Si bien la omisión, en la motivación, de la referencia a una disposición concreta del Tratado puede no constituir un vicio sustancial cuando el fundamento jurídico de un acto puede determinarse apoyándose en otros elementos de éste, tal referencia explícita es, sin embargo, indispensable cuando, a falta de la misma, los interesados y el Tribunal de Justicia carezcan de certidumbre respecto al fundamento jurídico concreto.

2. En el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección del fundamento jurídico de un acto no puede depender únicamente de la convicción de una institución respecto al fin perseguido, sino que debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control judicial.

3. Se desprende de los propios términos del artículo 235 que sólo está justificado recurrir a este artículo como fundamento jurídico de un acto cuando ninguna otra disposición del Tratado confiera a las instituciones comunitarias la competencia necesaria para adoptar dicho acto.

4. No puede llevarse a cabo de manera eficaz una política comercial común si la Comunidad no dispone de medios de acción de mayor alcance que los instrumentos destinados a influir únicamente en los aspectos tradicionales del comercio exterior. Al definir, en los artículos 110 y siguientes, las características y los instrumentos de la política comercial común, el Tratado ha tenido en cuenta posibles evoluciones en la concepción de las relaciones comerciales internacionales, como la que se traduce en la afirmación progresiva del vínculo entre comercio y desarrollo.

   Al ser el sistema comunitario de preferencias arancelarias generalizadas la expresión de una nueva concepción de las relaciones comerciales internacionales que deja un amplio margen para objetivos de desarrollo, los actos de aplicación de dicho sistema corresponden al ámbito de la política comercial común. El Consejo es competente para adoptarlos en virtud del artículo 113 del Tratado y, en consecuencia, no puede basarse en el artículo 235.

INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto 45/86 *

I. Antecedentes de hecho

El sistema comunitario de preferencias generalizadas (denominado en adelante «SPG») procede de un contexto internacional. Es una aplicación unilateral y particular del modelo no obligatorio de preferencias generalizadas establecido en el marco de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), con base, sobre todo, en la Resolución nº 21 (II), de 1968.

* Lengua de procedimiento: francés.

El modelo concebido en el marco de la UNCTAD traduce una nueva concepción de las relaciones comerciales internacionales entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, dejando un amplio margen para objetivos de desarrollo. Esto explica la contradicción entre el SPG y los principios básicos del GATT, contradicción que hizo precisa una excepción específica como condición previa a la instauración del SPG en 1971. Más tarde, en 1979, una «decisión de las partes contratantes», acordada en el marco de la Tokyo Round, estableció la compatibilidad permanente de las preferencias en favor de países en vías de desarrollo con el GATT.

El SPG comunitario se estableció en 1971 para un período de diez años y se renovó en 1981. Su aplicación se rige por reglamentos anuales.

El contenido esencial del SPG comunitario viene constituido por una suspensión de los derechos de aduana que figuran en el arancel aduanero común, concedida sobre una base autónoma sin exigencia de reciprocidad, con el fin de facilitar la importación de ciertos productos procedentes de ciertos países en vías de desarrollo.

A pesar de que el sistema ha sido objeto de varias revisiones, sobre todo en lo referente a los productos afectados, a los países beneficiarios y al volumen de las preferencias, las características fundamentales no han cambiado. La suspensión de los derechos de aduana puede ser total o parcial, ya sea en el marco de un «contingente», cuyo tope es rígido, ya sea en el marco de «topes» («plafonds»), que se regulan de una manera más flexible. Los contingentes arancelarios se reparten entre los Estados miembros según claves a tanto alzado, que por lo general implican la atribución de cuotas iniciales y el derecho a disfrutar de cuotas suplementarias en una reserva comunitaria. Los «topes» son gestionados a nivel comunitario por la Comisión, la cual, según el procedimiento previsto en la mayoría de los casos, restablece la percepción de los derechos de aduana cuando se alcanzan los topes en la Comunidad. Para algunos productos existen «bases de referencia»: cuando se alcanzan, la Comisión puede restablecer los derechos de aduana, pero sólo en caso de dificultades económicas en la Comunidad. En general, los reglamentos varían según el grado de desarrollo y la competitividad de los países favorecidos y según la «sensibilidad» de los productos en cuestión.

Tres Reglamentos del Consejo adoptados el 17 de diciembre de 1985 y publicados en el DO L 352 de 30 de diciembre de 1985, aplicaron, en 1986, el SPG: el Reglamento nº 3599/85, referente a los productos industriales en general (p. 1 del citado DO); el Reglamento nº 3600/85, referente a los productos textiles (p. 107), y el Reglamento nº 3601/85, referente a los productos agrarios (p. 192) (EE 11/23, pp. 37, 143 y 228).

Este último Reglamento sobre productos agrarios, basado como había propuesto la Comisión en el artículo 43 del Tratado CEE, no es objeto del presente recurso. En cambio, la Comisión quiere que se anulen los otros dos Reglamentos que se refieren al Tratado CEE como fundamento jurídico («visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea»), mientras que la Comisión había propuesto que se añadiese «y en particular su artículo 113» (DO C 302 de 25.11.1985, pp. 1 y 97).

Desde el primer año (1971), la Comisión propuso siempre el artículo 113 del Tratado CEE como fundamento jurídico de los Reglamentos. El Consejo nunca adoptó esta propuesta y, a falta de un acuerdo sobre el fundamento jurídico concreto, la sustituyó

siempre por la fórmula anteriormente citada. Como especificó en su respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, el Consejo quería referirse, mediante dicha fórmula, a los dos artículos 113 y 235 del Tratado CEE.

II. Fase escrita y pretensiones de las partes

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 1986, la *Comisión* interpuso un recurso contra el Consejo. Solicitaba al Tribunal que:

1) con carácter principal:

   — declarase nulos de pleno derecho los Reglamentos nºs 3599/85 y 3600/85 del Consejo, de 17 de diciembre de 1985;

   — resolviese que las disposiciones de estos Reglamentos seguirán produciendo efectos hasta la entrada en vigor de los reglamentos adoptados como consecuencia de la sentencia del Tribunal;

   con carácter subsidiario:

   — declarase nula de pleno derecho la deliberación del Consejo de 17 de diciembre de 1985 por la que éste, rechazando la propuesta de la Comisión de fundamentar dichos Reglamentos en el artículo 113, utilizó en su lugar la fórmula «visto el Tratado»;

2) condenase en costas al Consejo.

El *Consejo* solicitaba al Tribunal que:

1) desestimase el recurso de la Comisión tanto en sus pretensiones principales como en las subsidiarias;

2) condenase en costas a la Comisión.

Mediante escrito presentado el 22 de mayo de 1986, la Comisión renunció a presentar escrito de réplica y solicitó al Presidente del Tribunal que decidiera dar prioridad al asunto, con arreglo al artículo 55 del Reglamento de Procedimiento. Esta solicitud fue denegada.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral del procedimiento sin previo recibimiento a prueba. No obstante, el Tribunal de Justicia formuló una pregunta al Consejo para que éste la contestara por escrito, y le requirió que aportase determinados documentos al Tribunal. Este requerimiento fue cumplimentado dentro de los plazos señalados.

III. Motivos y alegaciones de las partes

1. *En cuanto a la admisibilidad*

El *Consejo*, sin impugnar formalmente la admisibilidad del recurso, expresa sus dudas sobre la existencia real del litigio. Según él, la Comisión pretende, por este medio, obtener del Tribunal un dictamen sobre el alcance del artículo 113 del Tratado CEE. La situación es paralela, según el Consejo, a la del asunto Foglia contra Novello (244/80, sentencia de 16 de diciembre de 1981, Rec. 1981, p. 3045); falta una «necesidad objetiva inherente a la solución de un punto en litigio» *(traducción provisional)*. Se añade que la Comisión persigue un objetivo político al tratar de encontrar un fundamento jurídico que prevea un procedimiento menos laborioso, es decir, el voto por mayoría cualificada en lugar de un compromiso unánime.

El Consejo plantea también la cuestión del interés de la Comisión en ejercitar la acción, ya que es sabido que, en caso de anulación por vicio de forma, el Reglamento se reproduciría íntegramente en cuanto a su esencia. El Consejo invoca la jurisprudencia del Tribunal, según la cual un demandante no

tiene un interés legítimo en la anulación por vicio de forma cuando dicha anulación únicamente puede dar lugar a una nueva decisión idéntica respecto al fondo.

2. *En cuanto al fondo*

Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Comisión invoca dos motivos: vicio sustancial de forma y violación del Tratado. La Comisión subraya que en el presente asunto los dos motivos se funden en un solo motivo de infracción: la ausencia de un fundamento jurídico concreto que, por un lado, constituye en sí misma una infracción del artículo 190 del Tratado y que, al mismo tiempo, constituye en este caso una infracción del Tratado, puesto que implica recurrir a un procedimiento de votación por unanimidad en lugar del procedimiento aplicable según el artículo 113 del Tratado, único fundamento jurídico correcto desde el punto de vista de la Comisión.

a) *Vicio sustancial de forma*

La *Comisión* fundamenta su recurso, en primer lugar, en la infracción del artículo 190 del Tratado CEE:

«Los reglamentos, las directivas y las decisiones del Consejo y la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado.»

Esta obligación de motivar constituye, según la Comisión, un requisito fundamental del Derecho comunitario, requisito establecido sobre todo para permitir a todos los interesados el conocimiento de la fundamentación del acto de la institución y poder así controlar si se han observado las reglas de fondo, así como garantizar, llegado el caso, el ejercicio de un control judicial eficaz.

La indicación del fundamento jurídico del acto en cuestión es, según la Comisión, un elemento esencial de esta motivación. El fundamento jurídico no sólo constituye el primer escalón en la lógica de la motivación, sino que su indicación también se hace necesaria por el principio de la competencia de atribución específica de la Comunidad y de sus instituciones.

La ausencia de un fundamento jurídico preciso constituye, por tanto, según la Comisión, una infracción del artículo 190 del Tratado CEE y debe calificarse, por regla general, de vicio sustancial de forma en el sentido del artículo 173. La Comisión cita en este contexto las sentencias del Tribunal de 7 de julio de 1981 (Rewe, 158/80, Rec. 1981, p. 1833) y de 24 de octubre de 1973 (Balkan, Schlüter y Rewe, 5, 9 y 10/73, Rec. 1973, pp. 1091, 1135 y 1175). Únicamente puede hablarse de vicio no sustancial de forma en casos excepcionales, por ejemplo, cuando se trata de un simple olvido y siempre que el fundamento jurídico se desprenda de forma inequívoca del contexto. No es éste el caso en el presente asunto.

Según la Comisión, la fórmula «visto el Tratado» deja, tanto en general como en el presente caso, una total incertidumbre acerca de las disposiciones a las que realmente se refiere. Esta fórmula puede interpretarse de dos maneras: o bien se refiere a la totalidad de las disposiciones del Tratado y, por tanto, a los procedimientos previstos en las mismas, o bien se refiere a las disposiciones que podrían tenerse en cuenta en el caso concreto. En el presente asunto, podrían considerarse los artículos 28, 113 y 235, que prevén procedimientos fundamentalmente distintos, pero el fundamento jurídico exacto no se deduce del texto del Reglamento ni, por otra parte, de los debates mantenidos en el seno del Consejo.

La Comisión señala que también se ha infringido el artículo 11 del Reglamento Interior del Consejo, el cual dispone que: «Los reglamentos del Consejo incluirán [...] la indicación de las disposiciones en virtud de las cuales se ha adoptado el reglamento, precedidas de la palabra "visto".»

El *Consejo* se adhiere al análisis general del artículo 190 del Tratado CEE que hace la Comisión, pero se opone a las conclusiones de ésta sobre el fundamento jurídico. Mantiene que la jurisprudencia del Tribunal, citada por la Comisión, no es aplicable en este caso. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal sobre vicios sustanciales de forma muestra que el Tribunal rechaza toda motivación abstracta, y, en cambio, analiza caso por caso la gravedad del vicio de forma alegado. Por lo que se refiere en particular al fundamento jurídico, el Tribunal no ha anulado los actos en caso de motivación incompleta cuando los considerandos proporcionaban una información suficiente. El Consejo se remite en este sentido a las sentencias de 5 de mayo de 1981 (Dürbeck, 112/80, Rec. 1981, p. 1113) y de 28 de octubre de 1981 (Krupp/Comisión, asuntos acumulados 275/80 y 24/81, Rec. 1981, p. 2489 a 2512).

No sin lamentar que no haya podido indicarse el fundamento jurídico de un modo más preciso, el Consejo estima que la totalidad de los considerandos proporciona una información alternativa suficiente sobre los objetivos que persigue: objetivos a la vez de carácter comercial y pertenecientes a la política de ayuda al desarrollo. Durante los debates del Consejo, el representante de la Comisión, manteniendo la propuesta de referencia al artículo 113 del Tratado CEE, indicó que la Comisión opinaba que un fundamento jurídico basado en ambos artículos, 113 y 235, del Tratado CEE constituía una solución que, tanto por razones políticas como técnicas, era peor que una referencia únicamente al Tratado. Según el Consejo, esta postura de la Comisión le influyó claramente.

b) *Violación del Tratado*

La *Comisión* alega que el Consejo violó el Tratado al utilizar un fundamento jurídico general que implicaba recurrir a un procedimiento de decisión por unanimidad, cuando el artículo 113 del Tratado CEE, que permite la votación por mayoría cualificada, hubiera sido el único fundamento jurídico correcto.

El artículo 113 dispone en su apartado 1 que:

«Tras la expiración del período transitorio, 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.»

Al interpretar este artículo, la Comisión desarrolla una *teoría «instrumental»*. Según esta teoría, las medidas enumeradas de manera no exhaustiva en el apartado 1 del artículo 113 constituyen medidas, autónomas o convencionales, de política comercial *per se*, que, sea cual sea el objetivo perseguido, son de competencia comunitaria. El texto del artículo 113 no contiene, según la Comisión, ningún otro criterio adicional o restrictivo, y las medidas mencionadas regulan abierta y específicamente el comercio con terceros países.

Otras medidas, estrechamente ligadas a las mencionadas explícitamente en el artículo 113, deben incluirse también en el campo de aplicación de este artículo, por ejemplo, me-

didas auxiliares o medidas de efecto equivalente a restricciones, o gravámenes a la importación o a la exportación.

Según la Comisión, hay algunas excepciones a la regla constituida por el artículo 113. En concreto, los artículos 28 (medidas arancelarias autónomas) y 43 (medidas agrarias) del Tratado CEE prevén regímenes especiales. Para delimitar el ámbito de aplicación de estos artículos en relación con el artículo 113, debe recurrirse al principal objetivo perseguido. Esto es igualmente aplicable a las medidas que, sin regular abierta y específicamente el comercio con terceros países, afectan sin embargo a los intercambios con dichos países.

La Comisión opina que los Reglamentos a que se refiere el presente recurso deben fundamentarse únicamente en el artículo 113, puesto que regulan abierta y específicamente el comercio exterior en tanto que «modificaciones arancelarias» en el sentido de dicho artículo. El artículo 28 no es aplicable, según la Comisión, porque el objetivo de los Reglamentos no se determinó por motivos puramente internos. Si se permitiera determinar el fundamento jurídico únicamente con arreglo a consideraciones de política de desarrollo, debería ser aquél la cláusula general subsidiaria del artículo 235, a falta de disposiciones específicas en materia de política de desarrollo.

Esta tesis es contraria, según la Comisión, al texto del artículo 113, puesto que actuaciones expresamente contempladas por dicha norma quedarían sustraídas a una norma de competencia precisa.

Ello tendría además, consecuencias absurdas. A falta de un instrumento comunitario, los Estados miembros podrían determinar individualmente los regímenes de intercambios con los países en vías de desarrollo, mientras que la aplicación del artículo 113 sustrae este ámbito a la competencia de los Estados miembros, en favor de una competencia comunitaria. En caso de que el Consejo quisiera volver sobre una medida tomada en favor de esos países para hacerla menos favorable, debería fundamentar dicha modificación bien en el artículo 113 (con la consecuencia de que una medida establecida por unanimidad podría modificarse por mayoría cualificada), o bien en el artículo 235 (a pesar de que al hacer tal modificación no se hubiesen tenido realmente en cuenta consideraciones de política de desarrollo).

Por otra parte, si siempre hubiera de buscarse el objetivo final detrás de las medidas comerciales, no será ya posible una gestión coherente de la política comercial común, porque correría el riesgo de quedar vacía de contenido. El dictamen 1/78 del Tribunal, de 4 de octubre de 1979, referente al Acuerdo Internacional sobre el Caucho (Rec. 1979, p. 2871) consagró ya, en principio, la tesis de la Comisión, según ésta.

La doctrina y la práctica internacional, especialmente en la UNCTAD y en el GATT, consideran también los sistemas de preferencias generalizadas respecto a los países en vías de desarrollo como medidas de política comercial. La Comisión cita en este contexto, entre otras, una declaración del Presidente en funciones del Consejo, de 21 y 22 de junio de 1971 (Bol. CE 8-1971, p. 24).

El *Consejo* mantiene una *teoría «finalista»*. Según ésta, cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 113 cualquier actuación de la Comunidad, autónoma o convencional, que tenga por objetivo la modificación del volumen o del curso de los intercambios.

La interpretación «finalista» es coherente, según el Consejo, con el método de interpretación sistemática del Tratado, desarrollado por el Tribunal. El Consejo cita numerosas decisiones del Tribunal en los ámbitos de la política agraria común, de la política de transportes y en materia fiscal. Subraya el hecho de que también la Comisión consi-

dera necesario recurrir al objetivo perseguido cuando define —según el Consejo, arbitrariamente— las excepciones a su tesis instrumental. El criterio instrumental no es operativo puesto que subsistiría el problema de la definición misma de la noción de Comercio.

El Consejo no está de acuerdo con la interpretación que hace la Comisión del Dictamen 1/78 del Tribunal. El Tribunal no se decidió por una de las concepciones divergentes de ambas instituciones.

Aunque admite la importancia del objetivo comercial de los Reglamentos en cuestión, el Consejo considera el objetivo de política de desarrollo, igualmente perseguido, lo suficientemente importante como para no aceptar al artículo 113 del Tratado CEE como único fundamento jurídico. El aspecto de ayuda al desarrollo ha adquirido aún más importancia, sobre todo con las modificaciones del sistema que se han producido después de 1980 y que crean aún más diferencias según el grado de desarrollo de los países beneficiarios.

El Consejo niega las consecuencias que, según la Comisión, se producirían si se aplicara el artículo 235. A falta de una decisión comunitaria acerca del sistema de preferencias generalizadas, debe aplicarse el régimen común de importaciones y el arancel aduanero común. Cualquier modificación del sistema, aunque sea desfavorable, debe regirse, en su opinión, por un reglamento de la misma naturaleza que los reglamentos iniciales mientras subsista un régimen de preferencias en relación con el régimen general para terceros países.

La declaración del Presidente del Consejo de 1971, que calificaba el sistema de preferencias generalizadas de decisión tomada en materia comercial, puede explicarse, a su entender, por el hecho de que en aquella fecha la Comunidad aún no había reconocido el carácter autónomo de la política de ayuda al desarrollo como política comunitaria basada en el artículo 235 del Tratado CEE.

Por lo que respecta a la solicitud de la Comisión presentada con carácter subsidiario, o sea, a la anulación de la deliberación del Consejo por la que éste sustituyó la propuesta de la Comisión por la fórmula «visto el Tratado», el Consejo considera que dicha solicitud se basa en un análisis erróneo de la relación interinstitucional: para modificar una propuesta de la Comisión, el Consejo no tiene que resolver en dos tiempos, sino que puede modificar la propuesta y adoptar la decisión definitiva en el mismo momento.

G. C. Rodríguez Iglesias
Juez Ponente