya se establece una política comercial común que va más allá del mero establecimiento de una política arancelaria común para terceros países. De esta forma, el artículo 113 (actual 207 TFUE) dispone;

[...] la política comercial común se basará en principios uniformes, particularmente por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales, la consecución de la uniformidad de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, y, entre ellas, las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones.

(nótese que no se incluyen expresamente servicios, propiedad intelectual ni inversión extranjera directa –FDI-), a la vez que el tratado adjudica a Comisión y Consejo la ejecución de dicha PCC.

Este tratado sirvió a la CEE para armonizar aranceles exteriores, eliminar los interiores y llevar a cabo negociaciones en nombre de los Estados Miembros en el contexto del GATT<sup>4</sup>. Pero, cómo expone Piet Eeckhout; *“In the 1970s, however, the EEC lost much of the pristine state, and at the level of trade policy it soon became clear that developing a truly uniform external trade policy, over and above the customs union, was going to be more difficult than had been envisaged”*<sup>5</sup>; esto es consecuencia de las tensiones entre los EMs, representados por el Consejo, que atravesaban una situación económica complicada, y la CEE, representada por la Comisión, que buscaba la uniformidad de las condiciones de importación. En este contexto se abre un periodo de debate jurídico sobre qué competencias forman parte de la PCC y cuáles no, lo que desembocará en el dictamen 1/75.

### **Dictamen 1/75**

Este dictamen se plantea en virtud del apartado 1 del artículo 228 del Tratado constitutivo de la CEE y en relación a un proyecto de Acuerdo sobre una norma de gastos locales negociado por la CEE en el marco de la OCDE. El acuerdo, *grosso modo*, prohibía que los gobiernos financiasen o garantizaran créditos por los costes relativos a exportaciones en más de un 100% del valor de los bienes o servicios en cuestión. La consulta, presentada por la Comisión, pedía al Tribunal de Justicia que definiese si la CEE tenía competencia para concluir dicho acuerdo y, en tal caso, si era exclusiva.

---

<sup>4</sup> Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (por sus siglas en inglés, GATT); Organización Mundial del Comercio, 1947.

<sup>5</sup> *EU External Relations Law*, cit., p.12.

Sobre si la CEE tiene competencia, el Tribunal concluye, relacionando con el artículo 113 ya explicado;

El ámbito de la PCC y, más en concreto, el de la política de exportación, engloba necesariamente los regímenes de ayudas a la exportación y, más en particular, las medidas relativas a los créditos destinados a la financiación de los gastos locales relativos a operaciones de exportación<sup>6</sup>

Fijando claramente una interpretación amplia y evolutiva de las competencias establecidas en los tratados, es decir, acepta que el arco de actuación en la PCC evoluciona a la vez que lo hacen las prácticas internacionales.

En cuanto a la exclusividad o no de la competencia, el Tribunal es claro al dar exclusividad a la CEE en esta materia. Para justificarlo, el Tribunal explica cómo la PCC fue concebida para defender el buen funcionamiento y la uniformidad del mercado único, por lo cual, no tendría sentido que los Estados pudieran actuar individualmente en una materia concerniente a las exportaciones y que, por lo tanto, tiene relación directa con el mercado único.

Como podemos observar, este dictamen supone un gran espaldarazo a la PCC; no solo amplía el rango de actuación de la misma, si no que admite la posibilidad de que se vaya ampliando con el tiempo, además esgrime un argumento para dar la exclusividad a la CEE que, como veremos, podrá aplicarse a otros campos. A estos efectos, el Tribunal resta importancia a que los efectos financieros de cumplir con este Acuerdo caigan del lado de los Estados Miembros, y no de la CEE.

De todas formas, pese a la importancia del dictamen, no se extendió a todos los ámbitos del mercado único; el régimen de importación de coches japoneses permaneció distorsionado por actuaciones de los Estados Miembros hasta bien entrada la década de los 90<sup>7</sup>.

### **Dictamen 1/78**

En el contexto de la recién creada Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (en adelante, UNCTAD por sus siglas en inglés), se inicia en 1978 la negociación de un acuerdo internacional sobre el caucho natural. La Comisión, al

---

<sup>6</sup> Tribunal de Justicia de las CE, Dictamen de 11 de noviembre de 1975, 1/75. ECLI:EU:C:1975:145.

<sup>7</sup> *EU External Relations Law*, cit. P.16.

considerar que, en virtud del artículo 113 del Tratado (actual 207 TFUE), dicho acuerdo, al menos en lo esencial, entraba dentro de las competencias de la PCC, solicita al Consejo que se le dé un mandato para negociarlo, a lo que el Consejo se niega, al defender que es una materia que debe ser objeto de acuerdo mixto. A raíz de tal divergencia de opiniones, la Comisión lleva al Tribunal la solicitud de Dictamen sobre si la competencia para negociar el acuerdo es suya en exclusiva o no.

Este dictamen sigue la línea argumental del anterior, aludiendo a la no exhaustividad de las competencias expuestas en el artículo 113 (ahora 207 TFUE) y al carácter evolutivo de los instrumentos utilizados y materias tratadas en el contexto de un comercio internacional cambiante. Atribuye en lo esencial, por tanto, la razón a la Comisión en cuanto a la exclusividad de la competencia para firmar el acuerdo, e incluso llega un poco más lejos, cómo bien expone Marise Cremona;

*In Opinion 1/78 the Court had taken the view that the common commercial policy was not limited to traditional trade instruments: the fact that Article 113 required the development of a “policy” base on “uniform principles” suggested to the Court that it was intended to go beyond the administration of customs duties and quantitative restrictions and could be used as a basis for measures which are not traditional trade instruments.<sup>8</sup>*

Pero, por el otro lado, también aporta un nuevo criterio a la hora de determinar el papel de los Estados Miembros el acuerdo que, en cierta medida, contradice lo expuesto en el Dictamen 1/75, al exponer que si a la hora de financiar la reserva de urgencia de caucho (no entramos en los aspectos técnicos) los responsables son los Estados Miembros, entonces serán ellos los que deberán tener competencia para acordar los términos de dicha financiación. Atribuyéndose, de facto, carácter mixto al acuerdo, al decir:

Si los costes de financiación [...] recayeran sobre [...] la Comunidad, se trataría de una competencia exclusiva de ésta. Por el contrario, si dichos costes fueran soportados directamente por los Estados miembros, esta circunstancia implicaría la participación de estos Estados en el Acuerdo, junto con la Comunidad<sup>9</sup>

Argumento que desde nuestro punto de vista es criticable, el reparto competencial en un campo fundamental como la PCC no debería verse supeditado a un aspecto circunstancial cómo quién se hace cargo del coste del Acuerdo.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Cremona, M., “External Relations and External Competence of the European Union: The Emergence of an Integrated Policy”, Craig, P.P., De Búrca, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 228.

<sup>9</sup> Dictamen 1/75 cit.

<sup>10</sup> A este respecto, invitamos al lector a ver las siguientes opiniones;

Si volvemos nuestra vista al dictamen 1/75, el mismo explicaba que, indiferentemente de quién soportara las limitaciones o costes, la competencia seguiría siendo exclusiva. Observamos como, salvando las diferencias entre ambos casos, este dictamen muestra algo más de timidez a la hora de atribuir la exclusividad a la CE. Es cierto que, mientras que el Dictamen 1/75 suponía una limitación en los créditos que podían dar los EM, el Dictamen 1/78 supone un gasto para los mismos; por ello se podría argumentar que en este caso el papel de los EM debería tener más importancia.

Pero dichas divergencias no nos deben apartar de lo que sigue siendo la tendencia del Tribunal, que es a ampliar las competencias que entran dentro de la PCC. Como vemos, el criterio a aplicar hasta este momento, *grosso modo*, es que si se busca uniformar el mercado interior y evitar distorsiones en el mismo entonces la CE tiene competencias exteriores. Algo que Piet Eeckhout interpreta, a nuestro juicio acertadamente, como justificante para aumentar competencias pero también como límite a las mismas, al fin y al cabo si no sirve para uniformar el mercado entonces no debería de ser competencia de la CE.<sup>11</sup>

### **Tratado de Maastricht**

Este tratado, , nos sirve para ver cómo la situación seguía tensa entre Comisión y EMs. En las negociaciones, que se desarrollaron en medio de un gran debate doctrinal sobre si ciertas materias (propiedad intelectual, inversiones, etc.) entraban dentro de las competencias de la PCC<sup>12</sup>, la Comisión trató de que se incluyesen artículos otorgándole competencia sobre las mismas. Los EMs se negaron y ni siquiera se avanzó mínimamente en la redacción del artículo 113 del Tratado (207 TFUE). Como vemos, un tratado que fue muy fructífero en otros aspectos, como la creación del Euro, no alcanzó a actualizar la PCC a los usos comerciales del momento.

---

a favor del Dictamen: Weiler, J. H. H., "The External Legal Relations of Non-Unitary Actors: Mixity and the Federal Principle", O'Keffe, D. Y Schermers, H. G. (eds.), *Mixed Agreements*, 1983, p.72  
en contra: Pescatore, P., "Contribution to the Discussion", Timmermans, C.W.A., y Völker, E.L.M. (eds.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, 1981, p.71.

<sup>11</sup> *EU External Relations Law*, cit. p.21 y ss.

<sup>12</sup> Maresceau, M., *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff, 1993, p. 6 a 10.

## **Dictamen 1/94**

Este dictamen, quizá el más importante hasta la fecha, se pide en relación a las negociaciones que lleva a cabo la UE en el marco de la OMC (Ronda de Uruguay<sup>13</sup>) sobre acuerdos comerciales, que incluyen aspectos de Propiedad Intelectual, comercio de servicios e inversiones; aspectos que hasta el momento se mantenían al margen de dichos acuerdos. Al ser competencias que, como ya mencionamos, son de discutida naturaleza, el acuerdo se negoció con la iniciativa de la Comisión pero muy de cerca supervisada por el Consejo y los EMs. Ante lo cual, la Comisión solicitó un dictamen al Tribunal sobre las mismas, llegando al muy citado Dictamen 1/94.

El dictamen recorre diferentes áreas del tratado juzgando si se adapta a la PCC. Nosotros vamos a centrar en las aportaciones que supusieron un verdadero avance en las competencias de la Comisión. Consecuentemente, procedemos ahora a recorrer dichas aportaciones que revisten relevancia.

En primer lugar, el Tribunal aclara que el hecho de que los Estados Miembros sufragan el coste de una organización internacional (OMC) que no tiene presupuesto propio no justifica su participación en el acuerdo.

También mantiene el carácter expansivo del artículo 113 del Tratado, al incluir normas sobre medidas sanitarias y fitosanitarias a productos incluidos en la PCC.

En relación a los servicios, donde hace el Tribunal la mayor aportación del dictamen, es importante contextualizar la respuesta; el Acuerdo de la OMC divide el comercio de servicios en cuatro tipos o modos: 1-No implica movimiento de personas; 2-Implica desplazamiento del consumidor a donde está el proveedor; 3-Implica presencia comercial en el territorio de otro Estado; 4-Presencia de personas físicas de un Estado en el territorio de otro Estado para prestar servicios de una compañía del primero.

Procedemos ahora a ver cómo respondió el Tribunal. Empezó recordando los criterios explicados en jurisprudencia anterior, especialmente los dictámenes 1/75, dónde no hizo distinción entre si los créditos financiaban servicios o bienes, y 1/78, donde mostró una concepción amplia de la PCC. En base a la jurisprudencia citada, a la evolución del comercio, y aceptando gran parte de la argumentación jurídica de la Comisión, el Tribunal confirma que los servicios no pueden ser excluidos directamente de la PCC, “el carácter

---

<sup>13</sup>Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales, GATT, OMC, 1986 a 1994.

abierto de la política comercial común se opone a que el comercio de servicios sea excluido desde un primer momento y por principio del ámbito de aplicación del artículo 113 del Tratado”<sup>14</sup>. Una vez admitida la posibilidad, el Tribunal continúa analizando los servicios definidos por el acuerdo de la OMC, de forma que el Tribunal acepta que los servicios en los que no hay desplazamiento del prestatario o del beneficiario al país de la contraparte puedan incluirse dentro de las materias exclusivas de la PCC. Es decir, el Tribunal examina hasta qué punto los servicios cubiertos en el acuerdo negociado se pueden asimilar al comercio de bienes, concluyendo que solo cuando no hay desplazamiento de personas es asimilable, incluyendo por tanto el comercio de servicios modo 1 en la PCC. En cambio, no podrá extenderse a los casos en los que: hay desplazamiento de alguna de las partes; existe una filial o sucursal del prestatario en el país del beneficiario; o cuando hay personas físicas en el territorio del beneficiario por medio de las cuales el prestatario presta el servicio. Para justificar esta afirmación, el Tribunal recurre a la diferencia entre PCC y medidas que afecten la entrada y movimiento de personas que realiza el artículo 3 del TCE. Este es a la vez uno de los criterios más importantes y más controvertidos que da el Tribunal; de facto está trazando una frontera entre PCC y movimiento de personas que veremos se tardará en superar que es la razón principal por la que este tratado tuvo que ser tramitado como mixto. Además, es un criterio que pese a que pueda parecer simple, es difícil de llevar a la práctica, como explica Hilf, “[...] *there may be a number of “mixed situations” which involve electronic operations on the one side but some minor elements of movement of persons on the other side. The dividing line[...]has still to be drawn*”<sup>15</sup>.

También es destacable, en línea con lo esperado la negativa del Tribunal a que los servicios de transportes estén incluidos en las competencias exclusivas de la PCC.

Por último, el Tribunal admite, a medias, que la propiedad intelectual se incluya dentro de la PCC. El Tribunal cree que sí hay aspectos de la PI muy relacionados con el comercio y que por tanto la Comisión debería tener poderes para tratar ciertos temas de la misma. En concreto, admite que pueda prohibir o regular el uso de una marca por ejemplo, pero no atribuye competencia exclusiva sobre el conjunto de la PI.

---

<sup>14</sup> Tribunal de Justicia de las CE, Dictamen de 15 de noviembre de 1994 1/94, ECLI:EU:C:1994:384; párr. 36 y ss.

<sup>15</sup> Hilf, M., “The ECJ’s Opinion 1/94 on the WTO –No Surprise, but Wise?–”, EJIL n° 6, 1995, p. 252.

Como vemos, los puntos más a tener en cuenta son el de servicios y el de propiedad intelectual. En cuanto a los servicios este dictamen supuso un gran avance al aceptar que los servicios puedan formar parte de las competencias exclusivas de la PCC, pero no llegó a atreverse a desligar la labor de los Estados a la de la Comisión; se une de cierta forma la inmigración (movimiento de personas desde terceros países) con el comercio de servicios. Por otro lado, en cuanto a la propiedad intelectual se abre la puerta tímidamente para que la UE la regule dentro de la PCC pero por ahora aún es una competencia muy restringida. Quizá lo más importante es ese cambio de tendencia que luego se culminará con el Tratado de Lisboa y la jurisprudencia relacionada.

### **El Tratado de Lisboa y el Dictamen 1/08<sup>16</sup>**

En el plano normativo, después del ya explicado fracaso en el Tratado de Maastricht, se negociaron pequeños avances en sendos tratados de Ámsterdam y Niza<sup>17</sup>. Pero no es hasta el tratado de Lisboa que hay un cambio real en el derecho escrito de la UE, concretamente en el, ahora ya sí, TFUE, dichos cambios son testados y confirmados con el dictamen 1/08, resuelto dos años más tarde de la aprobación del Tratado de Lisboa pero justo antes de su entrada en vigor, dicho dictamen aún se refiere al articulado previo al Tratado de Lisboa pero examina aspectos que son de interés para el nuevo artículo 207 TFUE.

Las novedades que trae este tratado, en relación con la PCC, se pueden dividir en dos grupos: uno procedimental, relativo a la toma de decisiones, y otro material, de fondo, en el que nos centraremos.

El primero supone un cambio de gran magnitud de los mecanismos de toma de decisiones en la UE, tanto que el propio Piet Eeckhout lo califica de giro copernicano<sup>18</sup>. Da al PE un papel fundamental en la PCC, al supeditarla al proceso legislativo ordinario; Parlamento Europeo que hasta ahora solamente tenía un rol consultivo.

En cuanto a los cambios materiales, además de reformular o añadir alguna cláusula de menor interés, se dirigen a tres de los campos que más conflicto han generado como

---

<sup>16</sup> Tribunal de Justicia de la UE, Dictámen de 30 de noviembre de 2009, 1/08, ECLI:EU:C:2009:739.

<sup>17</sup> El Tratado de Niza supuso un avance mayor que el de Amsterdam, al conseguir la UE una mayor atribución explícita de competencias relativas a comercio de servicios y a Propiedad Intelectual, aunque con limitaciones. En ningún caso supuso un cambio sustancial de la posición negociadora de la UE de cara al exterior.

<sup>18</sup> *EU External Relations Law*, cit. p. 57.

hemos visto: comercio de servicios, propiedad intelectual y la inversión extranjera directa (a partir de ahora FDI, por sus siglas en inglés).

Las tres son incluidas en la redacción del artículo 207.1 del TFUE, que estipula

La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a [...] la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrias, las inversiones extranjeras directas[...].

Aunque bien es cierto que la inclusión *per se* de dos de ellas ya se había conseguido en el Tratado de Niza, por ello vamos a centrarnos en averiguar qué ha cambiado en términos competenciales. Pero primero, y dado que estudiamos el Tratado y el Dictamen 1/08 conjuntamente, vamos a contextualizar este último dado que vamos a mencionarlo a continuación. Este Dictamen fue solicitado por la Comisión en relación a las negociaciones que la UE estaba llevando a cabo en el marco de la OMC, concretamente el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Una parte de los Estados Miembros consideraron que los compromisos que dicho acuerdo estipulaba desbordaban las competencias de la PCC. En consecuencia, la Comisión solicitó el dictamen para aclarar la situación.

Pasamos ahora a analizar los avances que conjuntamente Tratado de Lisboa y Dictamen 1/08 supusieron para la PCC.

Empezando con los servicios, éstos ya no se van a entender solamente como en el dictamen 1/94, ahora a través del dictamen 1/08 el TJUE, y tras la codificación en el Tratado de Niza, confirma la expansión de la concepción de servicios incluida en la PCC a los que suponen movimiento de personas y la presencia comercial en otros estados (los *modos 3 y 4* del GATS)<sup>19</sup>. Es importante resaltar, como ya hicimos anteriormente, que los servicios de transporte no se incluyen, estando esto señalado en el apartado 5 del mismo artículo, “La negociación y la celebración de acuerdos internacionales en el ámbito de los transportes se regirán por el título VI de la tercera parte y por el artículo 218”.

En este mismo sentido, el Tribunal en el Dictamen 1/08 también exceptúa, en línea con lo esperado, de la concepción de servicios explicada el comercio de servicios en los siguientes sectores: culturales, audiovisuales, servicios de educación, servicios sociales y salud humana.

---

<sup>19</sup> A este respecto, el Dictamen 1/08 en su párrafo 119 claramente confirma el cambio de concepción con respecto al Dictamen 1/94, párrafo 47.

En cuanto a la propiedad intelectual, lo primero que nos llama la atención es su referencia explícita a los aspectos comerciales de la misma, por lo que quedaría restringida la capacidad de la UE para negociar acuerdos amplios sobre la PI en el marco de la PCC. Pero en la práctica, la combinación de medidas internas y externas dan a la UE un control absoluto sobre la PI, quedando la limitación a aspectos comerciales superada, algo que se hace patente en la Sentencia *Daiichi Sankyo*<sup>20</sup>.

Por último, las Inversiones Extranjeras son incluidas por primera vez en el presente tratado, buscándose uniformizar y liberalizar el mismo. Es la expansión de las competencias exclusivas que reviste mayor importancia al ser una materia que ya se incluye en la mayoría de acuerdos de libre comercio, dando por tanto a la Unión mucho más poder. Pese a la importancia que reviste la expansión competencial, la sensación de la doctrina académica es que falta definición, es decir, como ya adelantaba Ceysens en relación a la cláusula equivalente en la fallida Constitución Europea, el aumento de competencias no es claro y es necesaria una delimitación de hasta dónde llega la competencia sobre Inversiones Extranjeras<sup>21</sup>. Sobre qué se entiende por FDI sería cualquier tipo de inversión proveniente de fuera de la UE y qué busca establecer relaciones económicas entre el que invierte y la empresa a la que se destina. Podríamos diferenciarlo de la mera inversión de carteras en que se busca ese vínculo económico, no simplemente una inversión de cara a generar flujo de caja. Al atribuir esta competencia a la UE, y en virtud de la doctrina de los poderes implícitos, parece que se le está atribuyendo también derecho a firmar acuerdos que incluyan medidas de protección de la inversión y otras áreas de relación directa con el FDI. Ha habido numerosa jurisprudencia acerca de cuál es el límite de esta competencia y el TJUE en general ha aplicado un criterio laxo, dando a la UE bastante libertad para negociar<sup>22</sup>.

En cierto modo este Tratado busca facilitar la firma de tratados de libre comercio, huyendo, aunque sin éxito con veremos, de los complejo acuerdos mixtos.

---

<sup>20</sup> Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C414/11, párr. 49 a 62.

<sup>21</sup> Ceysens, J., "Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution", LIEI n° 32, p. 272

<sup>22</sup> Dentro de la citada variedad jurisprudencial, destacamos las sentencias correspondientes a los asuntos C-205/06, C-249/06 y 118/07, todas son consecuencia de incumplimientos de Estados Miembros y su argumentación va delimitando cuál es el límite para tal competencia. También sería importante destacar el Reglamento 1219/2012, que surge como respuesta a tales incumplimientos, que establece disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales entre Estados Miembros y terceros países; incluyendo criterios para definir la amplitud de la competencia de la UE en Inversiones Extranjeras.

## ***2.2. Conclusión del capítulo***

El reparto competencial de la PCC es una historia de continuo choque entre los Estados Miembros, representados por el Consejo, y la Unión, personificada en la Comisión, en la que parece hay un cierto avance a favor de la Unión, atribuyéndole crecientes competencias. Cada vez se interpreta de manera más amplia la PCC y cada vez, al tiempo que el comercio internacional evoluciona, va completándose, dando mayor integralidad a las competencias de la Comisión.

### **3. ANÁLISIS DEL DICTAMEN 2/15**

#### ***3.1. Contexto del dictamen***

##### **Tendencias en la UE**

En línea con la tendencia vista en el capítulo anterior, la UE quiere, para adaptarse a los cambios del comercio internacional, concluir tratados comerciales cada vez más completos, que cubren cada vez más materias. Símbolo de ello es el alegato “Una Europa global: competir en el mundo”<sup>23</sup>, en el que se plantea un proyecto de futuro para la Unión, tanto en el plano interior como exterior, poniendo especial énfasis en la necesidad de mayores competencias para la Comisión y así ganar agilidad y poder en el plano internacional.

Queriendo materializar esta visión, la Unión abrió una nueva ronda de negociaciones de tratados de libre comercio, entre los que destacan tres: el TTIP con EEUU, el CETA con Canadá y el Tratado de libre comercio con Singapur<sup>24</sup>. Estos tratados ya no mantienen la línea clásica, no se limitan a regular áreas directamente relacionadas con el comercio; ahora incluyen muchos más campos, desde transporte hasta libre establecimiento. Esta amplitud lleva a que el Consejo y los Estados Miembros renieguen de la exclusividad de la Comisión para negociarlos y concluirlos. Esta negativa es se hace especialmente patente en el caso del CETA, más amplio que el de Singapur; razón por la cual el tratado con Canadá al final se concluyó como acuerdo mixto; algo que desembocó en el conflicto de la región belga de Valonia, que explicaremos en el siguiente capítulo.

Diferente es el caso del ALC. con Singapur, en este caso la profundidad de las materias tratadas era menor y por ello la Comisión solicitó al TJUE un dictamen sobre si la UE tenía competencia exclusiva para firmarlo y qué disposiciones del acuerdo entran dentro de las competencias exclusivas de la UE, cuáles entrarían en las competencias compartidas y cuales, de haberlas, serían de competencia exclusiva de los Estados Miembros. Es así como llegamos al dictamen que da sentido al presente trabajo.

##### **El Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur (EUSFTA)**

---

<sup>23</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 4 de octubre de 2006.

<sup>24</sup> Por el mismo orden: Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), UE-EEUU; Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), UE-Canadá ; EU-Singapore Free Trade Agreement (EUSFTA), UE-Singapur..

En este apartado haremos un breve repaso del EUSFTA, queremos mostrar los ámbitos regulados, mostrando las partes que pueden ser más conflictivas, para luego proceder a estudiar las conclusiones de la AG Sharpston y la resolución del Tribunal.

El tratado está dividido en 17 capítulos más preámbulo y disposiciones finales (*understandings*). No vamos a tratarlos individualmente pero sí invitamos al lector a leer el Acuerdo con Singapur para tener un mejor entendimiento de las materias que se van a tratar.

Sin, como dije, entrar en profundidad hay una serie de capítulos que pueden llamarnos la atención, bien por no ser, al menos hasta el momento, competencia exclusiva de la UE o bien por incluir partes que sí lo son y otras que no. Es decir, con los conocimientos que ya tenemos y en relación al EUSFTA, nos surgen varias cuestiones; ¿hasta dónde llega la competencia de la UE en Propiedad Intelectual? ¿Solo los aspectos comerciales o todos?. La competencia de la UE para regular la protección a la inversión, ¿es sólo a la directa o a inversiones de más tipos?. Estas son sólo algunas de las preguntas que primero la Abogado General y luego el TJUE tratarán de resolver; ya adelanto que difiriendo en algunos aspectos.

Aunque en nuestra opinión la verdadera pregunta es; ¿hasta qué punto seguirá el TJUE ampliando el alcance de las competencias de la UE?

### ***3.2. Conclusiones de la Abogado General Sharpston<sup>25</sup>***

La Abogado General (AG) Sharpston emitió el 21 de diciembre de 2016 sus conclusiones con respecto a la cuestión planteada por la Comisión, tramitada como Dictamen 2/15. Sólo como muestra de la importancia de este dictamen, de lo que estaba en juego, estas conclusiones son de una longitud inaudita al igual que el dictamen que luego analizaremos, uno de los más largos hasta la fecha.

Para empezar, la AG hace un análisis del TFUE para determinar la relación entre las competencias internas y externas, y también para determinar qué competencias son exclusivas de la UE y cuáles son compartidas, analizando también cómo funciona el derecho de preferencia en ellas. A nuestro parecer, la AG Sharpston realiza una interpretación demasiado literal del TFUE<sup>26</sup>, anclándose en el texto de los artículos y

---

<sup>25</sup>Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 21 de diciembre de 2016.

<sup>26</sup> En concreto, de los artículos: 2.2, 3, 4.2, 114, 115, 207 y 216 TFUE.

dando poco peso a doctrinas como la de los poderes implícitos o la AETR. Siguiendo dicha interpretación, sin detenernos en los razonamientos concretos, la AG llega a un reparto competencial en el cual todos los capítulos entran dentro de las competencias exclusivas de la unión salvo los siguientes:

Por un lado, la AG considera que son competencias compartidas entre UE y Estados Miembros: el comercio de servicios de transporte aéreo, marítimo y por vías navegables; el apartado de compras gubernamentales cuando las mismas se refieran a servicios de transporte y relacionados; la regulación de la propiedad intelectual e industrial que no trate aspectos comerciales; regulación de tipos de inversión que no sean Inversión Extranjera Directa; normas en materia laboral y medioambiental; y mecanismos de mediación y transparencia.

Mientras que, por otro lado, la AG considera que son competencias exclusivas de los Estados Miembros: la terminación de los tratados bilaterales previos de los EMs con Singapur.

Es una separación que a la postre rechaza frontalmente las pretensiones de la Comisión, ya que con la citada separación la UE no tendría competencia plena para concluir el acuerdo, requeriría un proceso de acuerdo mixto. Desde nuestro punto de vista son unas conclusiones bastante conservadoras, ya que la Abogado General no parece buscar innovar o hacer evolucionar la PCC, simplemente aplica lo ya expuesto por la jurisprudencia y lo escrito en los tratados; algo que, por otro lado, se puede defender que es su cometido, siendo el Tribunal el que ha de innovar. Pese a esto, hemos de decir que en la larga argumentación de la abogada sí se aceptan algunos argumentos de la Comisión.

Además, la AG esgrime que la dificultad que supone que la UE no tenga más competencias, y por tanto tener que tramitar acuerdos mixtos con la dificultad que esto conlleva, no es suficiente argumento para revertir o tergiversar el reparto competencial descrito en los tratados, argumento coherente con la posición tradicional del Tribunal al respecto.

No vamos a detenernos en explicar las justificaciones que da la AG para clasificar cada competencia para no excedernos en extensión. De todas formas, cuando la posición de la AG sea importante bien por la justificación que da, o bien por diferir del Tribunal lo mencionaremos a medida que expliquemos el dictamen.

### 3.3. *Dictamen 2/15*<sup>27</sup>

El Dictamen 2/15 del TJUE es más favorable a los intereses de la Comisión que las conclusiones de la AG explicadas pero, aun así, no satisface todas sus pretensiones ni lo que, a nuestro parecer, sería positivo para la UE. A modo de adelanto, para afrontar la explicación con el tono adecuado, el TJUE sigue con la tendencia que vimos en el capítulo anterior de, como bien explica el profesor Diez-Hochleitner<sup>28</sup>, interpretación extensiva del ámbito de aplicación del art. 207.1 y de la “doctrina AETR”<sup>29</sup>.

El propio dictamen en su párrafo trigésimo sexto nos adelanta el principal criterio a aplicar para definir si una competencia es parte de la PCC y, en consecuencia, exclusiva de la unión. Vamos a volver a él tantas veces que conviene citarlo<sup>30</sup>,

[...] es jurisprudencia reiterada que el mero hecho de que un acto de la Unión, como un acuerdo celebrado por ésta, pueda tener ciertas repercusiones sobre el comercio con uno o varios Estados terceros no basta para concluir que dicho acto deba incluirse en la categoría de los acuerdos comprendidos en la política comercial común. En cambio, un acto de la Unión forma parte de esta política cuando tenga como objeto específico ese comercio, en la medida en que esté dirigido, en lo esencial, a promoverlo, facilitarlo o regularlo y produzca efectos directos e inmediatos en él [...]

Pese a la aparente simpleza del criterio, a la hora de aplicarlo surgen múltiples dudas, es decir, qué es tener como objetivo específico el comercio. No es suficiente con que colateralmente, de forma accesorio, afecte al comercio internacional, tiene que ser su objeto específico, su esencia; algo que recuerda el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia<sup>31</sup>. Además, como aprecia el profesor Diez-Hoecheleitner<sup>32</sup>, otra de las preguntas que hay que resolver es hasta qué punto puede, en línea con el artículo 207.6 del TFUE, una medida de PCC cambiar la delimitación competencial en otros campos o

---

<sup>27</sup>Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017.

<sup>28</sup> Diez-Hochleitner, J “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE.”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 2017, p.403 y ss. (405).

<sup>29</sup> Doctrina asentada en la sentencia 22/70 Comisión vs. Consejo, de 31 de marzo de 1971, también llamada sentencia AETR, concretamente en los párrafos 15 a 17. Básicamente dice que, a la hora de atribuir competencias a la CE para celebrar acuerdos internacionales, debe fijarse la atención no sólo en el derecho primario si no también en los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad en el campo correspondiente. Si la CE adopta, para aplicar una política común, disposiciones que establecen normas comunes en un determinado campo; entonces los Estados Miembros ya no podrán contraer con terceros Estados obligaciones que afecten a dichas normas.

<sup>30</sup> Dictamen 2/15, cit. párrafo 36.

<sup>31</sup> Sentencia sobre el asunto Comisión/Consejo de 12 de diciembre de 2002, Apts 40-42, Sentencia *Daiichi Sanky*, de 18 de julio de 2013, Apto 41 y el Dictamen 3/15 Apto 61.

<sup>32</sup> “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE.”cit. p. 408.

conllevar cierta armonización en los mismos. Ya adelantamos aquí dos de las preguntas más conflictivas en cuanto al reparto competencial en el ámbito de la PCC.

Procedemos a analizar el dictamen del TJUE, utilizando la misma separación que el tribunal, es decir, dividiremos las cláusulas del acuerdo con Singapur en cinco grupos de compromisos: relativos al acceso al mercado; relativos a la protección de las inversiones; relativos a la protección de la propiedad intelectual e industrial; relativos a la competencia; y relativos al desarrollo sostenible. El TJUE trata al final, en los párrafos 168 a 304, algunos de los aspectos más conflictivos, nosotros trataremos de ir viéndolos a medida que tratemos el capítulo al que se refieren. Pese a esto, nos quedará por analizar al final, a modo de cajón de sastre, las disposiciones institucionales del acuerdo que no se relacionan con ninguno de los grandes bloques enumerados.

### **Acceso al mercado**

Respecto a los compromisos relativos al acceso al mercado, citará y aplicará criterios explicados tanto en este como en el anterior capítulo para situarlos todos dentro de las competencias exclusivas de la UE. Aquí incluye los capítulos: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 10. Sólo vamos a detenernos en los últimos dos al ser los que tienen valor desde el punto de vista jurisprudencial:

Respecto del capítulo 8, Servicios, establecimiento y comercio electrónico, recordemos cómo, en el dictamen 1/94, el Tribunal restringía la inclusión de los servicios en la PCC, a los del modo 1. Ahora bien, tras la inclusión en el Tratado de Niza del comercio de servicios en la PCC parece que la citada restricción es superada, algo que confirma el propio Tribunal en el Dictamen 1/08 citado, en el que se extiende el ámbito de la PCC a los modos 2, 3 y 4. Por lo tanto, los servicios se asimilan al comercio de bienes sin importar cual sea el modo, con la única limitación de los aspectos relativos a inmigración, trabajo permanente, entre otros, que este Acuerdo respeta. Como vemos la evolución es completa desde el Dictamen 1/94 en el que.

El punto más conflictivo surge al incluir algunas secciones que tratan servicios de transporte, estando la regulación de los transportes excluida expresamente de la PCC, en virtud del artículo 207.5 TFUE.

Al fijarse en el transporte marítimo, ferroviario y por carretera, el TJUE hace gala de una concepción extensiva de la “doctrina AETR” gracias a la cual la UE mantendrá la competencia exclusiva sobre las cláusulas del acuerdo en las que se tratan. En los párrafos

168 y ss. el Dictamen va explicando en qué medida los aspectos del Acuerdo relativos a cada transporte, ya habían sido objeto de reglas comunes en el mercado interior, cuya aplicación podría verse afectada por la celebración de acuerdos internacionales por parte de los Estados Miembros y, por tanto, gracias a la doctrina citada, la UE tiene competencia exclusiva<sup>33</sup>. Además el TJUE expone, en línea con lo ya afirmado en jurisprudencia previa<sup>34</sup>, algo que consideramos muy importante recordar, y es que<sup>35</sup>

La constatación de ese riesgo no requiere una concordancia completa entre el ámbito abarcado por los compromisos internacionales y el abarcado por la normativa de la Unión. El alcance de las normas comunes de la Unión puede verse afectado o alterado por tales compromisos también cuando éstos pertenezcan a un ámbito ya cubierto en gran medida por esas normas.

Esta matización significa que, a efectos de aplicar la doctrina AETR, la competencia exterior ejercida no necesita concordar estrictamente con las materias objeto de regulación interna; es una concepción extensiva que permite abrir las posibilidades de acción exterior a materias relacionadas.

Por otro lado, respecto del transporte aéreo (el más conflictivo), el Tribunal dispondrá<sup>36</sup>, discrepando de la AG<sup>37</sup>, que, como dichas actividades se refieren a reparación y mantenimiento de aeronaves, servicios de venta y comercialización o reserva de servicios de transporte aéreo, y las mismas no están inherentemente ligadas a servicios de transportes, son asimilables al comercio de servicios del artículo 207.1 TFUE, quedando dentro de las competencias de la Unión. A partir de aquí, el Tribunal trata cada medio de transporte individualmente, pero no consideramos que aporte criterios de excesivo interés por lo que no entraremos en las argumentaciones pormenorizadamente.

El capítulo 10, Compras gubernamentales, es de interés ya que la AG Sharpston planteó problemas al mismo, al decir que si éste se relacionaban con la contratación de servicios de transporte entonces debía ser objeto de competencia compartida. El Tribunal al fijarse en el capítulo 10 del Acuerdo, que incluye cláusulas relacionadas con contratación desde

---

<sup>33</sup> El Tribunal, hábilmente, primero cita el artículo 90.1 TFUE, donde “autoriza a dicho legislador (UE) a adoptar «normas comunes» en el marco de la política común de transportes”. Para inmediatamente después reafirmar la “doctrina AETR”; “[...] cuando la Unión ha adoptado disposiciones que establecen normas comunes, en la forma que sea, los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individual o incluso colectivamente, de contraer con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas normas.”

<sup>34</sup> Concretamente, en los dictámenes del TJUE; Dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993 y Dictamen 1/03 de 7 de febrero de 2006.

<sup>35</sup> Dictamen 2/15, TJUE, cit. párrafo 181

<sup>36</sup> Dictamen 2/15, cit., párrafo 66 a 69.

<sup>37</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, cit., párrafo 191.

el sector público de servicios de transporte, pone el foco en el artículo 3.2 del TFUE y en la normativa interna<sup>38</sup> para concluir que abarca un campo suficientemente regulado internamente por la UE como para, en virtud de la doctrina AETR, tener competencia externa exclusiva.

### **Protección de las inversiones**

Continúa el Tribunal analizando las cláusulas que contienen compromisos relativos a la protección de las inversiones. Este punto, que se refleja en el capítulo noveno del tratado, es en el que más se detiene el TJUE dada la complejidad que su distribución competencial supone. Este capítulo, así como el dictamen, está dividido en dos secciones, A y B, tratando la primera la protección de las inversiones en sí y la segunda la resolución de conflictos inversor-Estado.

Empezando por el apartado A, el ALC. inaugura el capítulo 9º definiendo qué se entiende por inversión<sup>39</sup>, “[...]“investment” means every kind of asset which has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, the assumption of risk or a certain duration.”. Como se puede ver, ya desde el principio del capítulo se genera conflicto. Recordemos cómo en el primer capítulo explicábamos que en los últimos dictámenes y en el Tratado de Lisboa, se incluye dentro de la PCC la regulación de las inversiones directas, pero sin hablar de las demás. También en el anterior capítulo dimos una definición bastante clara de qué se entiende por Inversión Directa en contraposición a las Indirectas. Por ello es que los Estados Miembros presentaron múltiples alegaciones en relación con este capítulo, contra el hecho de que la Unión tuviese competencia exclusiva sobre este capítulo.

En relación con las Inversiones Directas, los Estados Miembros fueron especialmente críticos con que el EUSFTA regule la protección de dichas inversiones y no su admisión, que es lo que consideran es competencia exclusiva de la Unión. El tribunal responde alegando que si las cláusulas de protección de inversiones están directamente relacionadas con las Inversiones Directas y tienen efecto directo en el comercio, deben formar parte de la PCC. Consecuentemente, el TJUE continúa analizando si se cumplen

---

<sup>38</sup> Concretamente, la Directiva 2014/24/UE y la directiva 2014/25/UE.

<sup>39</sup> EUSFTA cit. capítulo 9.

ambos requisitos, tras lo cual incluirá las cláusulas relativas a FDI dentro de las exclusivas de la UE<sup>40</sup>.

Procedemos ahora a analizar la respuesta que da el Tribunal a las cláusulas que se refieren a inversiones distintas de las directas, que es la parte de mayor interés desde nuestro punto de vista. Es bastante claro que en virtud del artículo 207 TFUE no se pueden englobar en la PCC, por lo tanto queda saber si entrarían dentro de los supuestos del artículo 3.2 TFUE que, recordemos, estipula;

La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

Artículo que el Tribunal ya había confirmado, como explica Cremona<sup>41</sup>, que es la codificación de jurisprudencia previa, por lo cual debe ser leído y entendido a la luz de dicha jurisprudencia<sup>42</sup>.

Continúa el TJUE diseccionando el artículo y analizando si en virtud de alguna de las partes del mismo la Unión alberga competencia exclusiva. Sigue una línea argumental similar a la de la AG en sus conclusiones, para empezar asimila las inversiones en cartera y el resto de inversiones no directas (inmobiliarias, préstamos, etc.) a los movimientos de capitales del artículo 63 TFUE.

La primera parte del artículo es claramente descartable como fuente de competencia para la Unión, ya que ningún acto legislativo prevé esta competencia.

Descartada esa vía, el Tribunal no llega a preguntarse si la regulación de este tipo de inversiones es “[...] necesaria para permitirle ejercer su competencia interna [...]”, ya que es la propia Comisión la que descarta esta posibilidad en sus observaciones ante el Tribunal. Estas observaciones de la Comisión, recordadas por el Tribunal en el Dictamen<sup>43</sup>, nos sorprenden ya que consideramos podría buscar aplicarse este criterio en línea con la doctrina emanada del dictamen 1/76. Pero, siguiendo a Cremona, este

---

<sup>40</sup> No nos detendremos dado el poco valor jurisprudencial de los argumentos; para mayor información acuda a los párrafos 80 a 110 del Dictamen.

<sup>41</sup> Cremona, M., “Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017”, *European Constitutional Law Review*, vol. 14, pp 247.

<sup>42</sup> Entre otros: sentencia 22/70, cit., y Dictamen del Tribunal de Justicia de la CEE de 26 de abril de 1977, 1/76.

<sup>43</sup> Dictamen 2/15, cit. párr. 237.

movimiento tendría sentido; *“It is well known, however, that although this ground of exclusivity continues to be mentioned by the Court, and is now enshrined in the Treaties, it has not been successfully pleaded since the ruling in Opinion 1/76”*<sup>44</sup>.

Por último, la Comisión en sus alegaciones explica que, conforme a jurisprudencia anterior<sup>45</sup> el apartado A del capítulo 9 podría afectar normativa de la UE, es decir podría afectar al artículo 63 TFUE y estar dentro de las exclusivas de la Unión en virtud de la última parte del 3.2 TFUE. Ante lo cual tanto Estados Miembros como TJUE discrepan, ya que el artículo 3.2 del TFUE se inspira para sus últimas palabras en la jurisprudencia<sup>46</sup>, y según ésta lo anterior sólo se aplica a normas derivadas, no a los tratados, normas primarias. Esta aportación es muy relevante ya que el Tribunal introduce un nuevo criterio a la hora de aplicar la doctrina “AETR”, que como ya hemos visto es de recurrente uso y gran importancia. Con esta nueva aportación, se concreta que la doctrina AETR solo tiene efecto respecto a las normas comunes, es decir, el hecho de que una acción de un Estado Miembro pueda menoscabar normas comunes como justificación para una competencia exclusiva de la UE sólo tiene efecto cuando la norma menoscabada es secundaria, no primaria. Además de que, cómo explica el Tribunal, los Tratados de la Unión tienen primacía sobre los actos realizados en virtud de los mismos.

Por lo tanto, concluye el TJUE, la Unión no tiene competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo que contenga cláusulas sobre protección de inversiones extranjeras no directas.

Se pregunta entonces si la UE tiene competencia para celebrar el tratado en virtud del artículo 216 TFUE, al ser la libre circulación de capitales, a la que, como dijimos, se asimilan estos tipos de inversión, un objetivo de la Unión. Aceptando esta tesis, el propio tribunal confirma el carácter compartido de la competencia, al estar la libre circulación de capitales incluida en el título IV del TFUE, incluido en el ámbito de competencia compartida. Por lo cual confirmamos que el apartado A es objeto de competencia compartida en su conjunto, aunque todo lo referido a inversión directa sí es competencia exclusiva de la Unión.

---

<sup>44</sup> Cremona, M., “Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017”, *European Constitutional Law Review*, vol. 14, p. 249.

<sup>45</sup> Dictamen 1/03 (apartados 143 y 151), Dictamen 1/13 (apartados 84 a 90) y sentencia de 26 de noviembre de 2014, Green Network (apartados 48 y 49).

<sup>46</sup> Sentencia del TJUE de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, párrafo 231.

Pero antes de continuar con la sección B, también conflictiva, el TJUE se detiene un momento más en el apartado 10 del capítulo 9, que establece<sup>47</sup> “*Upon the entry into force of this Agreement, the agreements between Member States of the Union and Singapore [...] including the rights and obligations derived therefrom, shall cease to have effect and shall be replaced and superseded by this Agreement*”. Volviendo a las conclusiones de la AG Sharpston, ésta afirmó que la UE no tiene competencia para firmar un acuerdo que incluya esta cláusula, al ser una competencia exclusiva de los EMs. Pero el TJUE revierte tal conclusión afirmando que se trata de una competencia exclusiva de la Unión, algo que nos puede sorprender un poco por ello procedemos a estudiar la argumentación que sigue. En los párrafos 240 y ss. del Dictamen, el Tribunal explica cómo tras el Tratado de Lisboa, la UE sustituyó a los EMs respecto de las materias en las que la UE adquirió competencia exclusiva. Se apoya para ello en la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 1972, conocida como sentencia *International Fruit Company*<sup>48</sup>. La justificación seguida en dicha sentencia por el Tribunal que acabamos de explicar es plenamente apoyada por una parte de la doctrina, donde podemos destacar a Pierre Pescatore<sup>49</sup>, que defenderá que la sentencia citada significa justamente lo que expone el Tribunal. También es indirectamente aceptada por otra parte importante de la doctrina, destacando a Jacot-Guillarmod<sup>50</sup>, que pese a dudar de que la sentencia citada *per se* implique que la UE sustituya a los Estados Miembros, afirmará que ello sí es confirmado en la sentencia de 1975 *Nederlandse Spoorwegen*<sup>51</sup>; al decir “[...] sustituyó a los Estados miembros, en lo que concierne a la ejecución de los compromisos previstos por el GATT”. Mientras tanto, Diez-Hoecheleitner<sup>52</sup>, representando a otro sector de la doctrina, es muy crítico con la interpretación seguida por el TJUE y niega que se produzca la sustitución que defiende el Tribunal. Afirma que no hay tal sustitución y que ello no aparece en ninguna sentencia anterior, que lo que hay es una sustitución en la ejecución de las competencias que pasan a ser exclusivas, algo que encajaría con la sentencia de 1975 *Nederlandse Spoorwegen*.

---

<sup>47</sup> EUSFTA cit. artículo 9.10.

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 12 de diciembre de 1972, en los asuntos 21/72, 22/72, 23/72 y 24/72.

<sup>49</sup> PESCATORE, Pierre, “External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities”, *Common Market Law Review*, núm. 16, 1979, p. p. 637.

<sup>50</sup> JACOT-GUILLARMOD, Olivier, “*Droit communautaire et droit international public*”, Georg, Ginebra, 1979, p. 125.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, de 19 de noviembre de 1975, asunto 38/75, párr. 16.

<sup>52</sup> “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE.” cit. p. 428.

Este razonamiento, que nos parece más lógico, coincide con el expuesto por la AG Sharpston, que explica que;

[...] en el asunto *International Fruit Company* no se abordó la cuestión de si, cuando la Unión asume facultades que anteriormente ejercían los Estados Miembros en un ámbito que pasa a formar parte de las competencias exclusivas de la Unión, dichas facultades incluyen el derecho a resolver acuerdos existentes celebrados por los Estados miembros con terceros países.<sup>53</sup>

Además, critica Diez-Hoechleitner que el TJUE haga referencia al reglamento 1219/2012 para justificar la terminación de los tratados previos, ya que el mismo reglamento permite a los Estados Miembros mantener sus tratados siempre que no entre en vigor uno entre la Unión y el tercer país<sup>54</sup>.

Pasamos ahora a analizar la sección B del capítulo 9, la relativa a la resolución de conflictos entre inversor y Parte, resueltos por el Tribunal en los párrafos 285 a 293 del Dictamen. La resolución es bastante simple, el TJUE afirma que<sup>55</sup>

Pues bien, un régimen de esta índole, que sustrae diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros, no puede tener carácter meramente auxiliar en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 276 del presente dictamen, y, en consecuencia, no puede establecerse sin el consentimiento de éstos.

Concluyendo el Tribunal que la sección B es una competencia compartida entre la UE y los Estados Miembros.

Hemos de destacar que, como veremos en las conclusiones del Dictamen, el hecho de que este capítulo contenga cláusulas que abarcan competencias compartidas tendrá una suerte de efecto arrastre con otras partes del Dictamen.

### **Propiedad intelectual e industrial (PII)**

El dictamen, al examinar el capítulo 11 del acuerdo, considera que todo entra dentro de la competencia exclusiva de la Unión. Dicho capítulo combina la regulación del acceso a registros de PII de la contraparte, prevención de falsificación, etc. con remisiones a otros tratados de carácter internacional, concretamente al Convenio de Berna y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre derechos de autor.

---

<sup>53</sup> Conclusiones AG Sharpston, cit. Parr. 380.

<sup>54</sup> REGLAMENTO (UE) No 1219/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países.

<sup>55</sup> Dictamen 2/15, cit. párr.. 285 a 293.

Recordemos, antes de ver cómo resuelve este caso el tribunal, cómo en dictámenes anteriores<sup>56</sup> sólo se incluía en la PCC las cláusulas relativas a PII que tuviesen una naturaleza comercial. Pero ahora el TJUE, coincidiendo con la AG, ya no sigue tal línea argumental, se apoya en la jurisprudencia más reciente<sup>57</sup>, a nuestro parecer excesivamente flexible, y va recorriendo todas las cláusulas del acuerdo y justificando que lo que buscan es el acceso libre y en igualdad de condiciones al mercado de la contraparte y, por tanto, se trata de aspectos comerciales. Este razonamiento, pese a ser muy favorable para la PCC de la Unión, se aparta de la línea tradicional.

Un punto que generó conflicto y que utilizaron varios EMs para sus alegaciones, es la referencia a los citados tratados internacionales. Dichos acuerdos, al tratar los derechos de autor, tratan temas como los derechos morales, que claramente no son de carácter comercial. Por tanto, los EMs argumentaron que al hacerles referencia la UE estaba saliéndose de sus competencias exclusivas. Ante lo cual, el TJUE dirá “la remisión que el Acuerdo proyectado realiza a esos convenios no basta, a efectos de determinar la naturaleza de la competencia de la Unión para celebrar el Acuerdo proyectado, para considerar que esta materia constituye plenamente un componente de éste, que no menciona los derechos morales”<sup>58</sup>.

Con tal argumentación y laxitud a la hora de exigir un efecto sobre el comercio entre las Partes, el Tribunal no duda al afirmar que para el capítulo en su conjunto tiene competencia exclusiva la Unión. La confirmación de la nueva tendencia jurisprudencial respecto de la PII supone un espaldarazo a la Unión, que asienta una competencia exclusiva amplia.

### **Competencia**

Las cláusulas relativas a la competencia, contenidas en el capítulo 12, son rápidamente incluidas en la PCC por el Tribunal. Entiende que, como parece lógico, las cláusulas que buscan que la competencia sea limpia y efectiva no hacen otra cosa que regular el comercio entre ambas partes y, por tanto, son claramente parte de la PCC.

### **Desarrollo sostenible**

---

<sup>56</sup> Destacando el Dictamen 1/94 ya explicado.

<sup>57</sup> La sentencia Daichii Dankyo o las conclusiones de la AG sobre el dictamen 3/15.

<sup>58</sup> Dictamen 2/15 cit. párrafo 129.

La regulación de medidas de desarrollo sostenible en el Acuerdo se da en el contexto de la nueva generación de ALC. que explicamos al inicio del capítulo. A los nuevos tratados ya no les basta con regular aranceles y políticas de importación-exportación; ahora son mucho más amplios y variados, desde desarrollo sostenible a protección de inversiones, pasando por contratación pública o competencia.

La pregunta aquí es, ¿tal amplitud entra dentro de las competencias exclusivas de la Unión? y, concretamente en este apartado, ¿la regulación de cláusulas de desarrollo sostenible entran dentro de la PCC?. Este es un punto en el que la AG Sharpston y el TJUE difieren. La primera aplica un criterio mucho más exigente a la hora de calificar como PCC las cláusulas del capítulo 13, diciendo que hay varias que al no tener relación con el comercio deben ser mixtas; concretamente dirá que “De este modo, los artículos 13.3, apartados 1 y 3, 13.4 y 13.6, apartados 2 y 3, del ALC UE-Singapur pretenden básicamente establecer en la Unión y en Singapur normas mínimas sobre protección laboral y protección medioambiental, respectivamente, al margen de sus eventuales efectos sobre el comercio. Por lo tanto, esas disposiciones están claramente excluidas del ámbito de la política comercial común”<sup>59</sup>.

Mientras, el TJUE con una visión más práctica y quizá más interesada en el buen desarrollo de la PCC de la Unión, aplica un criterio mucho más laxo. Ya empieza el apartado que en su dictamen dedica a las cláusulas de desarrollo sostenible, concretamente en los párrafos 142 y 146, haciendo una mención a los artículos del TFUE que justifican este capítulo. Siguiendo su línea argumental, el artículo 207.1 TFUE al decir “la política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión”, nos lleva al artículo 21 del TUE donde se incluye la protección y mejora del medio ambiente y los recursos naturales como un objetivo de las acciones de la UE. A esto se le suma que los artículos 9 y 11 del mismo tratado, disponen que la protección social y “las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”, en este sentido ya ha habido jurisprudencia<sup>60</sup>.

Estos párrafos del Dictamen crean un marco inclusivo que luego aprovechará el Tribunal para, una por una, ir incluyendo todas las cláusulas del capítulo 13 dentro de la PCC y,

---

<sup>59</sup> Conclusiones de la AG cit. párrafo 491.

<sup>60</sup> sentencia de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, apartado 78.

por tanto, dentro de las competencias exclusivas de la UE. Sin entrar en detalle, al creer que este capítulo pese a la discrepancia entre Tribunal y AG no es de los que más interés tiene, el TJUE va relacionando las cláusulas con los efectos, a veces lejanos, que pueden tener en el comercio. Así mientras la AG critica que en algunas cláusulas se busca fijar mínimos de protección social y medioambiental para ambas partes, el Tribunal indica que en dichas cláusulas no se busca fijar mínimos, ya que éstos ya están incluidos en tratados multilaterales en los que ambos son parte, si no que se busca evitar que el no cumplimiento con dichos estándares pueda generar desigualdades en el comercio entre ambas partes<sup>61</sup>. Es decir, por poner un ejemplo, si una de las partes no cumple los estándares laborales y permite el trabajo infantil esto haría que los productos que las compañías de dicha parte hagan sean más baratos, generando una desigualdad, justo lo que el ALC. pretende evitar.

En este sentido, el Tribunal concluye que, por un lado, las cláusulas que tienen relación con el comercio en sentido amplio formarán parte de la PCC. Por otro lado, respecto de las cláusulas que criticó la AG, dijo que no pretenden, como explicamos, fijar mínimos de protección social y laboral si no que supedita la liberalización del comercio a que las partes respeten sus obligaciones internacionales en dichas materias. Como consecuencia, todo el capítulo 13 estará incluido dentro de las competencias de la PCC.

### **Disposiciones institucionales del acuerdo**

Aquí analizaremos la respuesta del Tribunal contenida entre los párrafos 257 y 304 (dejando fuera la resolución de disputas inversor-Parte, ya estudiada), en los que principalmente se tratan las cláusulas del acuerdo con Singapur relativas a: “Intercambio de información, notificación, verificación, cooperación, mediación y facultad decisoria”; a transparencia; y a solución de diferencias entre las Partes.

Respecto a las primeras, el Dictamen empieza enumerando todas las cláusulas<sup>62</sup> del Acuerdo en las que se estipula algún compromiso de este tipo. A continuación, reitera<sup>63</sup> la posición del Tribunal, ya explicada, según la cual materias que son competencia exclusiva de la Unión pueden ir acompañadas, de forma accesorio, por cláusulas

---

<sup>61</sup> El Acuerdo hace referencia, entre otros, al marco de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), concretamente al Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada el 18 de junio de 1998 en Ginebra; o a los acuerdos contenidos en el *UN Framework Convention on Climate Change*.

<sup>62</sup> A efectos de concreción, acuda a los párrafos 257 a 274 del Dictamen.

<sup>63</sup> Entre otros; dictamen 1/76, 1/78 o la sentencia de 22 de octubre de 2013, Comisión/Consejo.

institucionales. Aunque esto no se aplicará a las materias en las que la Unión no tiene competencia exclusiva, como pueden ser (parte de) las de la sección A del capítulo 9. A estos efectos, las disposiciones institucionales, en tanto en cuanto se refieran a materias de competencia compartida también serán de competencia compartida, esto ocurre con disposiciones del artículo 9.4.3, del capítulo 16 y 17 del Acuerdo.

El mismo razonamiento seguido anteriormente se puede aplicar a las cláusulas sobre transparencia; si se refieren a materias competencia exclusiva de la Unión, serán también competencia exclusiva, si lo hacen a materias que son competencia compartida, tendrán la misma naturaleza.

Finalmente nos queda por estudiar la respuesta del TJUE ante las cláusulas sobre solución de diferencias entre las Partes, recordemos contenidas en el capítulo 15. También es de interés resaltar como el Acuerdo excluye expresamente el capítulo 13<sup>64</sup> de las cláusulas de este capítulo. Soluciona el Tribunal diciendo que “En el marco del presente procedimiento, basta con señalar que el régimen de solución de diferencias que se establece en este capítulo forma parte del marco institucional de las disposiciones sustantivas del Acuerdo proyectado. Puesto que este régimen se refiere a las diferencias entre la Unión y la República de Singapur, no puede sustraer diferencias a la competencia de los tribunales de los Estados miembros o de la Unión, al contrario que el régimen de solución de diferencias entre inversores y Estados previsto en la sección B del capítulo 9 del Acuerdo proyectado. En consecuencia, la norma jurisprudencial recordada en el apartado 276 del presente dictamen es aplicable.”. Aunque vuelve, en el párrafo siguiente, a atribuir el carácter de competencia compartida a este capítulo por referirse también al capítulo 9, sección A.

## **Conclusiones**

Tras el anterior análisis el Dictamen concluye que la UE tiene competencia exclusiva para firmar todos los capítulos de este tratado salvo: las disposiciones del capítulo 9 sección A, que no se refieran a Inversiones Directas; las disposiciones de la sección B del mismo capítulo; y las disposiciones institucionales en la medida en que se refieran al capítulo 9 y por ello tengan carácter compartido.

---

<sup>64</sup> Recordemos que se sometían a los mecanismos de resolución de conflictos de diferentes tratados internacionales.

La otra gran pregunta, que el Tribunal resuelve conflictivamente, es si la inclusión de materias objeto de competencia compartida implica que dicho acuerdo deba ser negociado como mixto o no. Este aspecto del dictamen, contrapuesto con la doctrina y otra jurisprudencia, será objeto de estudio en el capítulo siguiente.

### ***3.4. Conclusiones de Capítulo***

El Dictamen 2/15, que era esperado con gran expectación, actualiza el reparto competencial ampliando las competencias incluidas dentro de la PCC y manteniendo la interpretación expansiva de la doctrina AETR que habíamos observado en jurisprudencia previa. Pero al mismo tiempo, limita las ambiciones de la Comisión, no atribuyéndole la exclusividad sobre todas las materias que los tratados de nueva generación cubren. Además, quizá lo más negativo para los intereses de la Unión, el TJUE parece concluir que dichos tratados han de ser tramitados como mixtos, algo que, como ya dijimos, será estudiado en el capítulo cuarto.

## 4. CONSECUENCIAS PARA LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

### *4.1-Implicaciones de la inclusión de materias de competencia compartida en los Acuerdos de Libre Comercio*

En este apartado estudiaremos y trataremos de extraer conclusiones respecto de los efectos que conlleva la inclusión de materias objeto de competencia compartida en un ALC a la luz de las últimas aportaciones del TJUE<sup>65</sup>. Para ello, empezaremos por analizar qué suponía que un acuerdo incluyese materias objeto de competencia compartida ante el Dictamen 2/15, para pasar a analizar qué novedades nos brinda dicho dictamen, con su consiguiente debate doctrinal, y acabar estudiando posteriores matizaciones que el propio Tribunal realiza, concretamente en su sentencia dictada en el asunto C-600/14, y lo que ellas suponen.

Este apartado será fundamental para poder determinar qué canales de negociación debe utilizar la UE en los futuros Acuerdos de Libre Comercio.

#### **Antes del Dictamen 2/15**

En el momento en que se negocia el acuerdo de libre comercio con Singapur y se emite el Dictamen 2/15, la posición jurisprudencial acerca del carácter obligatorio o facultativo de los acuerdos mixtos no resultaba claro<sup>66</sup>. Es decir, hace falta una aclaración por parte del TJUE que, como veremos, no llega con este Dictamen.

Pese al silencio jurisprudencial, sí se debate desde el plano académico dicha cuestión, destacando la clasificación que nos da Rosas de los acuerdos mixtos que goza de una aceptación bastante generalizada<sup>67</sup>. En ella se diferencia entre los acuerdos mixtos obligatorios (o “*mandatory mixity*”), y aquellos facultativos (o “*facultative mixity*”). El juez del TJUE también se refiere a un tercer tipo de acuerdo mixto, el de “*false mixity*”

---

<sup>65</sup> A efectos de este capítulo, cuando nos refiramos a ALC o Acuerdos de Libre Comercio los entenderemos en sentido amplio, en el sentido de los acuerdos de nueva generación explicados en el capítulo anterior.

<sup>66</sup> Ha habido continuos acercamientos a la cuestión pero no se ha establecido un criterio uniforme. Ejemplos de acercamientos: Dictamen 1/76; Sentencia 1/78, Dictamen 1/78; Caso Demirel; Dictamen 1/94; entre otros.

<sup>67</sup> Rosas, A., “The European Union and Mixed Agreements”, Dashwood, A. Y Hillion, C. (eds.), *The General Law of EC External Relations*, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, p. 203 y ss.

que se da cuando, pese a que el acuerdo abarca competencias exclusivas de la Unión, ésta decide tramitarlo como mixto, para justificar tal tramitación se incluyen cláusulas con vestigios competenciales de los Estados Miembros o con cargas financieras para los mismos; que, en cualquier caso, la UE podría conluir en solitario.

Los primeros han de ser tramitados como mixtos por contener o tratar tanto materias cuya competencia es exclusiva de la Unión como materias cuya competencia es exclusiva de los Estados Miembros. En principio, éstos no revisten tanta importancia para el caso que nos concierne, ya que el Acuerdo con Singapur no incluye como explicó el TJUE materias cuya competencia sea exclusiva de los Estados Miembros. Aunque si nos fijásemos en las conclusiones de la AG y no en el dictamen, sí podríamos tener dudas acerca de si el acuerdo incluye materias objeto de competencia exclusiva de los Estados Miembros.<sup>68</sup>

Sí es de aplicación directa la definición que da Rosas de los acuerdos para los cuales el procedimiento mixto es voluntario, facultativo. Dentro de los mismos, nos interesan aquellos que son facultativos para la Unión que, como bien explica Klamert, se dan “[...] *if an international agreement affects exclusive as well as non-exclusive EU competences. In such case it can be concluded alone by the Union or, alternatively, jointly by the Union and the Member States.*”<sup>69</sup>.

Esta doctrina, que llega a tener como dijimos gran aceptación, es fácil de definir pero más difícil de probar y de concretar empíricamente. Las principales causas de tal dificultad residen en la tendencia ciertamente salomónica a realizar todos los acuerdos que incluían, clara o probablemente, competencias compartidas como mixtos, y en la vaguedad o esquivez del TJUE cuando se le ha cuestionado acerca de los acuerdos mixtos. Coincidiendo con la línea que sigue Ehlermann, nosotros creemos que la falta de concreción y el continuo recurso a acuerdos mixtos responde más a motivos de política y de equilibrio de poderes que a una necesidad legal<sup>70</sup>. Las competencias compartidas son competencias sobre las que la UE tiene capacidad de acción, son competencias reales del mismo modo que las exclusivas y por tanto no tendría sentido que para utilizarlas la UE necesite la asistencia de los Estados Miembros; lo que en cierta medida sería asimilarlas a las exclusivas de los Estados Miembro. En este mismo sentido, Eeckhout hace un

---

<sup>68</sup>Conclusiones AG Sharpston, cit., párr. 564.

<sup>69</sup> Klamert, M. “The principle of Loyalty in EU Law”, Londres, Oxford University Press, 2014, p. 183.

<sup>70</sup> Ehlermann, C.D., “Mixed Agreements-A List of Problems”, O’Keeffe, D. y Schermers, H. G. (eds.), *Mixed Agreements*, Deventer, Kluwer, 1983, p.

interesante análisis acerca de si el continuo recurso a acuerdos mixtos cuando la Unión puede ejercer sus competencias compartidas puede ir contra el principio de cooperación expuesto en el artículo 4.3 del TUE<sup>71</sup>. Y es que dicho deber podría ser vulnerado ante la reiterada falta de compromiso y respeto de los Estados Miembros para con la labor de la Unión, es decir, estarían vulnerando el citado artículo al no cumplir que, “Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.”. Además, al recurrir a acuerdos mixtos la falta de una posición común o la falta de ratificación podrían suponer también una vulneración del principio de cooperación. El propia autor dirá, respectivamente, “[...] *that duty (of co-operation) would require that a common approach is maintained at all times*” y, en cuanto al uso de la amenaza de no ratificación “*Such cases may well constitute misuse of national powers, in violation of the duty of co-operation*”. Este último caso se adecuará perfectamente al caso del CETA que trataremos más adelante.

Contextualizada la situación previa al Dictamen tanto en términos de jurisprudencia como de debate doctrinal procedemos a analizar qué supone dicho dictamen para la negociación de ALC.

### **Después del Dictamen 2/15**

El Dictamen 2/15, ampliamente estudiado en el capítulo anterior, no sólo aporta una nueva delimitación competencial en materia comercial? si no que, al hacerlo, expone un nuevo criterio para determinar cuándo un ALC debe aprobarse como acuerdo mixto, con todas las complicaciones procedimentales que ello conlleva.

Hasta este dictamen, como explicamos, la doctrina venía aceptando mayoritariamente, pese a la ausencia de una jurisprudencia confirmatoria clara y uniforme, la llamada teoría de “*Facultative Mixity*”. Pero el Tribunal, cuando realiza la delimitación competencial y concluye que ciertas materias son objeto de competencia compartida entre UE y Estados Miembros, también asume que el acuerdo requiere ser concluido como mixto<sup>72</sup>.

Este matiz supone un duro golpe a la Unión, ya que mediante sendos párrafos el Tribunal parece rechazar la teoría de Rosas, lo que significaría que todos los tratados que abarquen

---

<sup>71</sup> *EU External Relations Law*, cit. p. 242 y ss.

<sup>72</sup> Párrafos 244 y 292 del Dictamen 2/15, cit.

materias objeto de competencia compartida deberían tramitarse como acuerdos mixtos. Podría parecer, erróneamente, que, dado que la mayoría de acuerdos se tramitaban como mixtos como explicamos en el sub-apartado anterior, este matiz no reviste mayor importancia, pero no es así, el carácter mixto se lo daba la UE potestativamente y siempre teniendo la opción de concluirlo en solitario. Como consecuencia, se generará un ferviente debate doctrinal acerca de qué supone este Dictamen para la negociación de futuros ALC. Dentro del mismo serán múltiples las críticas al Tribunal por la contradicción que supone que una competencia compartida requiera necesariamente de un acuerdo mixto<sup>73</sup>, basadas en razonamientos previos del Tribunal y del AG, especialmente claro en el caso del AG Whal, que llega a decir,

La elección entre un acuerdo mixto y un acuerdo exclusivamente de la Unión, cuando la materia del acuerdo forma parte de un ámbito de competencia compartida (o de competencia paralela, forma parte generalmente del margen de apreciación del legislador de la Unión.<sup>74</sup>

Ejemplo de ello es lo que dicen Kleimann y Kübek, “*The Court therefore appears to equalise the effect of non-exclusive and non-existing EU external competence. What does this finding mean for existing facultative EU-only agreements? And what is the value inherent to shared external EU competence in the first place, if the Union cannot exercise such competence without the consent of the member states in their own right?*”<sup>75</sup>. Esta conclusión no es, sin embargo, compartida por otra importante parte de la doctrina liderada por Cremona, que dirá respecto a la decisión de terminar con la teoría de “*facultative mixity*” “*It seems, to say the least, unlikely that the Court would have decided to take such a decisive step without any explanation or rationale*”, intuyendo también la autora una futura matización del Tribunal que explicaremos a continuación, “[...] *the Court must have meant that Member State participation could not be excluded as a matter of law, in other words that the Singapore Agreement could not be concluded by the EU alone unless the member states so decide, the latter being a political decision it could not comment on.*”<sup>76</sup>. A efectos de explicación, lo que Cremona está exponiendo

---

<sup>73</sup> Recordemos que algunos AGs en conclusiones recientes habían negado que el carácter de la materia objeto del acuerdo determinase cómo debía ser este tramitado; como ejemplo, conclusiones de la AG Sharpston en el Dictamen 2/15, párr. 74 y conclusiones del AG Whal en el Dictamen 3/15, párr. 119.

<sup>74</sup> Conclusiones del AG Whal de 8 de septiembre de 2016, sobre el Dictamen 3/15 del TJUE, párr. 119.

<sup>75</sup> Kleimann, D. y Kübek, G., “The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It”, *Verfassungsblog*, (disponible en <https://verfassungsblog.de/the-singapore-opinion-or-the-end-of-mixity-as-we-know-it/>; última consulta 02/04/2018)

<sup>76</sup> Cremona, M., “Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017”, *European Constitutional Law Review*, vol. 14, pp 250 y 251.

en este fragmento es que la Unión tiene la capacidad para ejercer tanto las competencias exclusivas como las compartidas, pero la decisión respecto a si ejercerlas o no corresponde al Consejo, siendo por tanto una decisión política en la que el Tribunal no puede entrar; bastante en línea con lo que el Tribunal expondrá en un asunto posterior.

Este dictamen, que con respecto a la delimitación competencial hace un profundo análisis y ayuda a avanzar a la PCC, crea cierta confusión en los aspectos más técnicos, los relativos a mediante qué tipo de acuerdo debe celebrarse el EUSFTA y, por analogía, cualquier ALC que contenga materias objeto de competencia compartida. Como consecuencia, parte de la doctrina piensa que el Tribunal rompe con la teoría de “*facultative mixity*” de forma que los ALC de nueva generación, al incluir materias objeto de competencia compartida, sólo podrán ser concluidos por la Unión en solitario en tanto en cuanto se omitan las cláusulas relativas a inversiones no directas y resolución de disputas inversor-estado, teniendo que ser dichas cláusulas objeto de otro acuerdo mixto; en cualquier otro caso el ALC en su conjunto deberá tramitarse como acuerdo mixto. Mientras que otra parte de la doctrina, como hemos explicado, no cree que el Tribunal haya protagonizado semejante giro interpretativo sin justificar su posición en una argumentación teórica más desarrollada o de mayor peso.

Puede que a raíz de la confusión y controversia causada, y en línea con lo expuesto por Cremona, el propio Tribunal matiza sus palabras unos meses más tarde en el asunto Alemania c. Consejo<sup>77</sup>, cuándo dice “Ciertamente, el Tribunal de Justicia hizo constar en el apartado 244 del citado dictamen (2/15) que las disposiciones pertinentes del Acuerdo a que se refería, relativas a las inversiones extranjeras distintas de las directas, que eran de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, no podían ser aprobadas en solitario por la Unión. Sin embargo, mediante tal constatación, el Tribunal de Justicia se limitó a tomar nota de la imposibilidad, señalada por el Consejo durante el procedimiento relativo a dicho dictamen, de reunir en el seno de éste la mayoría exigida para que la Unión pudiera ejercer por sí sola la competencia externa que en esa materia comparte con los Estados miembros.”<sup>78</sup>. Con esta argumentación, algo improvisada a

---

<sup>77</sup> En líneas generales, el conflicto nace en el marco de la OTIF cuando el secretario de ésta propone una serie de modificaciones del COTIF. Ante el mismo la Unión lleva al consejo la proposición de respecto a qué posición adoptar, votando Alemania en contra al considerar que la UE no tiene competencia para adoptar dichas modificaciones. El país germano recurre la acción de la Unión al TJUE, recurso que es desestimado en la Sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2017, acerca del C-600/14, Alemania c. Consejo.

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2017, en el asunto C-600/14 entre la República Federal de Alemania y el Consejo de la Unión Europea, párr. 68.

nuestro parecer, trata el TJUE de solventar la confusión generada a raíz del dictamen 2/15 y de regresar a la doctrina de “*facultative mixity*” previa al mismo.

Gran parte de la doctrina opina que, tras el cambio de rumbo protagonizado por el Tribunal, queda claro que la potencial separación de los futuros ALC entre tratados de comercio y tratados sobre inversiones, como dicen Lenk y Gáspár-Szilágyi “[...] *responds to a lack of political consensus*”<sup>79</sup> y no al Dictamen 2/15; tal y como ya ha ocurrido con las negociaciones con Australia y Nueva Zelanda.

#### ***4.2-Posibilidades para la negociación de futuros ALC***

Una vez expuestas las consecuencias que el Dictamen 2/15, con sus subsiguientes matizaciones, presenta sobre la negociación de futuros ALC, continuaremos exponiendo qué posibilidades tiene la UE de cara a dichas negociaciones. Para ello, empezaremos explicando el procedimiento necesario y los problemas que pueden surgir a la hora de concluir un acuerdo mixto, para lo que tomaremos como ejemplo el CETA, y continuaremos explicando la posibilidad de separar los nuevos Acuerdos de Libre Comercio en dos, uno que incluya las cláusulas comerciales y otro que incluya las cláusulas relativas a inversiones.

Recordemos la importancia que este tema reviste dada la nueva ronda de ALC que se avecina y que, previsiblemente con la misma ambición que los más recientes, buscará regular el comercio global entre los grandes bloques, particularmente los Acuerdo con EEUU, ahora en *standby*, y con China.

#### **Negociación de ALC mixtos**

La primera posibilidad que encontramos sería la negociación de un ALC completo, al estilo del de Singapur o el CETA, tramitándolo como acuerdo mixto. Pero esta posibilidad conlleva un procedimiento complejo y diversas dificultades políticas, aunque también alguna ventaja, por ello procedemos ahora a explicarlos basándonos para ello en el ejemplo de la tramitación del CETA.

---

<sup>79</sup> Lenk, H. Y Gáspár-Szilágyi, S., “Case C-600/14, Germany v Council (OTIF). More clarity over facultative “mixity””, European Law Blog, (disponible en <https://europeanlawblog.eu/2017/12/11/case-c-60014-germany-v-council-otif-more-clarity-over-facultative-mixity/>; última consulta 04/04/2018)

En líneas generales, un acuerdo mixto tiene como partes tanto a los Estados Miembros y a la UE como sujetos plenos de derecho, por lo tanto es necesario que todos ellos aprueben el acuerdo.

Sin entrar en detalle sobre qué pasos, qué plazos y qué figuras intervienen en la negociación y conclusión de un acuerdo mixto, sí vamos a recorrer los aspectos más complejos del procedimiento que se concentran en la ratificación de los tratados.

En primer lugar, durante la negociación ya nacen numerosos problemas e inconcreciones. A modo de ejemplo, surge la duda acerca de quién debe negociar cada parte del ALC, es decir, ¿deben los Estados Miembros negociar las cláusulas cuya competencia ostentan en exclusiva y la Comisión las restantes? Por otro lado y en caso de ser afirmativa la respuesta, pueden los Estados Miembro ceder su representación al Consejo o a la Comisión, habiendo previamente determinando las posturas. Y ¿cómo se coordinan dichas posturas con las de la UE? Estas son solo algunas cuestiones problemáticas que ya aparecen desde el principio de las negociaciones.

En segundo lugar y quizá el mayor problema, en los acuerdos mixtos todos los Estados Miembros deben ratificar el ALC firmado por la Unión. Ya encontramos aquí el primer problema, pues cada Estado tiene su propio procedimiento interno para ratificar el acuerdo, siendo algunos mucho más complejos y largos que otros; pueden llevar desde unos meses a varios años. El problema temporal suele solucionarse mediante firma y aplicación provisional, es decir, la UE al firmar el tratado y en virtud del artículo 218.5 TFUE, lo aplica provisionalmente a falta de ratificación de todos los Estados Miembros<sup>80</sup>. Pero ya en este trámite hay un menoscabo de la seguridad jurídica, al haber una suerte de cláusula resolutoria, ya que el ALC no adquirirá validez plena hasta que se ratifique, pudiendo este trámite alargarse años y quedando, por tanto, inversores y empresas en incertidumbre.

Aún así, si volvemos nuestra vista al CETA, observamos claramente que el problema principal de los acuerdos mixtos reside en el hecho de que cada Estado Miembro tenga su propio procedimiento interno. No hace falta hacer un análisis demasiado extensivo para llegar a la conclusión de que dichos procedimientos son variopintos y, en algunos

---

<sup>80</sup> Aquí hemos simplificado el trámite por no ser de especial interés los detalles procesales; artículo 218 TFUE..

casos, complejos y largos<sup>81</sup>. En relación con el CETA, el procedimiento interno que más problemas generó fue el de Bélgica, que requiere que el tratado sea aprobado por los parlamentos de las tres regiones que componen el país. El conflicto surgió cuando una de las regiones, la de Valonia, no aprobó la ratificación; como consecuencia un tratado de libre comercio que afectaba a cerca de 550 millones de personas quedó bloqueado por una región de apenas 3,5M, y este no es el primer caso<sup>82</sup>. Aquí nos preguntamos qué sentido tiene que un procedimiento haga depender la ratificación de un tratado de la aprobación de un parlamento regional de un Estado Miembro; salvando las distancias, sería como si para que España firmase un tratado internacional se requiriese la aprobación de todas las provincias.

En definitiva, creemos que es cierto que un acuerdo general ayuda a que haya una mayor coherencia y eficiencia a la hora de negociar todas las materias, pero conlleva a la vez un riesgo muy grande de bloqueo. Y recordemos, en muchos casos regiones o países pueden utilizar la no ratificación como arma política, aunque no estén en contra de ninguna cláusula en concreto del acuerdo.

### **Negociación de ALC diferenciados; comercio e inversión**

La otra gran posibilidad sería separar los Acuerdos de Libre Comercio de nueva generación en dos como ya explicamos, uno relativo al comercio y otro a las inversiones. Con ello solucionaremos algunas de las dificultades que encontrábamos en el anterior, pero también conllevará una pérdida de coherencia y comprensión en la PCC de la Unión.

La principales ventajas residen en la facilitación que esta opción supondría para la negociación de los ALC relativos a comercio; por un lado los podría concluir la UE sola y por otro, como dice Gáspar-Szilágyi, *“First, during negotiations the win-set of the EU and the other contracting party would be higher because the contentious ISDS would not be included. This would result in swifter negotiations, a higher chance for the agreement to be concluded, and enhance the EU’s reputation as a credible partner. Furthermore, it*

---

<sup>81</sup> A modo de ejemplo, recordar la tramitación del Acuerdo de cooperación con San Marino; acuerdo mixto que se firmó en 1991 pero no entró en vigor hasta 2002, once años después.

<sup>82</sup> Como ejemplo, pese a que no se llegó a bloquear, en 2015 se temió que Holanda no ratificase el acuerdo de asociación UE-Ucrania, ello porque por legislación interna reciente convocaron un referéndum consultivo al respecto y se votó mayoritariamente en contra .

*would also not lead to far-reaching domestic opposition and backlash*<sup>83</sup>. Es decir, facilitaría y agilizaría la negociación de la parte comercial del tratado; permitiendo que a continuación y en forma de acuerdo mixto se negocie el acuerdo relativo a inversiones, dentro del cual existen múltiples materias objeto de competencia compartida como explicamos en el capítulo anterior.

En cuanto a las posibles dificultades o problemas que esta opción puede acarrear, además de la ya mencionada pérdida de coherencia y eficiencia, podemos destacar la posibilidad de que el segundo acuerdo, el relativo a inversiones, no se lleve a cabo o de que pueda tardarse más en reemplazar los *BITs* de los Estados Miembro.

### ***4.3-Conclusiones del capítulo***

El Dictamen 2/15, que supone un gran avance en el ámbito competencial de la PCC y en la interpretación de la doctrina AETR, genera mucha confusión en cuanto a la relación existente entre la naturaleza de una competencia y el acuerdo requerido, como explicamos previamente. Desde nuestro punto de vista, aún es necesario un nuevo pronunciamiento del Tribunal aclarando, con mayor concreción, los criterios a la hora de aplicar la “*facultative mixity*”. Consideramos que la Sentencia Alemania c. Consejo citada, sí aclara la vigencia de dicha teoría, pero seguimos echando en falta, al igual que antes del dictamen 2/15, una sentencia o dictamen explicativo de los criterios de uso.

Por el otro lado, y en relación a qué procedimiento creemos más beneficioso para las negociaciones futuras ambas posibilidades contienen ventajas e inconvenientes pero, dadas las dificultades vistas en el CETA, prototipo de los acuerdos comerciales de nueva generación, creemos que la separación en dos es lo más beneficioso para la UE. Entendemos que esta solución sería la más adecuada, al menos hasta que la voluntad política de mayor integración y la aceptación de pérdida de protagonismo internacional por parte de los Estados Miembro permita la negociación en solitario por parte de la UE. Por otro lado, y más a largo plazo, creo que también es necesaria una reforma de los tratados que dé más competencias exclusivas a la PCC, sólo así se garantizaría que los vaivenes políticos no afectasen a la acción exterior de la Unión.

---

<sup>83</sup> Gáspar-Szilágyi, S. “Opinion 2/15: Maybe it is time for the EU to conclude separate trade and investment”, European Law Blog, (disponible en <https://europeanlawblog.eu/2017/06/20/opinion-215-maybe-it-is-time-for-the-eu-to-conclude-separate-trade-and-investment-agreements/>; última consulta en 05/04/18).

## 5. CONCLUSIONES

El análisis realizado a lo largo del trabajo nos muestra una realidad más compleja de lo que a priori podía parecer. La integración europea no es un fenómeno constante, y mucho menos rápido, se requiere una constelación de intereses políticos muy difícil de conseguir, es decir, a la problemática puramente legal se suma la necesidad de voluntad política que, según las realidades internas de cada momento, puede ser difícil de conseguir. En consecuencia, los intereses de la UE en su conjunto pueden no verse satisfechos, o verse menoscabados, por los intereses de países o regiones concretas.

A lo largo del segundo capítulo hemos visto precisamente cómo ha avanzado la PCC; un camino marcado por el conflicto entre la UE y sus Estados Miembros. También hemos observado cómo el reparto competencial sigue una tendencia clara, incluyéndose cada vez más ámbitos dentro de las competencias de la UE en base a la PCC. Tendencia en la que, como estudiamos, tiene un papel protagonista el TJUE, que por medio de dictámenes y sentencias ha ido adaptando la PCC a los usos del comercio internacional y ha hecho evolucionar el reparto competencial.

En el tercer capítulo, el de mayor peso analítico, realizamos un estudio minucioso del Dictamen 2/15. Estudio que, junto a las diferentes opiniones doctrinales y lo visto en el capítulo previo, nos ha permitido entender hasta qué punto ha evolucionado la PCC con el Dictamen 2/15 y, al mismo tiempo, cuáles son los principales problemas o polémicas que levanta.

Una vez entendido el reparto competencial tras el dictamen en cuestión, en el capítulo tercero buscamos, por un lado, explicar las consecuencias procedimentales, no competenciales, que tiene el Dictamen y, por otra, presentar las alternativas que tiene la UE para negociar futuros ALC. Hemos comprobado que, pese al avance que el Dictamen 2/15 supone en el ámbito competencial, la negociación de nuevos tratados de libre comercio sigue siendo uno de los problemas a resolver por la UE.

El rápido avance de la globalización y la revolución tecnológica han dinamizado bruscamente el comercio transfronterizo, algo que puede ser muy positivo desde el punto de vista económico, pero que conlleva nuevos retos para la PCC. Estas nuevas circunstancias económicas, pero también el nuevo sentir social en materias como la medioambiental o la laboral, requieren acciones exteriores y tratados de libre comercio cada vez más completos, que cubran campos que los Estados Miembro se resisten a ceder.

Tras realizar el trabajo nos quedamos con la sensación de que es necesario un nuevo empuje en la integración europea, que las herramientas de las que dispone la UE no son suficientes para servir con garantías los intereses económicos de la Unión. No creemos que sea aconsejable hacer depender un campo tan importante como el del comercio de la aprobación interna de los Estados Miembros, que como vimos en ocasiones pasa por parlamentos regionales. Creemos firmemente que es necesario un nuevo tratado que modifique el derecho primario y dé suficientes competencias a la Unión.

Si miramos hacia el futuro, existen algunos motivos para el optimismo, como la llegada a Francia del Presidente Emmanuel Macron y su ambicioso proyecto europeísta o la salida de la UE de Reino Unido, uno de los países más contrarios a la cesión de soberanía. Pese a ello, la situación política en algunos países y, especialmente, el viraje de la opinión pública en contra de los Tratados Comerciales nos hace ser escépticos al respecto.

Lo que sí parece claro es que hasta la llegada de nuevos cambios normativos cabe esperar tratados mixtos al estilo CETA o tratados separados, que creemos más viables. Al mismo tiempo, el Tribunal debe en próximos dictámenes y con mayor claridad, exponer cuál es su posición respecto a la teoría de “*facultative mixity*”, si está dispuesto a abandonarla como el dictamen 2/15 sugirió.

Como ya soñaba Victor Hugo, esperamos que;

*Un jour viendra où la France, vous Russie, vous Italie, vous Angleterre, vous Allemagne, vous toutes, nations du continent, sans perdre vos qualités distinctes et votre glorieuse individualité, vous vous fondrez étroitement dans une unité supérieure, et vous constituerez la fraternité européenne, absolument comme la Normandie, la Bretagne, la Bourgogne, la Lorraine, l'Alsace, toutes nos provinces, se sont fondues dans la France.*<sup>84</sup>

Las necesidades de la UE deben sobreponerse a los egos nacionales y a la voluntad de presencia internacional de los Estados Miembros. Creemos, como última idea, que la nueva economía global requiere tratados cada vez más complejos, más dinámicos y que se tendrán que readaptar con mayor velocidad, por ello sólo una UE fuerte con competencias suficientes es garantía de que Europa mantenga competitividad y el liderazgo en el mundo.

---

<sup>84</sup> Congreso Internacional de la Paz, Paris, 1849.

## **6- BIBLIOGRAFÍA**

### ***Legislación***

#### **Derecho Primario**

- Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957.
- Tratado de Maastricht, firmado, el 7 de febrero de 1992.
- Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997.
- Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001.
- Tratado de Lisboa, firmado, el 13 de diciembre de 2007.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE-.
- Tratado de la Unión Europea –TUE-.

#### **Derecho Secundario**

- Reglamento (UE) nº 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012.
- Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública; L 94/65.
- Directiva 2014/25/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; L 94/243.

#### **Derecho Convencional**

- CETA, Comprehensive Economic and Trade Agreement entre la UE y Canadá..
- EUSFTA, EU-Singapore Free Trade Agreement entre la UE y Canadá.
- TTIP, Transatlantic Trade and Investment Partnership., UE y EEUU; en negociaciones.
- GATT 1947, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, Organización mundial del Comercio, 1947.
- GATT 1994, , Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, Organización mundial del Comercio, 1994.

## ***Jurisprudencia***

### **TJUE**

- Tribunal de Justicia de la CEE, Sentencia de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70; Comisión c. Consejo. ECLI:EU:C:1971:32
- Tribunal de Justicia de la CEE, Sentencia de 12 de diciembre de 1972, en los asuntos 21/72, 22/72, 23/72 y 24/72; *International Fruit Company*. ECLI:EU:C:1972:115
- Tribunal de Justicia de la CEE, sentencia de 19 de noviembre de 1975, asunto 38/75; *Douaneagent der Nederlandse Spoorwegen*. ECLI:EU:C:1975:154
- Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-273/00. ECLI:EU:C:2002:748
- Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 3 de marzo de 2009, C-205/06; Comisión c. Austria. ECLI:EU:C:2009:118
- Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 3 de marzo de 2009, C-249/06; Comisión c. Suecia. ECLI:EU:C:2009:119
- Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 19 de noviembre de 2009, C-118/07; Comisión c. Finlandia. ECLI:EU:C:2009:715
- Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-147/12. ECLI:EU:C:2013:490
- Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 26 de noviembre de 2014, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13. ECLI:EU:C:2014:2401
- Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. ECLI:EU:C:2016:980
- Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 5 de diciembre de 2017, C-600/14. ECLI:EU:C:2017:935
- Tribunal de Justicia de la CEE, Dictamen de 11 de noviembre de 1975, 1/75. ECLI:EU:C:1975:145
- Tribunal de Justicia de la CEE, Dictamen de 4 de octubre de 1979, 1/78. ECLI:EU:C:1979:224

-Tribunal de Justicia de la CE, Dictamen de 15 de noviembre de 1994 1/94.  
ECLI:EU:C:1994:384

-Tribunal de Justicia de la UE, Dictamen de 7 de febrero de 2006,  
1/03. ECLI:EU:C:2006:81

-Tribunal de Justicia de la CE, Dictamen de 30 de noviembre de 2009, 1/08.  
ECLI:EU:C:2009:739

-Tribunal de Justicia de la UE, Dictamen de 14 de octubre de 2014, 1/13.  
ECLI:EU:C:2014:2303

-Tribunal de Justicia de la UE, Dictamen de 16 de mayo de 2017, 2/15.  
ECLI:EU:C:2017:376

### **AG**

-Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 21 de  
diciembre de 2016, en el asunto 2/15.

### ***Obras doctrinales***

#### **Monografías**

-Eeckhout, P., *EU External Relations Law*, Oxford European Union Law Library, 2011.

-JACOT-GUILLARMOD, Olivier, “*Droit communautaire et droit international public*”,  
Georg, Ginebra, 1979.

-Klamert, M. “The principle of Loyalty in EU Law”, Londres, Oxford University Press,  
2014.

-Maresceau, M., *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal  
Dimension*, Martinus Nijhoff, 1993.

#### **Capítulos de obras colectivas**

-Cremona, M., “Defining Competence in EU external Relations: Lessons from the Treaty  
Reform Process”, Dashwood, A. Y Maresceau, M. (eds.), *Law and Practice of EU  
External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, Cambridge  
University Press, 2014, p.34 a 69.

-Cremona, M., “External Relations and External Competence of the European Union: The Emergence of an Integrated Policy”, Craig, P.P., De Búrca, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 217 a 268.

-Ehlermann, C.D., “Mixed Agreements-A List of Problems”, O’Keeffe, D. y Schermers, H. G. (eds.), *Mixed Agreements*, Deventer, Kluwer, 1983, p. 3 a .

-Pescatore, P., “Contribution to the Discussion”, Timmermans, C.W.A., y Völker, E.L.M. (eds.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, 1981, p.71.

-Rosas, A., “The European Union and Mixed Agreements”, Dashwood, A. Y Hillion, C. (eds.), *The General Law of EC External Relations*, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, p. 203 y ss.

-Weiler, J. H. H., “The External Legal Relations of Non-Unitary Actors: Mixity and the Federal Principle”, O’Keeffe, D. Y Schermers, H. G. (eds.), *Mixed Agreements*, 1983, p.35 a 130.

#### **Artículos de revistas**

- Hilf, M., “The ECJ’s Opinion 1/94 on the WTO –No Surprise, but Wise?-“, *EJIL* nº 6, 1995, p. 245 a 259.

-Ceysens, J., “Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution”, *LIEI* nº 32, p. 259 a 291.

-Cremona, M., “Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017”, *European Constitutional Law Review*, vol. 14, pp 231 a 259.

-Diez-Hochleitner, J “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE.”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 2017, p.403 a 429.

-Pescatore, P., “External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities”, *Common Market Law Review*, núm. 16, 1979, p. 615 a 645.

#### **Artículos de blogs**

-Gáspár-Szilágyi, S. “Opinion 2/15: Maybe it is time for the EU to conclude separate trade and investment”, *European Law Blog*, (disponible en

<https://europeanlawblog.eu/2017/06/20/opinion-215-maybe-it-is-time-for-the-eu-to-conclude-separate-trade-and-investment-agreements/>; última consulta en 05/04/18).

-Kleimann, D. y Kübek, G., “The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It”, Verfassungsblog, (disponible en <https://verfassungsblog.de/the-singapore-opinion-or-the-end-of-mixity-as-we-know-it/>; última consulta 02/04/2018).

-Kleimann, D. y Kübek, G., “The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It”, Verfassungsblog, (disponible en <https://verfassungsblog.de/the-singapore-opinion-or-the-end-of-mixity-as-we-know-it/>; última consulta 02/04/2018).

-Lenk, H. Y Gáspár-Szilágyi, S., “Case C-600/14, Germany v Council (OTIF). More clarity over facultative “mixity””, European Law Blog, (disponible en <https://europeanlawblog.eu/2017/12/11/case-c-60014-germany-v-council-otif-more-clarity-over-facultative-mixity/>; última consulta 04/04/2018).

### ***Otros documentos***

-Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 4 de octubre de 2006.

-Hugo, V., Congreso Internacional de la Paz, París, 1849.