

“EL PROCESO DE BARCELONA: Unión por el Mediterráneo y el Conflicto Árabe- Israelí. Elementos históricos.”

Lic. Naxalli Calderón Hernández

Directora de Relaciones Internacionales de A-IEEI

1. INTRODUCCIÓN

La relación de la Unión Europea (UE) con los países del mediterráneo, principalmente con aquellos del mundo árabe, ha significado desde sus orígenes un punto destacado a desarrollar y un desafío para la naciente política exterior y con especial énfasis en la defensa de los Estados Miembros (EEMM). Esto es debido a que su posición geoestratégica y su inestabilidad podrían afectar directamente los intereses de las naciones europeas así como su seguridad territorial a consecuencia de la propagación del extremismo islámico y el terrorismo.

El temido “*choque de civilizaciones*” en donde Samuel Huntington estipulaba que “*en el curso de los siglos las diferencias entre civilizaciones han sido las causantes de los conflictos más duraderos y violentos*”¹ ha generado una brecha casi insalvable entre oriente y occidente, la falta de diálogo y el desconocimiento del “*otro*” en su dimensión más radical que generó la concepción de un mundo dividido entre ideologías y esto ha derivado en una profundización del resentimiento consecuencia del desconocimiento del otro y traducido en los ataques del 11 de septiembre en Nueva York, el 11 de marzo de Madrid, la guerra en Afganistán, en Iraq y el recrudecimiento de la violencia en Cisjordania y Gaza.

La UE, al ser un claro ejemplo de que a través de la cooperación, el diálogo y el acercamiento de intereses se pueden establecer modelos democráticos que garanticen la

¹ Huntington, S.: “*El Choque de Civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*”, Paidós Surcos I, Madrid, 2005.



paz y la estabilidad de una región convulsionada en dos ocasiones por la guerra, se fijó como tarea la exportación de su modelo económico-político con el fin de encontrar una entrada progresiva hacia la democratización e institucionalización de la región de Medio Oriente y en consecuencia la pacificación de la zona inmersa desde hace más de 40 años en un contencioso con repercusiones a nivel internacional, el conflicto árabe-israelí.

En este sentido, la UE se ha centrado en lograr la implementación de la democracia en la región a través de la cooperación y el reforzamiento de tres rubros principales, la seguridad y política; la economía; y las cuestiones sociales. En el plano económico se han registrado procesos desde los años 60 a través de la firma de acuerdos de asociación en la zona, sin embargo, al no estar consolidada una armonización en las políticas exteriores de cada EEMM, los rubros político-social se encontraban a merced de los intereses nacionales.

Este artículo pretende analizar las relaciones históricas de la UE con los países del mundo árabe, en especial con aquellos involucrados en el conflicto árabe-israelí, el papel que ha jugado como mediador dentro del marco de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas (ONU), la creación de un nuevo modelo de cooperación que significa la Unión por el Mediterráneo que sustituye al Proceso de Barcelona, las implicaciones de éste y el nuevo rol que pretende jugar la UE para alcanzar un acuerdo de paz en la región en el marco del reforzamiento, gracias al Tratado de Ámsterdam, de la Política Exterior Común (PESC) y la Política de Defensa (PESD).

Se analizará como primer punto el objetivo central que quiere alcanzar la UE con la Unión por el Mediterráneo: Proceso de Barcelona (UPM) y los instrumentos que serán utilizados para alcanzarlo. Así mismo, se realizará un breve recuento histórico sobre el papel que ha jugado la UE en el conflicto árabe-israelí, las repercusiones y las luces y sombras.

De la misma forma se explicarán los objetivos del Proceso de Barcelona, su estancamiento y sucesiva reactivación denominada UPM, la reestructuración y los obstáculos a los que se enfrenta el proyecto para poder encontrar respuestas a las principales interrogantes de la investigación: ¿Puede la UE jugar un papel más activo en la mediación del conflicto árabe-israelí sin la tutela de la ONU?, ¿Cuáles serían los



mecanismos a utilizar?, ¿La puesta en marcha de un proceso de paz efectivo y duradero permitiría alcanzar la estabilidad, el crecimiento y la implantación de la democracia en la región? y ¿los intereses nacionales o históricos de cada EEMM podrán ser salvados para lograr una posición conjunta que fortalezca el liderazgo de la UE como actor de las relaciones internacionales?.

2. LA UNIÓN POR EL MEDITERRÁNEO (UpM)

2.1. Antecedentes

Crear un mecanismo de cooperación con el Mediterráneo ha estado presente en los objetivos de la UE desde su momento fundacional. Desde la firma del Tratado de Roma en 1951 y la creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), las relaciones de la Comunidad con los países del Mediterráneo estaban vinculados por los intereses unilaterales de algunos Estados Miembros como Francia hacia sus ex colonias, específicamente en la zona del Magreb² y principalmente hacia Marruecos y Túnez aludidos explícitamente en un Protocolo anexo del Tratado constitutivo³. La búsqueda de asociaciones principalmente económicas y comerciales con terceros países, estipulada en art. 3 del Tratado de Roma⁴, sentaba las bases para las diversas ampliaciones que tendrían lugar años después.

La década de los 60 presenta una oportunidad para alcanzar un acercamiento con los países del Mediterráneo que incluían aspectos tanto económico como Políticos. Por una parte, el estallido de la Guerra de *Yom-Kippur*⁵ en 1973, cuarto enfrentamiento árabe-israelí, aunado a la grave crisis financiera denominada crisis del petróleo, reunió a los representantes de la CEE y de la comunidad árabe a fin de institucionalizar el diálogo. Los intereses de la CEE eran asegurar el suministro energético para los EEMM, mientras que los Gobiernos árabes se regían por intereses políticos que se sintetizaban

² Se le llama zona del Magreb a la región norte de África y que incluye a Argelia, Libia, Marruecos, Mauritania, Túnez y Sahara Occidental. El nombre corresponde a la palabra árabe que significa “*lugar por donde se pone el sol*”.

³ Protocolo sobre las mercancías originarias y procedentes de determinados países y que disfrutaban de un régimen especial de importación en uno de los Estados miembros, Anexo IV del Tratado, páginas 461 y siguientes del volumen I, 1957.

⁴ Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, DO C 325/35.

⁵ Iniciada el 6 de octubre de 1973 y conocida también como Guerra del *Ramadán* o Guerra de Octubre, librada en la zona del Sinaí y los Altos del Golán (en disputa desde 1967).



en la demanda de una postura de no neutralidad por parte de Europa ante el conflicto en la región⁶. Sin embargo, dicha petición no pudo concretarse de manera efectiva debido a la falta de unanimidad de los EEMM ante el contencioso, dichos intereses diversos serán analizados en capítulos posteriores.

Por el lado específicamente económico, países como Marruecos y Túnez tuvieron la oportunidad de iniciar negociaciones con la Comunidad Económica Europea a fin de concretar acuerdos de asociación. En 1962 se suma al esfuerzo Argelia, tras haber conseguido su independencia de Francia. Dichos acuerdos fueron cristalizados en 1969, sin embargo eran simplemente acuerdos comerciales preferentes⁷ por un período inicial de cinco años.

La Cumbre de París de 1972 fue un importante punto de inflexión para la extensión de las relaciones con el Mediterráneo. La CEE presentó los lineamientos hacia una nueva concepción de cooperación con los países mediterráneos, que tendría como principal propósito la uniformización de los acuerdos comerciales ya suscritos con los mismos, para así expandir y liberalizar las economías de estos países e incluir cooperación técnica, social y financiera, así como el otorgamiento de ayuda financiera. Dichos lineamientos se encontraban enmarcados en la *Política Global Mediterránea* (PGM)⁸ cuya duración fue de 1972 a 1978 y que incluía la apertura de la comunidad a productos industriales y a productos agrícolas por parte de estas naciones⁹.

La situación interna de la Comunidad modificaba su concepción externa de manera significativa. En 1980 Grecia ingresaba a la CEE, mientras que las negociaciones para la adhesión de España y Portugal avanzaban de manera acelerada, hasta concretarse en 1986. Preocupada por los efectos que dichas ampliaciones tuvieron en el desarrollo de los países del Mediterráneo, principalmente en el sector agrícola, la Comisión, con la activa participación del Comité Económico y Social (CES), presentó ante el Consejo

⁶ JERCH, M.: *Democracia, Desarrollo y Paz en el Mediterráneo. Un análisis de las relaciones entre Europa y el Mundo Árabe*. Madrid 2007. Pág. 109

⁷ Acuerdo de Asociación CEE - Marruecos 27.04.1976; Acuerdo de Asociación CEE-Túnez 31.4.1976; Acuerdo de Asociación CEE-Argelia 1976.

⁸ Declaración final de la Cumbre euromediterránea de Ministros de Relaciones Exteriores de París de 1972.

⁹ JERCH, M: *Democracia, Desarrollo.....*,op. Cit., p. 109



Europeo de Estrasburgo de 1989 el proyecto titulado “*Hacia una Política Mediterránea Renovada*” (PMR)¹⁰. La PMR comenzó su operatividad en 1992 y basaba sus esfuerzos en cuatro puntos sinodales:

a) Contribuir a la mejora de la situación económica de los países Mediterráneos: A través del incremento en las ayudas financieras para “*proyectos de reformas estructurales y de desarrollo regional*”¹¹, que alcanzaban los 1.425 millones de ECU en concepto de presupuesto y 1.400 millones de ECU para los préstamos BEI¹², aunado a la renovación de los protocolos financieros existentes¹³.

b) Acciones para el Medio Ambiente: Se establece un otorgamiento de 420 millones de ECU para acciones relacionadas al medio ambiente, los recursos humanos y de cooperación regional¹⁴.

c) Reducción del impacto negativo del Mercado Único: La necesidad de estabilizar económicamente a los países del Mediterráneo radicaba en la propia seguridad de la CEE debido a que un desequilibrio de esta índole en la región podría suponer una amenaza a la territorialidad comunitaria. De esta manera la PMR incrementaba el acceso de productos mediterráneos al mercado comunitario, principalmente de productos manufacturados¹⁵.

d) Fomento de la democracia y la economía de mercado: La Comunidad asumía el deber de introducir los valores democráticos y de liberalización comercial a sus países vecinos con el fin de crear un espacio ideológico homogéneo.

La PMR insertó un nuevo elemento al diálogo euromediterráneo que se enfatizó en el Consejo Europeo de Lisboa de 1992, en su apartado 10, el elemento político. Es así

¹⁰ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estrasburgo de los días 8 y 9 de diciembre de 1989.

¹¹ JERCH, M: *Democracia, Desarrollo.....*, op. cit., p. 109

¹² DEZCALLAR, R.: *El Proceso de Barcelona y la Política de Vecindad de la Unión Europea*. V Seminario Internacional sobre Seguridad y Defensa. Fundación Cidob. Madrid 2008.

¹³ Establecidos en la *Política Global Mediterránea* incorporados en la Declaración final de la Cumbre euromediterránea de Ministros de Relaciones Exteriores de París de 1972

¹⁴ PRAT, Juan: “*La Asociación Euromediterránea ¿Quo Vadis Barcelona?*”. Monografías del CESEDEN No. 86, 2006

¹⁵ SOLER i LECHA, Eduard: “El Mediterráneo tras la Cumbre de Barcelona. La necesidad de una voluntad política ampliada”. Documentos CIDOB Mediterráneo. No. 5, 2006



como se concretaron nuevos Acuerdos de Asociación que incluían el compromiso de implantación de regímenes democráticos y el respeto a los Derechos Humanos.

2.2. *Del Proceso de Barcelona a la UPM*

2.2.1 *La Declaración de Barcelona*

Los días 28 y 27 de noviembre de 1995 tuvo lugar la I Conferencia Euromediterránea en la ciudad de Barcelona y bajo la Presidencia española de la UE, en donde fue aprobada la Declaración de Barcelona que daría inicio a un nuevo modelo político, social y económico y cultural multilateral para las relaciones entre los 15 EEMM de la Unión Europea y 12 países Terceros del Mediterráneo (PTM) representados por Argelia, Chipre, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Malta, Marruecos, Siria, Túnez, Turquía y la Autoridad Nacional Palestina (ANP). A la misma fueron invitados como observadores a los representantes de la Liga de Estados Árabes (LEA) y a los de la Unión del Magreb Árabe (UMA)¹⁶.

La firma de la Declaración de Barcelona daba paso a un nuevo mecanismo de cooperación ya establecido por el Consejo Europeo de Lisboa de 1992, de Corfú de 1994, de Essen del mismo año y explicitado con más detenimiento en el Consejo Europeo de Cannes de 1995. Según las conclusiones finales de la Presidencia del Consejo Europeo de Cannes “*la Unión Europea está decidida a definir un esquema duradero de relaciones con los países de la cuenca mediterránea, dentro de un espíritu de asociación*” y establecía como principal objetivo la creación de un área común de paz, estabilidad y prosperidad, con lo que introducía nuevos elementos de cooperación global y solidaridad.

La Declaración de Barcelona se realizó siguiendo el modelo establecido de la Declaración de Helsinki de 1975¹⁷ y no es jurídicamente vinculante, sólo un documento político. El preámbulo de Declaración propone avanzar del *bilateralismo clásico* que ha

¹⁶http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/mediterranean_partner_countries/r15001_es.htm: Consultado el 3 de junio de 2009

¹⁷ Adoptada en el marco de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa.



caracterizado las relaciones euromediterráneas y dar una nueva dimensión¹⁸. El Proceso de Barcelona se encuentra sustentado en tres pilares principales:

a) La Asociación¹⁹ Política y de Seguridad.- Cuya finalidad es la de establecer un área común de paz y estabilidad²⁰. Esta es la piedra angular del Proceso mismo, es la aportación que la UE ha buscado ofrecer tanto a nivel interno como externo desde su fundación. Esta área común deberá basarse en el respeto a los Derechos Humanos²¹ (DDHH) contenido en el Derecho internacional, en la Carta de la ONU y en la Declaración Universal de los DDHH. De igual manera hace hincapié en la necesidad de adoptar medidas contra el racismo y la xenofobia. La Declaración de Barcelona estipula también que esta área común de paz y estabilidad deberá estar cimentada en un Estado de Derecho y la adopción y respeto a la democracia en sus sistemas políticos, otorgando sin embargo, el derecho a cada Estado de elegir y desarrollar libremente sus propios sistemas políticos, sociales, culturales económicos y judiciales²². Como se puede observar, los compromisos señalados son muy generales y no estipulan forma o instrumentos a utilizar para alcanzarlos, con lo que se evita generar objetivos muy ambiciosos que puedan, en caso de fracasar, concluir abruptamente el proceso.

La Declaración también estipula en este apartado la importancia de desarrollar medidas que mejoren la confianza entre las partes, incluido el respeto a la integridad territorial, no intervención en asuntos internos, resolución pacífica de controversias, combate al terrorismo, al crimen organizado y al tráfico de drogas. Finalmente fijan un interés esencial de los Estados en la actualidad, el control de armas y la no proliferación de armas de destrucción masiva, en Medio Oriente principalmente.

La Asociación Política y de Seguridad no podría funcionar de manera adecuada si detrás de ella no existiera un eficaz sistema institucional que incluye reuniones regulares de altos funcionarios de los países participantes celebradas como regla general cada dos

¹⁸ Declaración final de la Conferencia ministerial euromediterránea de Barcelona de los días 27 y 28 de noviembre de 1995 y su programa de trabajo.

¹⁹ También se puede utilizar la palabra Partenariado

²⁰ Declaración final de la Conferencia ministerial euromediterránea de Barcelona de los días 27 y 28 de noviembre de 1995 y su programa de trabajo

²¹ Con este término incluye la Libertad de Expresión, Libertad de Asociación y Libertad de Pensamiento, Religión e Ideología Política.

²² Declaración final de la Conferencia ministerial euromediterránea de Barcelona de los días 27 y 28 de noviembre de 1995 y su programa de trabajo



meses en Bruselas²³. A pesar de la estructura de dicha asociación, ha sido una de las más difíciles de llevar a cabo, y está directamente relacionado con el Proceso de paz árabe-israelí como será analizado en el capítulo siguiente.

b) La asociación Económica y Financiera.- A fin de crear un área común de paz y estabilidad es indispensable contar con un zona de prosperidad obtenida a través del desarrollo económico-social sostenible y equilibrado²⁴. El principal objetivo de esta Asociación es el establecimiento de una zona de libre comercio para el 2010. La creación de esta zona se llevaría a cabo de forma gradual con la progresiva eliminación de obstáculos al comercio (arancelarios y no arancelarios) principalmente para los productos manufacturados²⁵. Con respecto a los productos agrícolas y servicios se estipula que su liberalización se llevará a cabo por etapas negociadas con los actores involucrados.

Para llevar a cabo de manera eficaz el área de libre comercio euromediterráneo, la Declaración fija cuatro objetivos principales:

- La adopción de medidas necesarias como reglas de protección del derecho intelectual, derechos de propiedad industrial, certificación, entre otros;
- La búsqueda y desarrollo de políticas basadas en los principios de la economía de mercado;
- El ajuste y la modernización de las estructuras económicas y sociales, otorgando un papel de suma relevancia al desarrollo del sector privado considerado como fuente del progreso económico de estas economías;
- La promoción de mecanismos para la transferencia de tecnología²⁶.

La Asociación Económica y Financiera busca el incremento de la cooperación económica y las acciones concertadas a través de la promoción de la inversión extranjera directa, el apoyo a las pequeñas y medianas industrias (PyMES), la

²³ Senior Official's Meeting on Political and Security Questions.

²⁴ Declaración final de la Conferencia ministerial euromediterránea de Barcelona de los días 27 y 28 de noviembre de 1995 y su programa de trabajo

²⁵ Anterior a la Declaración de Barcelona existían ya acuerdos de libre comercio con los países de la zona. Crear una zona de libre comercio euromediterránea consistiría en convertir este unilateralismo en libre acceso bilateral.

²⁶ Declaración final de la Conferencia ministerial euromediterránea de Barcelona de los días 27 y 28 de noviembre de 1995 y su programa de trabajo



conciliación entre el desarrollo económico y los problemas de medio ambiente, y hace especial énfasis en la necesidad de promover la participación activa de la mujer en la vida social y económica²⁷.

Con lo que respecta a la cooperación financiera hace hincapié en la necesidad de aumentar la asistencia económica que la UE otorga a los PTM, que según lo estipulado en el Consejo Europeo de Cannes se efectuaría en el marco de una cooperación plurianual. Para el período 1995-1999 se acordó otorgar €4,685 millones²⁸ de asistencia. Asimismo se establecieron préstamos suplementarios gestionados por el Banco Europeo de Inversión (BEI).

Cabe señalar que de acuerdo a lo estipulado en el Reglamento (CE) N° 1488/96 de 23 de julio de 1996 relativo a las medidas de acompañamiento financieras y técnicas (MEDA) de las reformas de las estructuras económicas y sociales en el marco de la colaboración euromediterránea²⁹, el instrumento para la implantación de la Asociación Económica y Financiera de la Unión Euromediterránea desde ese mismo año son los programas MEDA³⁰. Dichos programas sustituyen “*los distintos protocolos financieros bilaterales existentes con los países de la cuenca mediterránea*”³¹ y coordinan sus actuaciones con el BEI, el Banco Mundial y los programas bilaterales de los EEMM de la UE. De igual manera, los proyectos del BEI forman parte de esta Asociación Económica y financiera³².

c) Asociación en los ámbitos Social, Cultural y Humano.- Esta cooperación está centrada básicamente en la promoción del entendimiento entre culturas y sociedades civiles. Se reitera el compromiso de los actores involucrados de crear un diálogo

²⁷ RHEIN, E: *Euro-Med Free Trade Area for 2010: Who will it Benefit?*, en: The Journal of North African Studies, 3 (2), 1998.

²⁸ Declaración final de la Conferencia ministerial euromediterránea de Barcelona de los días 27 y 28 de noviembre de 1995 y su programa de trabajo.

²⁹ Reglamento (CE) N° 1488/96 de 23 de julio de 1996 relativo a las medidas de acompañamiento financieras y técnicas (MEDA) de las reformas de las estructuras económicas y sociales en el marco de la colaboración euromediterránea publicado en el DOCE N° L 189/1 del 30.7.96.

³⁰ MEDA I fue puesto en marcha en 1996 y modificado en 2000 (MEDA II) y se inspira en los programas Phare y Tacis, en particular, en términos de transparencia e información.

³¹ Reglamento (CE) N° 1488/96 de 23 de julio de 1996 relativo a las medidas de acompañamiento financieras y técnicas (MEDA) de las reformas de las estructuras económicas y sociales en el marco de la colaboración euromediterránea.

³² http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/mediterranean_partner_countries/r15006_es.htm : Consultado el 3 de junio de 2009.



intercultural que se enfoque el respeto y reconocimiento mutuo, así como un diálogo entre religiones. De igual manera establece la necesidad de reforzar la cooperación en la lucha contra la corrupción, el crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo. Se hace énfasis en el papel que pueden jugar los medios de comunicación para lograr estos objetivos y se enmarca la necesidad de eliminar el racismo, la xenofobia y la intolerancia de las sociedades euromediterráneas.

2.2.2 Logros previos a la UpM: Evolución y Plan de Acción de Valencia

El Proceso de Barcelona estableció las bases para el diálogo euromediterráneo, y a pesar de los obstáculos que ha enfrentado desde su creación hasta el momento actual ha definido claramente las líneas de actuación y estructura para su desarrollo. En este sentido, el avance más significativo de la Declaración de Barcelona se ha consolidado en la construcción de un sistema institucional, similar al existente en la misma UE aunque no se da la cesión de competencias, que garantiza su representación política permanente y que genera una identidad regional euromediterránea.

De esta forma las instituciones más exitosas e importantes de este proceso son las Conferencias Euromediterráneas de Ministros de Asuntos Exteriores³³, cuya labor es monitorear los avances fijados en la Declaración de Barcelona y subsecuentes modificaciones y actualizaciones. Dichas conferencias son preparadas por el comité Euromediterráneo, que está a cargo de la Presidencia en turno de la UE. El Comité elabora las pautas para las Conferencias en base a los resultados de las reuniones regulares de altos funcionarios de los países participantes (*Senior Official level*), de las reuniones *ad hoc*, y del intercambio de experiencias e información. La Comisión Europea funge como representante de los EEMM para controlar la evolución del Proceso y coordinar las comisiones bilaterales y multilaterales³⁴. De igual manera están institucionalizadas las conferencias sectoriales como la de Ministros de Cultura; de Turismo; de Comercio; entre otras, las reuniones del Comité y de los Altos funcionarios.

³³ También conocidas como Conferencias de seguimiento (Follow-up conferences)

³⁴ JERCH, M.: *Democracia, Desarrollo.....*, op. cit. P. 56



La Asamblea Parlamentaria Euromediterránea (APE) forma parte también del complejo institucional del Proceso de Barcelona. Nace como un Foro Euromediterráneo con reuniones periódicas³⁵ hasta que en 2003, en su quinta edición en Nápoles se propone su transformación a Asamblea. En enero de 2004 se elabora el reglamento de funcionamiento y en marzo de ese año queda constituida la APE con sede en Atenas³⁶. Actualmente la APE cuenta con 240 miembros de los cuales 120 representan a los países mediterráneos y 120 a los EEMM de la UE, incluida representación del Parlamento Europeo³⁷. La Presidencia de la APE será anual y por rotación de los integrantes de la llamada “*Mesa de la APE*”³⁸.

A nivel bilateral se han establecido instituciones cuya misión es la implantación de acuerdos específicos con los países del Mediterráneo como los Consejos Bilaterales de Asociación, los Comités de Asociación y los Subcomités.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 (11-S) y las subsecuentes guerras en Afganistán e Irak, esta última que generó una profunda crisis en la seno de la UE, y el recrudecimiento del conflicto árabe-israelí, llevaron a replantear los objetivos del Proceso de Barcelona y otorgarles una dimensión más amplia y definida. En este contexto se llevo a cabo la V Conferencia Euromediterránea de Ministros de Asuntos Exteriores los días 22 y 23 de abril de 2002 en Valencia³⁹. Durante dicho encuentro el Gobierno de España propuso el establecimiento de un Plan de Acción “*para el diálogo político reforzado, el desarrollo de una mayor cooperación económica, comercial y financiera, y un énfasis renovado en las dimensiones social, humana y cultural*”⁴⁰.

El Plan seguía la lógica de la Declaración de Barcelona de 1995 y establecería una nueva relación entre la UE y los países del Mediterráneo basada en un contexto político

³⁵ Malta 1997; Bruselas 1998; Bruselas 2001; Bari 2002; Nápoles 2003.

³⁶ Anuario del Mediterráneo 2003, Fundación CIDOB, España.

³⁷ En Congreso de los Diputados, España: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Internacional/Asambleas%20P/Asamblea%20APEM/GeneralAPEM>: Consultada el 6 de junio de 2009

³⁸ La Mesa de trabajo estará compuesta por cuatro miembros: un Presidente y tres vicepresidentes, los cuales serán designados por los representantes mediterráneos (2), por los EEMM de la UE (1) y por el Parlamento Europeo (1)

³⁹ Con la ausencia de Siria y Líbano, quienes manifestaron su descontento por la participación israelí y la incapacidad de la UE a fijar una postura sobre el conflicto árabe-israelí.

⁴⁰ Declaración final de la V Conferencia Euromediterránea de Ministros de Relaciones Exteriores de los días 22 y 23 de abril de 2002 en Valencia, España.



por demás pesimista para el diálogo entre culturas. En este sentido se establecen nuevas prioridades al Partenariado en sus tres ámbitos de aplicación:

a) La Asociación Política y de Seguridad.- En este rubro se hace un llamado al diálogo efectivo en asuntos políticos y de seguridad, incluyendo la PESD; Se establece la necesidad de consolidar la democracia en los países mediterráneos, el respeto a los Derechos Humanos, y se hace un especial énfasis en la pronta adopción de la Carta para la paz y estabilidad en la región euro-mediterránea. Dicha Carta, inicialmente denominado Pacto de Estabilidad, fue establecida en la Comunicación de la Comisión, del 19 de febrero de 1997, como el “*mecanismo institucional de diálogo y de prevención de crisis*”, y como el “*objetivo principal de la sección sobre política y seguridad de la asociación euro-mediterránea*”⁴¹.

El Plan de Acción de Valencia hace especial hincapié en el diálogo y la cooperación contra el terrorismo dadas las condiciones políticas tras el 11-S. En este sentido, los 27 socios Euromediterráneos se comprometen a reconocer el papel de la ONU en la lucha contra el terrorismo y a la aplicación de las Resoluciones, principalmente la 1373⁴² y 1390⁴³ del CSONU, así como las Convenciones Internacionales. De igual manera se estipula la renovación del mandato del Grupo *ad hoc* sobre terrorismo y la activación de una red euromediterránea de puntos de contacto para la lucha contra el terrorismo.

En lo que a Cooperación política y de seguridad se refiere, el Plan pretendía dar una nueva dirección al contexto internacional que se encontraba inmerso en el proceso de “*choque entre civilizaciones*”⁴⁴ propuesta por Arnold J. Toynbee⁴⁵ y desarrollada más tarde por Samuel Huntington (1993). Las civilizaciones, arraigadas a su religión, se enfrentaban entre si, negando la posibilidad de diálogo y entendimiento y desencadenando atentados como el 11-S, 11-M, así como el recrudecimiento de la violencia en Palestina. Ante este panorama, el Plan de Valencia proponía superar

⁴¹ MARQUINA, Antonio. “*Los Planteamientos de la Declaración de Barcelona*” Revista CIDOB d’afers internacionals. No. 37 (1997). También incluida en la Declaración final de la II Conferencia Euromediterránea de Ministros de Relaciones Exteriores de los días 15 y 16 de abril de 1997 en Malta.

⁴² Resolución 1373 (2001) CSONU S/RES/1373 Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

⁴³ Resolución 1390 (2002) CSONU S/RES/1390 Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4452ª sesión, celebrada el 16 de enero de 2002.

⁴⁴ Huntington, S.: “*The Clash of Civilizations?*”, Foreign Affairs No. 72/3, 1993. Págs. 22 a 28.

⁴⁵ En los doce volúmenes de su obra “*Un Estudio de la Historia*” escritos entre 1934 y 1961.



prejuicios y malentendidos conceptuales y terminológicos, desarrollar mecanismos de Diplomacia preventiva, elaborar conceptos nacionales de prevención de conflictos⁴⁶.

En el plano institucional, la asociación política y de seguridad cuenta, desde 1996, con la red EuroMeSCo⁴⁷ cuyo propósito es promover la cooperación entre institutos de investigación dedicados a temas mediterráneos de seguridad y política.

b) La asociación Económica y Financiera.- Según lo establecido en la Declaración de Barcelona, el objetivo principal de esta asociación es la creación de una zona de libre comercio euromediterránea en 2010. En la Conferencia de Valencia se pudieron apreciar los logros alcanzados en esta materia, al observar que desde finales de 1997 más de la mitad del comercio de los PTM con la UE se realizó bajo condiciones de libre comercio⁴⁸. De igual manera se estipula la importancia de la introducción del concepto de reciprocidad contractual de los Acuerdos de Asociación⁴⁹.

Al respecto de los Acuerdos de Asociación se reafirmó el compromiso de ampliar dichos acuerdos a los socios Euromediterráneos y continuar los avances en el Proceso de Agadir⁵⁰. De igual manera se instó a la creación de un Grupo de Trabajo sobre Medidas Comerciales dedicado a la integración regional y cuya tarea es la de aplicar un Plan sobre Comercio y Facilitación de la Inversión⁵¹.

Sobre la cooperación financiera, el Plan de Acción de Valencia incluye como propuestas el establecimiento de una sección de Inversión Reforzada en el seno de la BEI, así como una oficina de representación de la misma en la zona. También se apostó por la creación de un Banco Euromediterráneo que promueva la inversión y el desarrollo de la región, propuesta que hasta la fecha no ha sido cristalizada. El Plan incluía también propuestas de proyectos de transportes vinculados a las redes trans-

⁴⁶ Declaración final de la V Conferencia Euromediterránea de Ministros de Relaciones Exteriores de los días 22 y 23 de abril de 2002 en Valencia, España.

⁴⁷ http://www.euromesco.net/index.php?option=com_frontpage&Itemid=1&lang=en

⁴⁸ RHEIN, E: *Euro-Med Free Trade Area for 2010: Who will it Benefit?*, en: *The Journal of North African Studies*, 3 (2), 1998.

⁴⁹ LEFFLER, C. y BASSOLS, A: “*The second chapter of the Euromediterranean Partnership: Free Trade and Free Societies*”, en: HULDT, B. et al, 2002.

⁵⁰ Acuerdo firmado en 2004 por los Gobiernos de Marruecos, Túnez, Egipto y Jordania que sirve como apoyo fundamental a la integración en el Mediterráneo.

⁵¹ Declaración final de la V Conferencia Euromediterránea de Ministros de Relaciones Exteriores de los días 22 y 23 de abril de 2002 en Valencia, España.



europeas, integración de las infraestructuras de telecomunicaciones, así como la cooperación en materia de navegación por satélite (GALILEO). De igual manera se estipula el lanzamiento del Programa de Mercado interior Euromed, una red virtual de administraciones para gestionar los flujos de información en el Área de Libre Comercio, cooperación para el desarrollo tecnológico a través del programa EUREKA y el desarrollo del comercio electrónico en el marco del programa EUMEDIS.

A nivel institucional, en 1996 MEDSTAT fue oficialmente emprendido con un presupuesto total de € 20 millones y con el principal propósito de reunir las estadísticas nacionales de los PMT y armonizarlas para su fácil utilización y análisis. La primera fase del programa, MEDSTAT I, funcionó de 1996 a 2003 y en 2006 fue aprobado el programa MEDSTAT II con un presupuesto de € 30 millones⁵². De igual manera se creó, formalmente en 2005⁵³, una red de instituciones económicas que lleva a cabo reuniones e investigaciones económicas sobre el proceso euromediterráneo, llamada FEMISE⁵⁴.

c) Asociación en los ámbitos Social, Cultural y Humano.- A pesar de que este rubro ha sido considerado por algunos actores como el más débil de la Declaración de Barcelona, ha tenido una evolución significativa desde el 11-S y las subsecuentes guerras de Afganistán e Irak. La UE ha enfocado sus esfuerzos al diálogo intercultural como medida para detener el pesimista *choque entre civilizaciones* descrito por Huntington.

De esta manera, durante la V Conferencia Euromediterránea de Ministros de Asuntos Exteriores en Valencia en 2002 se ampliaron los contenidos de la misma que incluía la aprobación de un Documento Marco para la cooperación en el campo de la Justicia basado principalmente en la lucha contra las drogas, el crimen organizado y el terrorismo, junto con la cooperación en los principales temas de inmigración y desplazamiento de personas. El principal énfasis realizado durante esta Conferencia fue el desarrollo del entendimiento mutuo, el diálogo intercultural y el combate a ideas falsas y estereotipos, es decir, la creación de un Plan de Acción sobre el Diálogo entre

⁵² Página Oficial MEDSTAT: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/medstat/introduction>

⁵³ FEMISE funcionaba desde 1997 coordinada a través del Instituto del Mediterráneo en Francia y el Foro de Investigación Económica del Cairo.

⁵⁴ <http://www.femise.org/>



Culturas y Civilizaciones, que incluyera a la juventud, la educación y los medios de comunicación.

En este contexto, y retomando lo estipulado en la Conferencia Euromediterránea de Ministros de Asuntos Exteriores celebrada en Nápoles en diciembre de 2003 se decidió la creación de la Fundación Ana Lindh⁵⁵ para el diálogo de las culturas con sede en Alejandría. Dicha fundación serviría como instrumento para unir a las sociedades de ambas orillas en un diálogo real y efectivo con cooperación equitativa⁵⁶.

De igual manera, y gracias a este impulso en la asociación sociocultural se han establecido ya programas y proyectos regionales MEDA enfocados a los principales objetivos arriba señalados como Audiovisual Euro-med⁵⁷, CinemaMED⁵⁸, Patrimonio Euro-med⁵⁹, Campo Arqueológico para la juventud⁶⁰, Programa Jóvenes⁶¹, Periodistas Euro-MED⁶², así como distintos foros civiles como la Plataforma para organismos no gubernamentales Euro-Med⁶³, cumbres y Consejos.

2.2.3 La UpM: Una década del Proceso de Barcelona y la contribución francesa

Los días 27 y 28 de noviembre de 2005 los líderes Euromediterráneos se reunieron en Barcelona para celebrar diez años de la adopción de la Declaración de Barcelona. Celebración empañada por un estancamiento en la cooperación entre regiones, marcada directamente al *impasse* en las negociaciones de paz al conflicto árabe-israelí. Como novedad se presentaba la recién creada Política Europea de Vecindad (PEV) que serviría como complemento para el Proceso de Barcelona, así como el reforzamiento de la PESD.

⁵⁵ Ex ministra de Relaciones Exteriores de Suecia, señalaba como la posible sucesora del primer ministro, Goran Persson, asesinada en 2003.

⁵⁶ Declaración final de la Conferencia Euromediterránea de Ministros de Relaciones Exteriores de los días 2 y 3 de diciembre de 2003 en Nápoles, Italia.

⁵⁷ Programa regional para la cooperación en cine, teatro y radio, lanzado en enero de 2006. <http://www.euromedaudiovisuel.net/>

⁵⁸ Festival de Cine Mediterráneo. <http://www.cinemamed.be/>

⁵⁹ Cooperación para patrimonio cultural, establecido en 1998 con un presupuesto inicial de € 57 millones. <http://www.euromedheritage.net/>

⁶⁰ <http://www.rehabimed.net>

⁶¹ Programas de Acción integrales para jóvenes, establecido en 1999. <http://www.euromedyouth.net/english,002>

⁶² <http://www.eu4medjournalists.eu>

⁶³ Aprobada en 2004. <http://www.euromedplatform.org>



La PEV había sido lanzada en 2004 como mecanismo de cooperación inicialmente pensada para los países del Este y sus futuras ampliaciones en el marco de la UE, con el objetivo de “*consolidar la estabilidad y la seguridad y el bienestar para todos*”⁶⁴. Se decide su complementariedad con el Proceso de Barcelona, por considerar que reforzaría la actuación de la UE principalmente en el campo económico, sin embargo se establece que no sustituiría lo ya conseguido en 10 diez años de Partenariado.

La Comisión Europea había propuesto la realización de una Cumbre al más alto nivel que incluyera el establecimiento de compromisos y daría un impulso político al Proceso, a diez años de su creación. A esta propuesta se sumo el recién electo Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, quien ya había establecido la reactivación del Proceso como objetivo de campaña electoral⁶⁵. Durante la Reunión Ministerial de noviembre de 2004 en la Haya, se acordó acoger favorablemente la propuesta conjunta, así como declarar el 2005 como el “*Año del Mediterráneo*”. A pesar de la labor, a la Cumbre Euromediterránea asistieron los Jefes de Estado y de Gobierno de los EEMM de la UE, así como los de la ANP y Turquía. Mientras que el resto de los países mediterráneos se ausentaron por diversas razones enviando a representantes, muchos analistas calificaron esta ausencia como un “boicot árabe”

Durante el encuentro en Barcelona, los Jefes de Gobierno de los EEMM y del Mediterráneo propusieron la realización de un “*Programa de Trabajo de Cinco Años*”, la implementación de los programas, de los Acuerdos de Asociación y de los Planes de Acción de la PEV contenidos en el mismo estarían a cargo del MEDA, por el Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación (IEVA) por contribuciones bilaterales de los EEMM y por el FEMIP⁶⁶. El programa continuaba con el principal objetivo de crear un área de paz, seguridad y prosperidad a través de la cooperación nacional y regional, del reforzamiento del Estado de Derecho, de la democracia y del respeto a los

⁶⁴ Página Oficial de la Unión Europea sobre la Política Europea de Vecindad: http://ec.europa.eu/world/enp/policy_es.htm

⁶⁵ BARBÉ, Esther y SOLER i LÉCHA, Eduard. “*Barcelona + 10: Spain’s Relaunch of the Euro-Mediterranean Partnership*”. *International Spectator*. Vol. 40, No. 2 (2005). P. 85-98.

⁶⁶ Declaración final de la Conferencia Euromediterránea de los días 27 y 28 de noviembre de 2005 en Barcelona, España y su Programa de Trabajo de Cinco Años.



DDHH⁶⁷. De igual manera se reafirmaba el compromiso euromediterráneo de trabajar de manera conjunta para alcanzar una solución justa y duradera al conflicto árabe-israelí.

En el ámbito de la Asociación Política y de Seguridad, se subrayó la necesidad de extender el pluralismo político y la participación de los ciudadanos, principalmente mujeres y jóvenes, en un ambiente político competitivo que incluya la realización de elecciones justas y libres, la descentralización gubernamental y el respeto a la libertad de expresión y de asociación. Para alcanzar estos objetivos, la UE se comprometía a apoyar las reformas políticas en concordancia con las prioridades nacionales con programas financieros complementarios acordes a los avances logrados en cada país mediterráneo. Asimismo, el Programa incluía la inclusión del un Código de Conducta sobre el terrorismo acordado entre todos los socios del Proceso⁶⁸.

En lo que respecta al ámbito de Asociación Económica y financiera, los participantes a la Cumbre resaltaron la necesidad de crear más oportunidades de empleo en la región, a fin de disminuir los niveles de pobreza y reducir la brecha en los PNB por país⁶⁹. De igual manera se enfatizó como objetivo la atracción de inversión extranjera directa, la cooperación entre instituciones financieras, la consolidación de la estabilidad macroeconómica y la mejora en los sistemas de protección social en la zona. Con el fin de alcanzar estos objetivos, se propuso la elaboración de una hoja de ruta para la implementación, en el 2010, de una zona de libre comercio que incluiría la progresiva liberalización del comercio, especialmente en el sector agrícola, de productos manufacturados, y de pesca⁷⁰. La liberalización del sector servicios se llevaría a cabo conforme lo estipulado en el Protocolo Marco firmado en Estambul en 2004⁷¹. En el

⁶⁷ Como lo estipulaba la Declaración de Túnez aprobada por los Estados de la Liga Árabe el 23 de mayo de 2004.

⁶⁸ Euro-Mediterranean Code of Conduct on Countering Terrorism, Bruselas, 28 de noviembre de 2005, 15075/05

⁶⁹ Comunicación de la Comisión Europea “Décimo Aniversario de la Asociación Euromediterránea: un Programa de Trabajo para afrontar los desafíos de los cinco próximos años” (12/04/2005). http://europa.eu.int/comm/external_relations/euromed/barcelona_10/docs/10th_comm_en.pdf

⁷⁰ Comunicación de la Comisión Europea “Décimo Aniversario de la Asociación Euromediterránea: un Programa de Trabajo para afrontar los desafíos de los cinco próximos años” (12/04/2005).

⁷¹ Protocolo Marco sobre Servicios” adoptado por la Conferencia Euromediterránea de Ministros de Comercio en Estambul en julio de 2004



mismo tener se acordó la entrada en vigor del Protocolo Paneuromediterráneo sobre Reglas de Origen⁷².

Para la Asociación en los ámbitos Social, Cultural y Humano se le dio especial énfasis a la educación. Se fijó como objetivo reducir el porcentaje de analfabetismo en la región para 2010, asegurar el acceso a la educación de manera equitativa para hombres y mujeres y alcanzar los niveles estándares educativos internacionales. Pocas semanas antes de celebrarse la Cumbre de Barcelona, representantes de la sociedad civil organizada se reunieron en Málaga para elaborar una evaluación de los 10 años del Proceso de Barcelona que sirvió como base a lo establecido en la Declaración final de la Cumbre de aniversario. De esta misma reunión se preparó una encuesta realizada por el IEMed titulada “*Diez años del Proceso de Barcelona, la sociedad civil opina*” en la que se observó que si bien el Proceso era fuertemente criticado por su pasividad, se encontraban muchos puntos destacados que debían ser rescatados para la continuidad del mismo⁷³.

Tras la Cumbre de Barcelona y los diversos intentos para reactivar el Proceso, el Gobierno francés declaraba la necesidad de “*relanzar y revitalizar*” el Partenariado. En este sentido, en un comunicado de prensa del 28 de noviembre de 2005, Francia mencionaba que “*si bien el Proceso de Barcelona era globalmente positivo, la Declaración no ha sido aplicada íntegramente*”⁷⁴. A estas declaraciones se sumaron otras de desencantó con el progreso del Proceso de Barcelona, La VIII Conferencia Euromediterránea de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Tampere en noviembre de 2006 no presentaba novedades de mayor importancia y se centraba en la necesidad de cooperación y diálogo.

Ante este panorama poco optimista, en 2007, Nicolás Sarkozy, en campaña presidencial francesa, propuso como objetivo de campaña relanzar la cooperación euromediterránea, estancada en esos momentos, a través de un proyecto titulado: Unión por el Mediterráneo (UpM). Su llegada al poder supuso un cambio radical en las relaciones euromediterráneas posicionándolas en un lugar primordial en la agenda del nuevo

⁷² Aprobado en la Conferencia Euromediterránea de Ministros de Comercio de julio de 2003 en Palermo.

⁷³ SOLER i LECHA, Eduard. “*El Mediterráneo tras la cumbre de Barcelona....., op. cit.*”, p. 11

⁷⁴ Ministerio de Asuntos Exteriores Francia: www.diplomatie.gov.fr



mandatario. Sarkozy afirmaba que el fracaso del Proceso de Barcelona se debía, entre otras cosas, a que era un proceso controlado desde las instituciones europeas lo que restringía una completa participación de las partes, e instaba a las partes a dar un nuevo impulso de cooperación, un “*Mediterráneo para los mediterráneos*”.

Sarkozy buscaba con esto crear una institución internacional que reuniera a los socios ribereños, dejando al margen a los socios comunitarios que no tuvieran salida al Mediterráneo⁷⁵. La UpM propuesta por Francia, y modificada⁷⁶ posteriormente para convertirse en propuesta franco-alemana, tiene como principal objetivo ser un mecanismo complementario al Proceso de Barcelona y a la PEV, logrando “*solidaridades concretas*” y “*proyectos pragmáticos en un marco de geometrías variables*”⁷⁷.

El 11 de marzo de 2008 la propuesta franco-alemana es enviada para revisión al Consejo Europeo, con la intención que todos los EEMM puedan aportar iniciativas al nuevo proceso. El gobierno español propone el nombre “*Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo*” (PB: UpM) para enfatizar que esta sería una política complementaria y que no sustituye lo alcanzado en 13 años del Proceso de Barcelona. La Comisión presentó, en Bruselas el 20 de mayo de ese año, una comunicación en donde estipulaba la estructura institucional de la UpM a presentarse en la Cumbre de París. La Comisaria Europea de Relaciones Exteriores, Benita Ferrero-Waldner, encargada de redactar el informe de la Comisión al PE y al Consejo, aseguró que el PB: UpM significaría un nuevo impulso mejor institucionalizado de la política euromediterránea, que retomaría las bases del diálogo y la cooperación para alcanzar la paz, el desarrollo y la prosperidad en la región⁷⁸.

⁷⁵ Extracto de nota del diario español, El País, del 13 de julio de 2008: http://www.elpais.com/articulo/internacional/cumbre/Paris/concluye/nacimiento/Union/Mediterraneo/elpepuint/20080713elpepuint_11/Tes

⁷⁶ Ante las fuertes críticas del Gobierno de la Canciller Angela Merkel quien estaba en contra de crear un organismo al margen de la UE como lo pretendía el proyecto inicial.

⁷⁷ Discurso del Presidente francés, Nicolás Sarkozy sobre la UpM. Palacio Royal Marshan, Tánger 23 de octubre de 2007.

⁷⁸ Extracto de nota del diario español, El País, del 13 de julio de 2008: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Barcelona/candidata/ser/sede/hay/otras/elpepuint/20080713elpepiint_2/Tes



El 13 de julio de 2008, bajo la co-presidencia del Presidente francés Nicolás Sarkozy y su homólogo egipcio, Hosni Mubarak, los 39 Jefes de Estado y de Gobierno del Partenariado euromediterráneo, junto con el Presidente de la Comisión Europea, José Manuel Durao Barroso; el Alto Representante de la PESC y Secretario General del Consejo de la Unión Europea, Javier Solana; y el Secretario General de la ONU, Ban Ki-Moon, se reunieron en París para adoptar la Declaración de París por la cual se crea el PB: UpM. Dicha iniciativa mantendría los principios de creación de un área de paz, estabilidad y seguridad basada en una cooperación multilateral con vistas a una integración regional y cohesión⁷⁹.

Asimismo la Unión por el Mediterráneo mantendría los tres apartados de asociación estipulados en la Declaración de Barcelona, el Programa de Trabajo de Cinco años adoptado en 2005, y lo establecido en las conclusiones de las Cumbres Ministeriales y Euromediterráneas de Ministros de Asuntos Exteriores. De igual manera el objetivo de establecer una zona de libre comercio para 2010 permanece como punto principal en el desarrollo de la cooperación.

A la cumbre de París se invitó los países ribereños de Mónaco, Libia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina y Croacia, que no son miembros del Partenariado, pero que formarían parte del Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo, sin embargo no fue establecido si estos países se incluirían en lo estipulado en la Declaración de Barcelona. La Liga Árabe, presidida por Amr Moussa, fue invitada también a incrementar su participación en el Proyecto.

El PB: UpM establece estructuras permanentes a fin de lograr una mayor institucionalización del Proceso, así como mayor visibilidad⁸⁰. Habrá una copresidencia rotatoria compartida entre europeos y mediterráneos, de igual manera se creará un Secretariado permanente con estatus autónomo, encargado de adquirir y gestionar la financiación pública y privada de los proyectos⁸¹, además de contar con el apoyo financiero de MEDA, del IEVA, de contribuciones bilaterales de los EEMM y del

⁷⁹ Declaración Conjunta de la Cumbre Mediterránea celebrada en París el 13 de julio de 2008.

⁸⁰ Extracto de nota del diario español, El País, del 13 de julio de 2008: http://www.elpais.com/articulo/economia/proyectos/recien/nacida/Union/Mediterraneo/elpepuint/20080713elpepueco_1/Tes

⁸¹ SOLER I LECHA, Eduard (2008) “*Medias Respuestas: La Comisión Europea y la Unión por el Mediterráneo*”. En: Publicaciones CIDOB, Madrid.



FEMIP. En noviembre de ese mismo año se estableció la ciudad de Barcelona como la sede de dicho secretariado.

Los Jefes de Estado y de Gobierno deberán reunirse de manera bianual, alternando sus encuentros en ciudades europeas y mediterráneas, y de éstas se elaborará una declaración política y un listado de proyectos regionales concretos a realizarse. De igual manera los Ministros de Asuntos Exteriores se reunirán anualmente para revisar el progreso y la implementación de dichas declaraciones, prepararan las reuniones subsecuentes y aprobarán nuevos proyectos⁸². Las reuniones ministeriales sectoriales, de altos funcionarios y del Comité Euromed se realizarán de manera tradicional.

Los Fondos comunitarios se harán efectivos en 2010 e incluirán seis nuevos proyectos para el Mediterráneo:

a) Descontaminar el Mediterráneo: señalando la precaria situación medioambiental del mar Mediterráneo se pretende llevar a cabo tratamiento de agua y residuos en zonas costeras y marinas protegidas para asegurar la subsistencia de las poblaciones y la mejora en las condiciones de vida⁸³.

b) Autopistas marítimas y terrestres: Creación de líneas marítimas regulares para el transporte de mercancías entre los principales puertos, junto con la construcción de autopistas terrestres en la zona costera sur del Mediterráneo y la modernización del enlace ferroviario del Magreb.

c) Programa de Protección Civil: Con un plan de prevención, preparación y reacción a catástrofes naturales.

d) Plan Solar Mediterráneo: La utilización de energía renovables para avanzar en la cooperación en materia de desarrollo sostenibles. Dicho Plan incluye el establecimiento de 25 plantas solares en la región.

⁸² Ídem

⁸³ Declaración Conjunta de la Cumbre Mediterránea celebrada en París el 13 de julio de 2008.



e) La Universidad Mediterránea: Cuya sede será Eslovenia y servirá a la cooperación en la enseñanza superior y la investigación. Dicha Universidad contará con programa de intercambio de estudiantes y sistema de becas.

f) Iniciativa Mediterránea de desarrollo de las empresas: Consiste en un mecanismo de ayuda a entidades aportan créditos a pequeñas y medianas empresas. Dicha iniciativa ha sido planteada por el gobierno español.

A pesar de registrarse pequeños avances en el PB: UpM, principalmente en el sector económico y financiero, la difícil situación en Medio Oriente, derivada de la invasión israelí a la Franja de Gaza en enero de 2009, congeló las acciones a seguir tras la reunión en Marsella de noviembre de 2008.

Sin embargo, a iniciativa española, los representantes de la Unión por el Mediterráneo se reunieron en Barcelona el pasado 19 de junio, para elaborar los estatutos de la Secretaría permanente, de aceptarse dicho borrador la Secretaria comenzaría sus funciones en noviembre de este año en el Palau de Pedralbes en Barcelona. De igual manera el 7 de julio del actual los funcionarios de alto nivel se reunieron con los Ministros de Economía y Finanzas con el fin de crear un plan de medidas anticrisis para los países del Mediterráneo.

3. EL CONFLICTO ÁRABE-ISRAELÍ Y EL PAPEL DE LA UE

3.1 Breve Recuento histórico

3.1.1 El despertar del conflicto y la cooperación económica

Tras la capitulación final de Alemania y el término de la Segunda Guerra Mundial, Europa se encontraba en ruinas, dividida y con economías tan débiles que las monedas nacionales habían perdido su convertibilidad en el mercado financiero. El panorama internacional no era tampoco alentador, Estados Unidos se erigía como la potencia mundial, el mundo creaba lentamente una brecha ideológica y eran descubiertos los crímenes de *lesa humanidad*⁸⁴, perpetrados por el Gobierno Nazi alemán. Las primeras imágenes de los campos de

⁸⁴ Término acuñado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. [http://www.un.org/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)



concentración invadían los titulares, mientras que la consternación y preocupación mundial sobre la situación futura del pueblo judío cobraba auge.

El genocidio judío “*Shoah*” fue uno de los principales temas a resolver para la recién creada Organización de las Naciones Unidas (ONU). Finalmente, y basada en la “*Declaración Balfour*”⁸⁵, la Asamblea General de la ONU (AGONU) aprobó la Resolución 181⁸⁶ de 1947 por la cual se dividiría el territorio del mandato británico de Palestina en dos Estados independientes. Por una parte el 55% del territorio albergaría al Estado judío,⁸⁷ mientras que el Estado Palestino mantendría el 45% con una población de 700,000 árabes. De igual manera la Resolución 181 establecía que Jerusalén, dada su importancia histórico-religiosa, estaría administrada por la ONU y tendría una población de 200,000 árabes y judíos por igual.

Gran Bretaña, única potencia colonial en la zona, decidió abstenerse de la Resolución 181 y comunicó el final de su mandato el 15 de Mayo de 1947⁸⁸, ese mismo día David Ben Gurión⁸⁹ proclamaba la creación del Estado de Israel, el sueño de Ben Gurión de edificar Sión había sido consumado. Los países árabes vecinos se mostraron contrarios a la Resolución 181 argumentando que Palestina ya existía y que no se podía hacer una repartición arbitraria de territorios, principalmente porque algunos Estados árabes como Jordania y Egipto tenían el control sobre los territorios de Cisjordania y la Franja de Gaza respectivamente. Tras la declaración de la creación del Estado de Israel comenzó la primera guerra árabe-israelí que se prolongó hasta 1949, siendo Israel el vencedor y ampliando su territorio en 5.728 kilómetros cuadrados. La Guerra del 48 supuso el inicio de lo que los palestinos llaman “*Nakba*” que significa catástrofe pues originó uno de los principales problemas actuales para avanzar en el proceso de paz: la cuestión de los miles de refugiados expulsados del territorio ocupado y que aún viven en campamentos instalados por la ONU.

Mientras tanto, Europa comenzó el proceso de recuperación en todos los ámbitos. Su participación como actor en la escena internacional era escasa y se encontraba debilitada. En

⁸⁵ elaborada por el entonces Primer Ministro británico, Arthur Balfour, mediante la cuál el Reino Unido, quién poseía el mandato sobre Palestina, se emitía a favor de los planes sionistas de la creación de un hogar nacional judío en Palestina, gracias a la alianza entre ambos para mejorar el curso de la Primera Guerra Mundial y la entrada, en 1914, del Imperio Otomano en el contencioso.

⁸⁶ www.un.org

⁸⁷ Con una población de 500,000 judíos y 400,000 árabes.

⁸⁸ GRESH, Alain, “*Israel, Palestina: Verdades sobre un conflicto*”, Editorial Anagrama, Barcelona, 2002.

⁸⁹ Líder Sionista y primer Primer Mministro del Estado de Israel.



1951 se firma⁹⁰ el Tratado de París que daría paso a la creación de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero (CECA) que serviría como catalizador para la reactivación de las economías y como primer modelo integrador de los países europeos tras dos guerras mundiales. A pesar de que la CECA era un modelo de cooperación económica con objetivos comerciales, éste incluía factores políticos de suma importancia como lograr la paz y la estabilidad de la región. Sin embargo, la política se quedaba en un plano secundario del proceso de integración, se construía aún la confianza y una unidad era difícilmente alcanzable en los inicios. En 1957 se firman los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE), Tratados de Roma, que darían paso al proyecto de integración más ambicioso y más prometedor de la historia. Europa avanza firmemente en su recuperación y consolidación mientras que comienza a entrar en la escena internacional firmando diversos acuerdos de asociación en materia comercial, pero dejando al margen de la negociación las cuestiones políticas.

Mientras la construcción de la integración se desarrollaba, los intereses nacionales de los EEMM europeos en la zona tenían un protagonismo que lejos de calmar la tensa situación agravaba los ánimos en los Estados árabes. La segunda Guerra árabe-israelí “Guerra de Suez” de 1956 contó con la alianza de Israel con Gran Bretaña y Francia. El entonces Presidente de Egipto Gamal Abdel Nasser había nacionalizado el Canal de Suez⁹¹ con la intención de financiar la construcción de la presa de Asúan. Ambos países europeos eran los principales accionistas y beneficiarios del petróleo que diariamente era transportado por el Canal. La ofensiva franco-inglesa aliada con Israel atacaron objetivos egipcios, retirándose de la zona gracias a la presión diplomática de Estados Unidos y La Unión Soviética. Esta Guerra produjo el despliegue de Cascos Azules en la frontera entre Egipto e Israel, así como un replanteamiento de la unidad palestina fortaleciendo la recién creada Organización de Liberación Palestina⁹² (OLP).

En 1967, la tercera guerra árabe-israelí estalla, la “*Guerra de los Seis Días*”. A petición del Gobierno egipcio, la ONU había retirado su presencia militar en la Franja de Gaza, ocasión aprovechada por Egipto para ocupar las islas del Golfo de Aqaba y que fue considerado por el

⁹⁰ Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

⁹¹ Vía artificial de navegación que une el Mar Mediterráneo con el Mar rojo, que acorta las rutas marítimas comerciales entre Asia y Europa.

⁹² Creada en 1964 en Jerusalén con el apoyo de la Liga Árabe y el Presidente egipcio Gamal Abdel Nasser.



Gobierno israelí una declaración de guerra al peligrar la salida de sus barcos al mar rojo. La guerra marcó el triunfo de Israel sobre los aliados árabes. Jordania perdió la parte oriental de Jerusalén y Cisjordania- la anexión de Jerusalén Oriental nunca fue reconocida a nivel internacional y sigue siendo hasta hoy ilegal- y Egipto, la Franja de Gaza, ambos se convierten en “*territorios ocupados*”, Israel también se anexa el Golán sirio y ocupa el Sinaí egipcio⁹³. Tras la guerra la OLP fue reconocida como “*el único representante del pueblo palestino*” en la ONU y Yasser Arafat se erige como líder la causa palestina.

El 22 de noviembre de 1967 el Consejo de Seguridad de la ONU (CSONU) adoptó la resolución 242⁹⁴ que exigía al Gobierno de Israel retirarse de los territorios recientemente ocupados y delimitaba las fronteras entre el Estado de Israel y Palestina basándose en la línea del alto el fuego de 1949, también conocida como la “*línea verde*”. Sin embargo Israel mantuvo el control militar y administrativo de los territorios, anexando a través de asentamientos⁹⁵ –construcciones ilegales israelíes- el 67% de las tierras de Cisjordania y del 40%⁹⁶ de las de Gaza, además de casi todo el Valle del Jordán.

La CEE no pudo adoptar una postura unánime sobre la situación en la región mediterránea, la divergencia de posturas ponía de manifiesto la falta de equilibrio en los intereses de los EEMM. Mientras que un bloque de países como Francia, Italia y Reino Unido⁹⁷ se encontraban a favor de las reivindicaciones palestinas, Estados como Alemania y Países Bajos apoyaban la posición israelí⁹⁸. Esta situación se agravó al no poder conseguir una unanimidad en el seno de la ONU para adoptar la Resolución 242. Esta situación llevo a los EEMM a replantear su papel en la región, de esta manera durante la Cumbre Europea de París de octubre 1972 se decidió buscar alternativas de cooperación económica como sustitución a una “*imposible gestión política*”⁹⁹ es así como nace la PGM analizada en el capítulo anterior.

⁹³ CALDERON, Naxalli (2009): “La paradoja de la creación del Estado Palestino”. Instituto Europeo de Estudios Internacionales, 2.

⁹⁴ www.un.org

⁹⁵ Siendo el primero Kfar Etzion, en la región de Hebrón, Cisjordania. Simultáneamente comienza la “judaización” de Jerusalén a manos de Levy Eshkol.

⁹⁶ www.undp.org

⁹⁷ A pesar de que éste aún no formaba parte de la CEE.

⁹⁸ JERCH, M.(2007): *Democracia, Desarrollo.....*, op. cit., p. 110

⁹⁹ AECE (1995): Países Árabes y Comunidad Europea. Relaciones institucionales y comerciales. Madrid: AECE.



La necesidad de profundizar y alcanzar los objetivos fijados en la PGM cobró importancia tras la cuarta Guerra árabe-israelí, la Guerra de *Yom Kippur* en octubre de 1973 iniciada por Egipto y Siria con el objetivo de recuperar los territorios perdidos en 1967. El CSONU adopta la Resolución 338 el 22 de octubre de 1973 por la que hace un llamado de cese al fuego y exige el cumplimiento de la Res. 242, de igual manera, la CEE no logra adoptar una posición unánime respecto a dicha resolución. Tras los cruentos enfrentamientos entre ambas partes en disputa, los países árabes decidieron levantar un embargo de petróleo contra las naciones aliadas de Israel, lo que provocó una crisis económica de gran magnitud a nivel mundial, la crisis del petróleo.

La CEE se comprometió entonces a apoyar la institucionalización del diálogo con los países árabes a través de la puesta en funcionamiento de la PGM. Como se analizó con anterioridad los intereses para llevar a cabo estas acciones variaban geográficamente. Europa estaba siendo fuertemente perjudicada por el embargo petrolero y las economías iban en declive, por lo que alcanzar acuerdos con estos países mediterráneos permitiría asegurar los suministros nacionales de “oro negro” a fin de estabilizar los mercados financieros. Mientras tanto, los Estados árabes recalcaban en la importancia de la reivindicación de la causa palestina, exigían a los EEMM europeos adoptar una postura de no neutralidad en el conflicto árabe-israelí. Sin embargo, la PGM resultó ser poco efectiva principalmente porque se centraba en la cooperación económica a través de la renegociación de los acuerdos de asociación otorgando personalidad a cada uno dependiendo del Estado con el que se negociara¹⁰⁰. Sin embargo, dejaba a un lado las exigencias políticas por la falta de una posición común en el seno de la CEE, y en el marco económico continuaba con una política proteccionista para los productos industriales gracias al Acuerdo multifibras y sobre los productos agrarios por la Política Agraria Común (PAC), ambos productos principales fuentes de exportación de los países árabes.

3.1.2 La Intifada y la cooperación Política

La situación de aislamiento, opresión y “*apartheid*”¹⁰¹ en la que vivía la comunidad palestina provocó el estallido en diciembre de 1987 de la primera *Intifada*¹⁰² o “rebelión de las

¹⁰⁰ JERCH, M.(2007): *Democracia, Desarrollo.....*, op. cit., p. 110

¹⁰¹ Término acuñado por el Ex mandatario estadounidense, Jimmy Carter, en su libro « Paz en Palestina, No Apartheid » noviembre 2006.



pedras”’, y que se caracterizó por duros enfrentamientos entre civiles palestinos y las fuerzas de ocupación israelí (FOI). La situación en Medio Oriente se salía de control insertando un elemento más a la inestabilidad, la vulneración de la seguridad a través de atentados terroristas, principalmente auto inmolaciones. En unos meses, Gaza y Cisjordania se convirtieron en centros penitenciarios enormes con más de 9,000 presos¹⁰³. El pueblo palestino vivía exclusivamente de la ayuda humanitaria, las condiciones de desarrollo eran insostenibles.

Ante este panorama poco alentador el Gobierno de Estados Unidos al mando del Presidente George H. Bush convoca a una Conferencia de Paz celebrada en Madrid en 1991. Dicha Conferencia estableció por primera vez la acción conjunta de los principales actores internacionales para avanzar hacia la solución del conflicto, y representaba, a su vez, el primer encuentro entre representantes¹⁰⁴ de ambas partes para dialogar sobre la paz.

A pesar de la Conferencia de Madrid no alcanzó ningún resultado, sentó las bases del diálogo y permitió la firma de los Acuerdos de Oslo de 1993. Dichos Acuerdos significaron el avance más importante realizado hasta la fecha para alcanzar una solución al conflicto árabe-israelí¹⁰⁵. Los representantes palestinos reconocieron *de facto* al Estado de Israel, mientras que la parte Israelí aceptaba la existencia de la Autoridad Nacional Palestina (ANP). Los líderes Yasser Arafat e Itzhak Rabin acuerdan como principal objetivo la creación de un Estado palestino en un plazo no mayor a cinco años, asimismo Israel se comprometía a devolver los territorios ocupados en 1967 aunque mantendrían algunos asentamientos ya establecidos en la zona¹⁰⁶. Un paso fundamental de los Acuerdos fue la democratización de la estructura política de la ANP, pues se establecía la celebración de comicios libres y directos.

En 1995 se realizó la segunda etapa del Proceso de Paz, Oslo II, a cargo del Presidente norteamericano William Clinton. A pesar del buen avance en las negociaciones diversos puntos álgidos del conflicto no fueron incluidos condenándolo a un posible fracaso. Estos puntos eran la situación de Jerusalén Oriental, el retorno de los refugiados, el compromiso israelí de detener la construcción de asentamientos y la situación de los presos. Sin embargo,

¹⁰² *Intifada* es el término árabe que significa Levantamiento.

¹⁰³ www.palestinecenter.org :Consultada el 7 de julio de 2009

¹⁰⁴ Líbano, Siria, Egipto, Jordania, Israel y la Autoridad Nacional Palestina.

¹⁰⁵ SEGEV, Tom.(2000): *C’était en Palestine au temps des coquelicots*. Paris.

¹⁰⁶ Israel se quedaría con el 78% del territorio, mientras que el *no nato* Estado Palestino mantendría el 22%.



los Acuerdos fueron firmados y una aparente tranquilidad prometía tiempos de cambios y estabilidad. Sin embargo, el 4 de noviembre de 1995, días después de la firma de Oslo II, el Premier israelí Itzhak Rabin es asesinado por un extremista judío, provocando un *impasse* en el proceso.

Como se puede observar, el contexto de creación del Proceso de Barcelona era muy favorable pues las bases para la solución del conflicto árabe-israelí habían sido establecidas. Algunos analistas señalan que el Proceso de Barcelona pudo llevarse a cabo gracias a la Conferencia de Madrid y a los Acuerdos de Oslo, de lo contrario no hubiera sido posible su realización¹⁰⁷. Este punto marca de manera importante el mismo desarrollo del Proceso de Barcelona. Es importante recalcar que en la Declaración final de Barcelona se estipula que para llevar a cabo los objetivos señalados es necesaria la búsqueda de una solución duradera del conflicto árabe-israelí basada en las Resoluciones del CSONU y en los principios acordados durante la Conferencia de Madrid¹⁰⁸. No sólo el contexto favorable permitió dar inicio a la cooperación euromediterránea, los contextos de estancamiento del proceso de paz han entorpecido de igual manera los avances de la misma.

La Declaración de Barcelona reforzaba la sensación de esperanza que se percibía en Medio Oriente tras la firma de los Acuerdos de Oslo, el diálogo y la cooperación iniciaban una fase más productiva y menos agresiva, la ANP había reconocido de facto la existencia del Estado de Israel, mientras que el gobierno israelí ponía en la mesa de negociaciones las principales demandas del pueblo palestino. La UE se posicionaba como una organización unida y como un actor internacional en pos de la paz y la estabilidad. Sin embargo, los tiempos de calma duraron poco, el diálogo se estancó debido a las constantes agresiones de ambos lados del conflicto. Es así como en abril de 1997 se celebró la II Conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores en Malta en donde se puso de manifiesto la enorme vinculación entre el conflicto árabe-israelí y el éxito o fracaso del Proceso de Barcelona, es decir, no se iba a poder ofrecer *“un marco de cooperación separado del Proceso de Paz, pues de no haber progreso en la búsqueda de una solución del conflicto no habría avances en lo estipulado en la Declaración de Barcelona”*¹⁰⁹. El Partenariado al transformar las relaciones bilaterales a un espectro

¹⁰⁷ PERTHES, Volker. (1999): *“Der Mittelmeerraum, der nahöstliche Friedensprozess und die Europäische Union: Die Suche nach einer politischen Rolle”*, ZIPPEL, W. (ed).

¹⁰⁸ Declaración final de la Conferencia ministerial euromediterránea de Barcelona de los días 27 y 28 de noviembre de 1995 y su programa de trabajo.

¹⁰⁹ JERCH, M.: *Democracia, Desarrollo.....* op. Cit., p.112



multilateral provocaba frenos en la participación de los estados árabes quienes aún no estaban preparados para mantener un diálogo abierto con Israel¹¹⁰.

La III Cumbre Euromediterránea celebrada en Stuttgart en 1999 proponía la elaboración de una Carta Euromediterránea de Paz y Estabilidad, cuyo objetivo sería la promoción del diálogo político y la cooperación regional en temas sobre terrorismo, crimen organizado y derechos humanos, los avances serían revisados en la próxima cita, a pesar del panorama desfavorable para la negociación. El nuevo milenio iniciaba con propuestas para una solución al conflicto, ese año en abril, el gobierno norteamericano de William Clinton, realizó otro intento por lograr la paz y la creación del Estado Palestino, a pesar de la enorme inconformidad de los palestinos por la división de su territorio, en las conocidas zonas A, B y C. Durante la Cumbre de Camp David, en junio de ese año, se reunieron el entonces presidente israelí Ehud Barak y a su homólogo palestino Yasser Arafat, a fin de continuar las negociaciones de paz. El Gobierno israelí se comprometía a dar solución a los principales temas en debate: la repartición de Jerusalén, retomar la cuestión de los refugiados y los presos y detener la construcción ilegal de asentamientos a cambio de una porción de territorio en Cisjordania. Yasser Arafat rechazó la oferta sin mediar más negociación ni proponer soluciones constructivas al conflicto.

El 28 de septiembre, tras el fracaso de la Cumbre de Camp David, estallaba la segunda *Intifada* con la provocadora visita de Ariel Sharon a la explanada de las mezquitas en Jerusalén. La esperanza de paz se ve mermada por la represión israelí y los primeros ataques suicidas perpetrados por el brazo armado de *Al-Fatah*, las Brigadas de los mártires de *Al-aqsa*¹¹¹, y el movimiento *Hamas*. Ante este panorama, se celebró la IV Conferencia en Marsella, misma que es boicoteada por algunos gobiernos árabes faltando a la cita y el Proceso de Barcelona permanece en *impasse* con difícil solución, mientras la aprobación de la Carta Euromediterránea de Paz y Estabilidad es pospuesta hasta que existan las condiciones para una negociación. Mientras tanto, el Gobierno de Clinton presenta una propuesta para la solución del Conflicto en 2001 titulada “*Los parámetros de Clinton*”. Dicha iniciativa fue aprobada por Barak mientras que el líder palestino se rehusaba a negociar con Israel.

¹¹⁰ Íbidem

¹¹¹ MAHFUZ, Naguib, “*Hijos de nuestro barrio*”, Editorial Martínez Roca, Barcelona, 2002.



Ese mismo año llega al poder Ariel Sharon, quien cambió el discurso radicalmente, presentó a Arafat como terrorista y cortó todo diálogo posible. George W. Bush sube al poder en EE.UU. y comienza una nueva etapa del conflicto caracterizada por los atentados terroristas del 11-S en Nueva York, la guerra en Afganistán y por las medidas unilaterales de Israel. En este panorama, los EEMM de la UE se reunieron en Bruselas en noviembre de ese año para reconfigurar su propia posición con respecto a los acontecimientos internacionales. La condena a los ataques y el apoyo a la Resolución 1373 del CSONU no se hicieron esperar, tampoco su preocupación por la región de Medio Oriente. Los líderes europeos centran su atención en la resolución del conflicto árabe-israelí, en la creación de un Estado palestino y en garantizar a Israel el derecho de vivir en paz con fronteras reconocidas internacionalmente, y veían en el Proceso de Barcelona un instrumento beneficioso para dicho cometido en un contexto internacional centrado en la lucha contra el terrorismo principalmente en Afganistán e Irak. Sin embargo el Proceso resultó ineficiente ante la reticencia de los gobiernos involucrados al diálogo.

Mientras tanto Israel aprovechaba el desvío de atención estadounidense en Afganistán e Irak para realizar una serie de medidas unilaterales. A comienzos de abril de 2002 Sharon presenta un controvertido plan para la construcción del “*Muro de Segregación*”¹¹² que violaba las resoluciones de la ONU por “*robar*” tierras palestinas, a pesar de las fuertes críticas de la comunidad internacional y de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de tratarse de una seria violación al derecho internacional. Asimismo, en 2002 Israel lanza la operación “*Defensive Shield*” con la finalidad de cercar el gobierno de Arafat. En esta operación es destruido el centro gubernamental palestino, *Mukata*, y se recuperaron las zonas “A” liberadas desde los Acuerdos de Oslo.

La Comunidad internacional reacciona ante la escalada de violencia con diversas iniciativas, por una parte la sociedad civil de ambas partes del contencioso se reúnen para presentar la “*Iniciativa de Ginebra*”, en donde se proponía una solución, al menos de la ola de violencia, a través de la negociación de temas como la partición de Jerusalén, el retorno de los refugiados, la demarcación de las fronteras, el derecho al agua y la situación de los presos palestinos, sin embargo dicha iniciativa fracasó ante el firme rechazo de sus gobiernos. De igual manera, los

¹¹² Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice, 9 General List No. 131, para. 140 (July 2004).



representantes de la ONU, la UE, Estados Unidos y Rusia se reunieron, a sugerencia del entonces Presidente español, José María Aznar, en Madrid para crear el “Cuarteto”¹¹³, quienes en 2003 presentan la *Hoja de Ruta*¹¹⁴ que establecía parámetros iniciales a la solución del conflicto, así como se establecía la creación del Estado Palestino en tres fases, concluyendo en 2005. Sin embargo, la guerra en Irak y la profunda división entre EE.UU. y los países europeos congelaron la iniciativa.

A la par de la fundación del Cuarteto y los esfuerzos internacionales por alcanzar la paz en la región, el Partenariado celebra la V Conferencia Euromediterránea de Ministros de Asuntos Exteriores en Valencia en 2002 en donde se amplían los contenidos de la Declaración de Barcelona y se enfatiza el diálogo intercultural con la creación de un Plan de Acción sobre el Diálogo entre Culturas y Civilizaciones, que favoreciera la paz en la región. En noviembre de 2004 muere el líder palestino, Yasser Arafat, ante una ola de esperanza en la comunidad internacional que percibe con esta situación un posible cambio en el panorama regional. Los gobiernos europeos, con una recién inaugurada PEV, apuestan por una “cuarta ola democratizadora” en la región, principalmente en el sistema político palestino y ante la iniciativa Norteamérica del “Gran Medio Oriente”. Dicha oportunidad llega en enero de 2005 con las elecciones presidenciales con las que accede al poder Mahmoud Abbas¹¹⁵ (Abu Mazen) y con la decisión israelí de dismantelar 21 asentamientos israelíes en la Franja de Gaza, luego de 38 años de ocupación¹¹⁶. Asimismo, en 2005 se negociaban los acuerdos de *Sharm El Sheik*, en donde Mahmoud Abbas y Ariel Sharon fijaban una serie de medidas como la retirada israelí de las ciudades palestinas, el final de los asesinatos selectivos que Israel lleva a cabo, y el final de los ataques y atentados palestinos.

En este contexto se celebró la Conferencia Euromediterránea de Barcelona en donde se haría un balance de los 10 años de Partenariado y se establecerían nuevos objetivos con un ambiente en la región más optimista y constructivo. La situación en la Medio Oriente parecía tomar un cauce hacia la estabilidad y la reapertura del diálogo entre las partes, el proceso

¹¹³ También conocido como Cuarteto de Madrid o Cuarteto de Oriente Medio.

¹¹⁴ Proyecto propuesto por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores Alemán, Joshka Fischer. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. www.papp.undp.org : Consultado el 8 de julio de 2009

¹¹⁵ Palestine Liberation Organisation, Negotiations Affairs Department, www.nad-plo.org : Consultado el 8 de julio de 2009

¹¹⁶ Proyecto unilateral “*Gaza Disengagement*” Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. www.papp.undp.org : Consultado el 8 de julio de 2009



democratizador se fortalecía estableciendo pluralismo y representación de todos los partidos y actores involucrados en el acontecer político y social. Las elecciones legislativas, celebradas en 2006, fueron calificadas como las más transparentes y democráticas del mundo árabe por los países observadores del proceso, sin embargo, el éxito de las mismas fue el fracaso de occidente ante el triunfo del movimiento *Hamas*. A pesar de que la comunidad internacional, en particular EE.UU. y la UE, habían aceptado la participación de *Hamas* a los comicios y habían acordado respetar los resultados, pues las elecciones libres y el proceso democrático llevarían la paz a la región, manifestaron su descontento ante el triunfo a través de una serie de sanciones económicas impuestas al nuevo gobierno del Primer Ministro palestino Ismael Haniya, de igual manera la ruptura de relaciones de estos países con los Órganos del Poder Legislativo palestino del nuevo gobierno, socavaron la esperanza a una solución final sobre el conflicto¹¹⁷. Estados Unidos impulso al mandatario palestino Abbas a desconocer los resultados electorales generando una división interna en la ANP con graves consecuencias para la base institucional del país.

Las negociaciones tanto de la *Hoja de Ruta* como del Proceso de Barcelona quedaron paralizadas, mientras que las ayudas financieras a la ANP fueron congeladas temporalmente y sólo se suministraba ayuda humanitaria a las comunidades palestinas en especie. Esta situación orilló a los gobiernos árabes encabezados por el mandatario saudita, Rey Abdullah bin Abdul Aziz, a realizar una propuesta que permitiera terminar con la división política interna palestina y reactivar el ingreso de flujos monetarios de los donantes a la ANP. La iniciativa “*Acuerdo de la Meca*” sentaba las bases para la creación de un Gobierno de Unidad Nacional que integraba a los partidos *Hamas* y *Al-Fatah* pero en el cual el Presidente Abbas tendría más peso en la toma de decisiones.

Dicho Acuerdo fue apoyado por el *Cuarteto* y suponía una mejora en las condiciones de vida de la sociedad palestina al terminar el boicot financiero¹¹⁸. Sin embargo no existió voluntad política entre ambos partidos, por lo que en junio de 2007 el Primer Ministro Haniya toma por la fuerza el control de la Franja de Gaza, expulsando a las fuerzas de seguridad de la ANP y de *Al-Fatah*. Israel reacciona con un boicot sin precedentes en la Franja de Gaza, con graves consecuencias humanitarias e incluso violando incluso la

¹¹⁷ el “*Cuarteto*” impuso a *Hamas* una serie de condiciones inaceptables para el movimiento islamista, como el reconocimiento del Estado de Israel, el fin de la resistencia, y la aceptación de las negociaciones entre Israel y la OLP.

¹¹⁸ <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=8869> : Consultado el 11 de julio de 2009



Cuarta Convención de Ginebra¹¹⁹. El Golpe de Estado y sus posibles consecuencias como la toma de Cisjordania llevaron al Cuarteto a reunirse en noviembre de ese mismo año para trazar un nuevo proyecto de reactivación del proceso de paz y se convoca a los mandatarios de Israel y palestina a la Cumbre de Annapolis para comenzar la negociación del “*Acuerdo del Estatus Permanente*” que incluye el fin de la violencia y la creación del Estado palestino basado en las fronteras del 67, dicho acuerdo aún no ha sido concretado.

En este contexto es celebrada la Cumbre Euromediterránea de París que daría nacimiento al Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo, en la cuál se hace hincapié en la necesidad de reactivar el proceso de paz y adoptar la iniciativa de la Cumbre de Annapolis para la creación del cada vez más distante Estado Palestino. Sin embargo, las condiciones en la región, en lugar de mostrar señales de estabilidad, se vislumbran cada vez más sombrías e insalvables, por un lado el mandato oficial del Presidente Abbas terminó en enero de 2009 sin que existan condiciones para convocar a nuevas elecciones lo que ha aumentado más la brecha divisoria entre las facciones palestinas. Por el otro lado, el triunfo de Benjamín Netanyahu, del Partido *Likud*, en las elecciones del 10 de febrero de 2009, estancan más el proceso de paz debido a las declaraciones del mismo Premier afirmando que su partido no negociará con los palestinos. El panorama internacional tampoco presenta condiciones óptimas para la solución del conflicto. Con el triunfo de Barack Obama, la prioridad exterior de Estados Unidos en Medio Oriente se centra en Iraq y en la contención del programa nuclear iraní, razón por la cuál el conflicto árabe-palestino pasa a un segundo plano para la política exterior de ese país, a pesar de las recientes declaraciones del mandatario estadounidense en Cairo. Asimismo, la Unión Europea vive un momento álgido ante la negativa de Irlanda al Tratado de Lisboa y las negociaciones con países como República Checa y Polonia para la ratificación del mismo.

¹¹⁹ La cuarta Convención de Ginebra es el organismo de Derecho Humanitario Internacional que aplica a los civiles que se encuentran bajo ocupación militar y que ha servido de base para monitorear o supervisar la situación humanitaria en los Territorios Ocupados Palestinos.



4. EL FUTURO

4.1 Luces y Sombras

4.1.1 Unidad Europea y lenguaje común

A pesar de la naciente PESC se configuraba lentamente en la UE tras su formalización e inclusión en el acervo comunitario en el Acta Única Europea (AUE), su predecesora la Cooperación Política Europea (CPE) había hecho ya avances en el acercamiento de la CEE con los países mediterráneos. Desde sus inicios, la ahora UE ha seguido de cerca el desarrollo del conflicto, a pesar de no fijar una posición política común, los avances en el plano económico como los acuerdos de asociación sirvieron para sentar las bases del diálogo y el acercamiento. Este diálogo, sin embargo, se veía empañado por los intereses nacionales que dificultaban la adopción de posturas más firmes y participativas en la solución, o aportación a una solución, del conflicto.

La UE estuvo representada como una unidad durante la Conferencia de Barcelona de 1995, sin embargo esta unidad era sólo la cara externa presentada a los PTM, pues la realidad es que los intereses nacionales definían las posturas de los 15 EEMM sin lograr un unanimidad. Algunos analistas señalan que la Declaración de Barcelona fue un compendio de intereses nacionales y de visiones heterogéneas con respecto a la cooperación con el Mediterráneo y sus límites¹²⁰. Estas posturas diversas se resumen en la divergencia entre los países “Norte”, representados principalmente por Alemania y establece sus prioridades geográficas en Europa Central y Oriental, y los “Sur” con Francia a la cabeza que dirigen sus intereses hacia el Mediterráneo y de manera especial al Magreb¹²¹.

A pesar de esta brecha de intereses, la UE pudo establecer parámetros comunes de actuación, enmarcados en la PESC, principalmente en situaciones que han pasado de ser exclusivamente nacionales a adquirir un carácter global como la seguridad y los flujos migratorios. De esta manera países representantes del bloque “norte” como Alemania comprendieron las implicaciones que los problemas mediterráneos conllevan de manera interna, principalmente por el traslado de la problemática kurda-turca a territorio

¹²⁰ EDIS, R (1998): Does the Barcelona Process matter?, en: Mediterranean Politics, 3 (2), págs. 93-105

¹²¹ GILLESPIE, Richard (ed.); MARTÍN, Iván (ed.) (2006) :. *Investigando el Mediterráneo*. Barcelona: British Council: Fundació CIDOB: IEMed, 191 p.



alemán¹²². Este replanteamiento de intereses del “*hegemón norte*” significó una profundización en la cooperación con el Mediterráneo e impulsó el Proceso que se proponía. Es así como incluso, Stuttgart fue la sede de la Tercera Cumbre Ministerial Euromediterránea en abril de 1999¹²³.

Esta Unidad Europea estableció un elemento de gran importancia, el establecimiento de un lenguaje común. Importantes analistas del fenómeno Mediterráneo como el Prof. Martín Jerch estiman que uno de los principales logros del Proceso de Barcelona es la creación de una identidad y lenguaje común, el euromediterráneo. Anterior a la Declaración de Barcelona de 1995, las prioridades nacionales de los EEMM se resumían en el diálogo euroárabe, del Magreb y del Máshreq¹²⁴, sin embargo “*la creación de la entidad regional euromediterránea es el resultado del Proceso de Barcelona*”¹²⁵.

La creación de este lenguaje serviría entonces como punto de inflexión, no sólo para que los países europeos adquirieran mayor participación y protagonismo en lo que a resolución de conflictos se refiere, también reforzó una naciente PESC recelosa de la soberanía estatal. Los EEMM pudieron alcanzar acuerdos que si bien cumplían las exigencias de los intereses nacionales también proyectaban una UE sólida y unida en la diversidad como su lema profesa.

El Proceso de Barcelona ha sido un foro no sólo de participación europea en los asuntos internacionales, sino uno de los epicentros de puesta en marcha de sus políticas exteriores, comenzando con la CPE y terminando con la PESC y la PESD.

¹²² PERTHES, Volker (1998): “Germany and the EuroMediterranean Partnership: gradually becoming a Mediterranean state” EuroMeSCo papers. No. 1, p. 1-11

¹²³ Íbidem

¹²⁴ Incluye a los países de la Zona del Levante (Autoridad Nacional Palestina, Iraq, Líbano, Jordania y Siria) y a Egipto y Sudán.

¹²⁵ JERCH, Martín; LORCA, Alejandro V. (2005); ESCRIBANO, Gonzalo. “*De Barcelona a Luxemburgo: la política euromediterránea*”. Política exterior. Vol. XIX, no. 107 pp. 59-70.



4.2 ¿Puede la UE jugar un papel de mediador en el conflicto árabe-israelí?

Durante la V Conferencia Euromediterránea celebrada en Valencia en 2002, el entonces Vicepresidente de la Unión Mallorquina, Miquel Nadal, afirmó que “*el proceso del Barcelona no estaba pensado para resolver los conflictos políticos, ni tampoco el de Oriente Próximo, si no que va más allá. Trata de crear las condiciones objetivas que permitan la solución de esos enfrentamientos*”¹²⁶. Esta afirmación personifica la actuación de la UE con respecto al conflicto árabe-israelí. La UE ha mantenido una postura distante sobre el conflicto motivada por los intereses internos de los EEMM, sin embargo, ha buscado la creación de mecanismos que faciliten el diálogo entre las partes.

Algunos expertos en Medio Oriente como el alemán Volker Perthes estiman que el Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo pueden influir de manera directa en el Proceso de Paz en Medio Oriente, tanto a nivel bilateral como multilateral¹²⁷. En la primera vertiente se reconoce que la ANP y el pueblo palestino han podido subsistir gracias a la ayuda financiera y técnica de la UE, este apoyo se traduce en la mejora de las precarias condiciones de vida de la población, la creación de instituciones sólidas que ha permitido, como primer logro, llevar a cabo uno de los comicios más transparentes y democráticos de la región. Dichas instituciones son las bases para la creación de un Estado palestino. En el plano multilateral, el Proceso permite crear atractivos financieros para proyectos de cooperación como la Unión de las redes eléctricas entre Siria, Jordania, Egipto y Turquía, que fomentan la unión y el diálogo positivo a nivel regional¹²⁸. De igual manera los encuentros ministeriales establecidas en la Declaración de Barcelona otorgan una posibilidad de diálogo en momentos en los el Proceso de Paz se encuentra estancado.

En este sentido, es importante remarcar uno de los principales logros de la UpM: PB es el de ser el único foro regional en que Israel y los países árabes se sientan y dialogan en la misma mesa¹²⁹, muchas veces a pesar de que el mismo proceso de paz se encuentre estancado. Este logro no es ni por lo poco un paso más, es el paso definitivo hacia la

¹²⁶ El País: www.elpais.es

¹²⁷ PERTHES, Volker. (1999): “Der Mittelmeerraum, der nahöstliche Friedensprozess und die Europäische Union: Die Suche nach einer politischen Rolle”, ZIPPEL, W. (ed).

¹²⁸ Íbidem

¹²⁹ SOLER i LECHA, Eduard. “El Mediterráneo tras la cumbre de Barcelona: la necesidad de una voluntad política ampliada”. Documentos CIDOB. Diálogos mediterráneos. No. 5 (junio 2005), p 8.



construcción de la paz. Cabe destacar que el PB: UpM ha logrado lo que muchos foros internacionales han deseado, tener un espacio de cooperación que permita la puesta en marcha de proyectos políticos, sociales, económicos y comerciales entre Israel y los países árabes, aún cuando el enfrentamiento y la falta de soluciones sobre el proceso continúan vigentes. De igual manera, a pesar de que el proceso no incluye una motivación necesaria para alcanzar sus objetivos a corto plazo, ninguno de sus miembros se plantea abandonarlo y el Partenariado se perpetúa así por su propia inercia¹³⁰.

¹³⁰ KHADER, Bichara.: *“Partenariado Euromediterráneo o Partenariado Euroárabe”* MED 2005. Barcelona: Fundación CIDOB /IEMed. 2005.



LAS RELACIONES ENTRE NORUEGA Y LA UNIÓN EUROPEA:

El debate sobre el ingreso de Noruega a la UE.

Kristin Hotvedt

Licenciada en Economía, Ciencias Políticas y Filosofía

Universidad de Tromsø, Noruega

1. INTRODUCCIÓN

Después de los votos negativos sobre la adhesión de Noruega a la Unión Europea (UE), en dos referéndums nacionales, en 1972 y 1994, Noruega continúa fuera de la UE. Lo que quiero demostrar con este artículo es que a pesar que Noruega no es miembro en la organización, el país tiene vínculos muy fuertes con la UE, tanto así que muchas personas se preguntan por qué Noruega no quiere ser un Estado miembro de la Unión Europea. Los vínculos formalizados e institucionalizados entre la UE y Noruega se dan mediante el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE), el mismo que da acceso al Mercado Único de la Unión, y el Acuerdo Schengen que abarca la cooperación sobre los sectores de seguridad y justicia. Además la cooperación entre las partes abarca otras áreas. Este trabajo pone énfasis en la historia y el contenido del Acuerdo EEE y los nuevos desafíos para Noruega respecto al mismo. Con relación a este tema es inevitable hablar de la solicitud de adhesión de Islandia a la UE y de las posibles repercusiones que podría originar dicha adhesión para Noruega. Por el momento no hay un debate intenso sobre la UE en Noruega, algo que en parte se explica a la vigencia del Acuerdo EEE entre ambas partes. Examinaremos las diferentes posturas, tanto a favor y en contra, acerca de la posible adhesión de Noruega a la Unión Europea. Para contextualizar el debate comenzaremos con repasar la historia de las relaciones entre Noruega y la Unión Europea en las últimas décadas, poniendo énfasis en la cooperación, el Estado de Bienestar y la actividad petrolera.



2. EL ACUERDO DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEA (EEE)

Si se le pregunta a una persona qué sabe sobre Noruega, enseguida pensará y responderá, salmón, fiordos y nieve, además es probable que recuerde que es un país nórdico conocido por ser rico y altamente desarrollado. En los últimos años Noruega se ha ubicado en primer o segundo lugar en la lista del Índice de Desarrollo humano (IDH) elaborado por el Programa para el Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD). Durante las últimas décadas, el país escandinavo ha experimentado un enorme desarrollo económico debido principalmente al petróleo obtenido en el Mar del Norte, el desarrollo de la industria vinculada a la energía hidroeléctrica y al sector pesca, tradicionalmente importante. Todos estos sectores han proporcionado nuevos puestos de trabajo y han generado grandes ingresos al país. Por suerte, las autoridades noruegas se han asegurado que la riqueza proveniente de sus recursos naturales beneficie a todos los noruegos y las políticas implementadas se han visto manifestadas en el Estado de Bienestar del país nórdico.

Las autoridades noruegas que se encargaron de la aventura del petróleo en los años setenta, se sienten orgullosos de la riqueza lograda. Cuando las empresas petroleras extranjeras solicitaron hacer sondeos de petróleo en territorio noruego, las autoridades estuvieron atentas en prever que un posible hallazgo sería de gran importancia para el desarrollo del país. Así en 1965, Noruega concertó acuerdos sobre la partición de la plataforma continental con Gran Bretaña y Dinamarca. A consecuencia de estos acuerdos fue establecido un sistema de reglas jurídicas para la extracción de petróleo. Después de los grandes hallazgos de petróleo, el gobierno noruego decidió defender los intereses nacionales a través de la construcción de una industria petrolera nacional fuerte y competitiva.

Las nuevas empresas de petróleo estatales fueron favorecidas en dotaciones de licencia en la plataforma continental, a la vez se establecieron fuertes condiciones económicas, las empresas extranjeras tuvieron que comprometerse a transferir tecnología dentro de la industria del petróleo e invertir en investigación y desarrollo en Noruega¹. Esta política tenía que renovarse a partir de 1994 cuando Noruega pactó el Acuerdo EEE, la

¹ La historia sobre la actividad petrolera de Noruega. Centro estatal para archivos, bibliotecas y museos. 28 de julio de 2009. http://www.museumsnett.no/ntm/no/utstillingene/Jakten_oljen/historie.htm



Directiva de Concesiones de la UE, de 1995, implicó que Noruega ya no podía más discriminar en base de razones nacionales, el Estado perdió el derecho de ser propietario mayoritario de todas las concesiones en la plataforma continental noruega². En 2007 Noruega se situó como el quinto exportador de petróleo más grande y el decimoprimer como productor de petróleo. En 2006 Noruega fue el tercer exportador y el sexto productor de gas a nivel mundial³.

El lazo que conecta el petróleo con el Estado de Bienestar se llama el Fondo de Pensiones Estatal-Extranjero. El ingreso neto efectivo del sector petrolero registro en 2008 el 34 por ciento de los ingresos estatales⁴. Los ingresos estatales provenientes de la actividad petrolera son invertidos en acciones y obligaciones en el extranjero según criterios éticos elaborados. De esta manera Noruega puede compensar su escasez de recursos necesarios (por ejemplo mano de obra) para aprovechar la fortuna y evitar que la economía nacional sea afectada por inflación. Además de esto el país tiene una gran ganancia del fondo, el cual destina una parte para ahorro de las generaciones futuras y otra parte la invierte en políticas nacionales relativas a la situación económica del país. El 1 de enero de 2009, el valor del fondo era de 260 mil millones de euros. El Banco de Noruega es responsable por la administración operativa del Fondo por cuenta del Ministerio de Hacienda⁵.

La evolución determinante del sistema de bienestar noruego sucedió en los años de posguerra. El Partido de los Trabajadores Noruego gobernó con mayoría absoluta de 1945 a 1961. En este período, caracterizado por el espíritu de solidaridad que fue creado en los años de la ocupación, la reconstrucción del país fue exitosa y la economía mejoró rápidamente. El Gobierno puso énfasis en el desarrollo del Estado de Bienestar. El objetivo de este modelo de bienestar, de carácter universalista, era que todos los ciudadanos noruegos deberían tener las mismas oportunidades y gozar de un cierto nivel de vida, independientemente de en qué parte de Noruega vivieran e indistintamente de

² Información sobre la actividad petrolera de Noruega. El museo de petróleo de Noruega. Stavanger, 16 de agosto de 2009.

http://www.norskolje.museum.no/modules/module_123/proxy.asp?D=2&C=216&I=504&tid=207

³ Datos sobre la actividad petrolera de Noruega. El Ministerio de petróleo y energía de Noruega. Oslo, 14 de septiembre de 2009. http://www.regjeringen.no/nb/dep/oed/tema/olje_og_gass.html?id=1003

⁴ Datos sobre la actividad petrolera de Noruega. La dirección General de petróleo de Noruega. Stavanger, 21 de agosto de 2009.

<http://www.npd.no/NR/rdonlyres/59B46A72-F301-46EE-9AA2-060050718426/18754/Kap1norsk.pdf>

⁵ Información sobre el fondo de petróleo de Noruega. La gran enciclopedia noruega. Oslo, 28 de julio de 2009. http://www.snl.no/Statens_pensjonsfond_%E2%80%93_Utland



su posición económica y social. La condición obvia del sistema era un nivel de impuesto alto, hasta el 50% de los sueldos, procedente de los ciudadanos, dichos impuestos estaban relacionados con el nivel salarial y la riqueza de la persona. El grado de intervención estatal aumentó fuertemente en todo el país para lograr cumplir con los objetivos nacionales⁶, esta evolución continuó en las décadas siguientes y hoy en día los noruegos gozan de un sistema de bienestar muy bien desarrollado. El sistema nacional de seguridad social y el sistema de salud pública universal protegen a los ciudadanos contra el riesgo de “caer fuera de la sociedad”. Algunos ejemplos son que la baja por maternidad es de 1 año para las madres y 10 semanas para los padres, todos los niños tienen derecho a plaza de guardería, la educación es gratuita en todos sus niveles, incluso con becas para los universitarios⁷.

Los diferentes partidos que han gobernado Noruega han considerado importante la cooperación con los demás países europeos. Por ello, Noruega es país miembro en el Consejo de Europa, la OTAN, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Acuerdo de Schengen, y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), entre otras organizaciones y acuerdos. Asimismo, el país nórdico mantiene vínculos políticos y económicos estrechos, mediante relaciones bilaterales, con otros países europeos. La adhesión noruega en la AELC constituye la base de su relación con la Unión Europea, la AELC es un bloque comercial creado en 1960 por 7 países europeos como contrapeso a la Comunidad Económica Europea (CEE). El motivo principal de la organización es eliminar las barreras de comercio dentro del área AELC, excepciones importantes son los productos agrícolas y pesqueros, que en principio están excluidos en los acuerdos sobre la eliminación aduanera y las restricciones cuantitativas. El número de países miembros en la AELC ha disminuido considerablemente a causa de la entrada en la CEE de Reino Unido, Dinamarca, Portugal, Austria, Suecia y Finlandia, que eran antiguos miembros de la AELC. Hoy en día solo Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein permanecen en la organización.

La razón por la cual Noruega todavía mantiene gran interés en pertenecer a la AELC es un acuerdo entre los países miembros de la UE y de la AELC, llamado el Acuerdo sobre

⁶ Información sobre el período posguerra en Noruega, en el libro: Hagen, Terje P. y Rune J. Sørensen: Kommunal organisering, Universitetsforlaget, Oslo 2006. Pág. 206-208.

⁷Datos sobre la sociedad noruega. Real Embajada de Noruega en España. Madrid, 29 de julio de 2009. <http://www.noruega.es/facts/living/>



el Espacio Económico Europeo (EEE). El Acuerdo EEE entró en vigor el 1 de enero de 1994 y desde entonces Noruega, Islandia y Liechtenstein (Suiza no es país miembro del acuerdo EEE a causa de un voto negativo en un referéndum nacional en 1992) han tenido acceso al mercado único de la Unión Europea. El objetivo del Acuerdo EEE es fortalecer el comercio y las relaciones económicas entre las partes, bajo las mismas condiciones de competencia y cumplimiento de las mismas reglas, el núcleo del Acuerdo está constituido por las “cuatro libertades” del Mercado Único: la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas. Sin embargo, no podemos decir que el EEE constituye un mercado “sin fronteras”, ni una unión aduanera auténtica, porque a diferencia del mercado único el EEE no contempla la imposición indirecta (IVA e impuestos especiales), excluye los productos agrícolas y pesqueros, y no hay políticas comunes en materia económica y comercial, ni tampoco existe una política exterior común. Cabe señalar que, además de la cooperación en asuntos económicos y comerciales, el Acuerdo EEE abarca otras áreas de la sociedad, como cultura, educación, protección medioambiental, investigación y política social⁸.

Los países miembros de la AELC/EEE no gozan de una participación completa en el mercado único de la UE. La condición actual de la participación es que Noruega, Islandia y Liechtenstein contribuyen al desarrollo social y económico en los doce nuevos países miembros y para Grecia, España y Portugal. Por lo tanto las contribuciones se aumentaron 10 veces con la ampliación de la UE el 1 de mayo de 2004. En el período de 2004 a 2009 esta contribución es de 1,307 billones de euros. Puesto que el Producto Interno Bruto (PIB) de Noruega es mucho más alto que el PIB de Islandia y Liechtenstein, el 97 % de las contribuciones son procedentes de Noruega⁹.

La institución más importante del Acuerdo EEE es el Consejo del EEE, compuesto por los ministros de cada uno de los países miembros y un miembro de la Comisión Europea. La tarea principal del Consejo del EEE es hacerse cargo del cumplimiento del Acuerdo. Las decisiones del Consejo del EEE se toman por consenso, y tanto la UE como la AELC tienen responsabilidades separadas de ejecución. Las partes del Acuerdo

⁸Datos sobre el Acuerdo EEE. El Parlamento Europeo. Bruselas, 27 de julio de 2009. http://www.europarl.europa.eu/factsheets/6_3_2_es.htm

⁹Información sobre los fondos en el Acuerdo EEE. El Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega. Oslo, 27 de julio de 2009. <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-midlene.html?id=115262>

Información sobre los fondos en el Acuerdo EEE. Real Embajada de Noruega en España. Madrid, 27 de julio de 2009. <http://www.noruega.es/policy/europe/eea/eea.htm>



EEE tienen sus propios órganos para el control práctico de la aplicación del Acuerdo. El Órgano de Vigilancia de la AELC (ESA) comprueba que los países miembros de la AELC cumplen con sus obligaciones según lo previsto en el Acuerdo. Además la ESA verifica que las empresas pertenecientes al área AELC siguen las reglas de competencia. Por otro lado, la Comisión Europea tiene tareas correspondientes en la Unión Europea, en caso de que un país miembro del Acuerdo EEE no realice o aplique las reglas del EEE correctamente, la ESA o la Comisión Europea tiene que intervenir y en última instancia llevar el caso al tribunal. El control judicial corresponde al Tribunal de Justicia de la CE, por una parte, y al Tribunal de Justicia de la AELC, por otra parte¹⁰.

3. NORUEGOS EN BRUSELAS

El Acuerdo EEE ejerce mucha influencia sobre la sociedad noruega, el país está obligado a implementar todas las decisiones que adopta la UE sobre el mercado único, mediante la adopción de leyes nacionales, y a pesar que Noruega tiene derecho de reserva, hasta ahora no lo ha utilizado, aunque sí ha sido propuesto en varias ocasiones, especialmente en relación con la Directiva europea de Servicios. Desde 1994 el Acuerdo EEE ha sido actualizado con alrededor de 4500 leyes y disposiciones, estas reglas han sido elaboradas y aprobadas por la UE. Puesto que Noruega no tiene derecho de participación en el proceso de toma de decisiones, el país ha establecido un gran aparato para aprovechar el espacio de acción dentro del acuerdo para ejercer más influencia posible sobre la UE, en relación a la creación y elaboración de nueva normativa comunitaria que afecte al mercado único europeo. La delegación noruega para la Unión Europea en Bruselas es la representación exterior más grande de todas las representaciones noruegas existentes en el mundo. La delegación observa la evolución de la cooperación de la UE en áreas importantes para Noruega, promueve y defiende sus puntos de vista y de esta manera contribuye a las instituciones de la UE¹¹. El Acuerdo EEE admite que Noruega puede pronunciarse sobre los proyectos de leyes antes que El Parlamento Europeo y El Consejo de la Unión Europea aprueben las leyes finales. Por lo tanto “los cabilderos” del gobierno noruego, en Bruselas, se concentran en los

¹⁰ Información sobre los órganos en el Acuerdo EEE. El Parlamento Europeo. Bruselas, 27 de julio de 2009. http://www.europarl.europa.eu/factsheets/6_3_2_es.htm

¹¹ Posturas de Noruega ante la Unión Europea. La delegación noruega para la UE en Bruselas. Bruselas, 1 de septiembre de 2009. <http://www.eu-norway.org/>



burócratas de la UE y en la Comisión Europea. Noruega participa en alrededor de 400 grupos de trabajo y de expertos que la Comisión Europea constituyen en relación con la elaboración de nuevas leyes y disposiciones. La mayoría de los representantes noruegos provienen de ministerios y direcciones generales, además de esto Noruega tiene más de 60 “expertos nacionales” que viven en Bruselas, ellos trabajan hasta 4 años en la burocracia de la UE, y están centrados en el objetivo de defender los intereses noruegos a la hora de elaborar normativa comunitaria. En los últimos años Noruega ha aumentado el número de “expertos nacionales” y en la actualidad tiene más expertos que Suecia y Dinamarca¹², que si son Estados miembros de la Unión.

Si bien es cierto que el punto de unión más importante en las relaciones entre Noruega y la Unión Europea es el Acuerdo EEE, también existen otros tipos de acuerdos que cubren otras áreas, por ejemplo, en cooperación pesquera, que entre otras cosas está compuesta por acuerdos de cuotas sobre pesca de poblaciones comunes en el Mar del Norte y cooperación para combatir pesca ilegal. Otros ejemplos son la participación noruega en la Programa de Salud Pública de la UE y un acuerdo bilateral sobre comercio de productos agrícolas. Sin duda, además del Acuerdo EEE, la participación noruega en el Acuerdo de Schengen es una muestra de que tan estrechas son las relaciones con la UE. Por otro lado, también se han firmado acuerdos que contemplan la cooperación con la UE en materia de seguridad y de justicia. Las consecuencias prácticas más importantes es que los noruegos no pasan por un control fronterizo sistemático en el área de Schengen, Noruega participa en el registro de petición común y puede emitir visados de 3 meses para el Área de Schengen. Noruega e Islandia están asociadas en las actividades de la UE que se refiere al Acuerdo de Schengen. Mediante un comité mixto los dos países no miembros pueden participar en todos los niveles para desempeñar y desarrollar más la cooperación de Schengen. No hay votaciones en este órgano común. El Consejo de la UE toma las decisiones formales¹³.

Desde que Noruega es miembro en el Acuerdo EEE, es decir hace 15 años, la impresión general en Noruega es que a pesar de algunas desventajas, el acuerdo ha sido exitoso y

¹² Artículo sobre la relación y la vida diaria entre noruegos y la UE en Bruselas. El periódico Aftenposten. Oslo, 6 de septiembre de 2009. <http://www.aftenposten.no/fakta/innsikt/article3104968.ece>

¹³ Información sobre la vinculación noruega al Acuerdo de Schengen. La Delegación para la UE de Noruega en Bruselas. Bruselas, 7 de septiembre de 2009. <http://www.eu-norge.org/NR/exeres/6B0AA38A-B858-4CBB-9917-ED802DA1926D.htm>



necesario. Los partidarios y los adversarios de una adhesión noruega a la UE atacan el acuerdo repetidamente desde sus diferentes posiciones, pero sus gritos no han ganado mucha atención entre los ciudadanos. Parece que el compromiso de entrar en el Acuerdo EEE ha llevado a una pausa en el debate sobre la UE, que alcanzó su tope con el referéndum de 1994. La campaña electoral de las elecciones parlamentarias noruegas del 14 de septiembre de 2009 casi no ha mencionado la relación con la UE, a pesar de que la UE es la arena internacional que en mayor medida pone premisas para el desarrollo noruego. Un informe sobre el Acuerdo EEE escrito por la embajadora noruega para la Unión Europea, Oda Helen Sletnes, en agosto de este año, indica que la relación entre Noruega y la UE puede ganar mucha más atención en el debate público en los próximos años. El informe describe como los cambios en el sistema de la UE ha resultado en que Noruega no participa más bajo las condiciones previstas en 1994. Sletnes dice que aunque Noruega casi siempre encuentra compromisos aceptables en casos con intereses divergentes, puede ser difícil encontrar buenas soluciones en el marco del Acuerdo EEE cuando los casos tocan a condiciones que no están incluidas en el marco del acuerdo. Ella pone en relieve el equilibrio entre las instituciones de la UE, relaciones con terceros países y las necesidades propias de la UE de manejar casos en el grupo de los 27. Sletnes destaca 5 condiciones principales que va a afectar a la participación noruega en el Acuerdo EEE. La primera condición trata del proceso continuo en la UE para aliviar el peso de la Comisión por la actividad gestora y para fortalecer la coordinación y el cambio de impresiones a nivel europeo mediante nuevos órganos de la UE. Ella se refiere a que desde que entró en vigor el Acuerdo EEE, en la UE ha sido instaurado un gran número de agencias que se han sucedido responsabilidades a la Comisión y mandatos que antes pertenecían a foros intergubernamentales. En la cuestión sobre relación noruega a agencias de la UE, Sletnes afirma que hasta ahora el país ha encontrado buenas soluciones mediante participación como observador. Reconoce que de esta manera Noruega no puede tener liderazgo ni tener influencia sobre las prioridades tomadas en los procesos de presupuesto, pero dice que hasta ahora esto no ha sido problemático porque las agencias solo han tenido responsabilidad sobre áreas técnicas delimitadas. Sletnes observa que esta situación está cambiando. Ella da un ejemplo con la propuesta de la Comisión del 27 de mayo para seguimiento del Informe Larosière. Dice que esta propuesta propone el establecimiento de una agencia europea para la supervisión del mercado financiero, que tendrá autoridad supranacional y tomará decisiones en casos únicos que involucran



bancos e instituciones de crédito. Sletnes afirma que si este desarrollo continúa será difícil encontrar buenas soluciones para la conexión noruega en concordancia con el sistema del Acuerdo EEE y dentro de los límites presentes para transferencia de autoridad noruega a órganos supranacionales.

La segunda condición de la relación entre la UE y Noruega destacada por Sletnes es el argumento de la UE de que ya no puede tratar a los países AELC/EEE diferentes que los demás terceros países en casos en que “muchos quieren más” frente a la UE. Sletnes menciona el diálogo con la UE este año para aclarar si ciudadanos AELC/EEE pueden ser contratados en puestos en agencias ejecutivas de la UE, puesto que estos países pagan una parte de la participación del programa que también presupone el coste de la cooperación del programa de esta parte. La respuesta formal de la Comisión en la última reunión del Comité EEE fue no. Sletnes piensa que la razón de la respuesta negativa es que la UE teme que Rusia, que quiere participar en el Séptimo Acuerdo Marco, podría pedir lo mismo. Al otro lado, Sletnes asegura que Noruega reconoce que la cooperación anda más difícil en una UE de los 27, y vea que hay un consenso en el círculo de la UE de que hay necesidad de una consolidación o concentración de fuerza. Ella entiende que esto puede afectar directamente el deseo de los países AELC/EEE de participar en pie de igualdad, en por ejemplo, en el sistema de rotación en órganos rectores, y disminuye el interés de la UE de invitarlos en foros que tendrían cosas para aportar.

La tercera condición destacada por Sletnes es que la velocidad del proceso de toma de decisiones en la UE debilita la oportunidad noruega de influir en el proceso. Sletnes observa que el manejo de la crisis financiera ha causado una velocidad totalmente distinta en casos que afectan al fundamento de la igualdad de la competencia en el mercado único; un claro ejemplo es el nuevo reglamento para la armonización de garantías de depósitos bancarios. Por lo tanto, al parecer, no siempre es necesario que la legislación sea preparada a través comisiones de expertos, libros verdes o propuestas abiertas, cuando por razones políticas sea urgente de mostrar resultados, hecho que deja sin margen de acción a Noruega. Sletnes observa que esto desafía la capacidad para responder rápidamente a las propuestas e iniciativas que están considerados por la UE. Los puntos de vista noruegos tienen que ser canalizados en el proceso más temprano, algo que también requiere una mejor coordinación entre las partes afectadas en la sociedad noruega para legitimizar la política del gobierno noruego.



Sletnes dice que la cuarta condición sugerida es que pequeños Estados europeos como Andorra, las Islas Feroe y la Isla de Man en ocasiones informales han expresado su interés por el Acuerdo EEE como modelo para una conexión al mercado único de la UE. Ella ve que la Comisión insiste en que una participación completa en el mercado único solo es posible mediante el Acuerdo EEE, y que no tiene capacidad ni voluntad política para manejar acuerdos bilaterales del tipo modelo suizo. Asimismo, dice que la crisis financiera ha aumentado la oportunidad de implementar estos pequeños Estados en el Acuerdo EEE. La crisis ha mostrado que unidas están realmente las economías en Europa, y ha ilustrado la importancia de tener un reglamento común estricto para el mercado único de la capital. Visto desde Bruselas, una entrada de pequeños Estados al Acuerdo EEE puede aparecer como una solución atractiva y eficaz si el acuerdo asegura que estos Estados sean parte de un reglamento común.

La última condición destacada por la embajadora es que las contribuciones económicas de los países AELC/EEE para el desarrollo económico y social están vistos, en mayor medida, como un instrumento de solidaridad. Sletnes observa que la diferencia económica significativa entre los países AELC ricos y la media de los países de la UE ampliada lleva a una presión aumentada por contribuciones más altas por parte de los países AELC. No obstante, señala que esta cuestión no solo cautiva a los países que reciben apoyo mediante el sistema de financiamiento sino también a los países ricos como Dinamarca y Suecia que no quieren que una adhesión en El Acuerdo EEE sea visto como una alternativa demasiado atractiva en frente de un ingreso en la UE.

Sletnes resume que estas condiciones muestra una imagen de una Unión Europea que ha sido más compleja, dinámica, menos clara. A la vez, argumenta que Noruega fue el arquitecto del Acuerdo EEE y ahora prácticamente tiene la responsabilidad de mantenerlo para que siga siendo relevante¹⁴. El Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, Jonas Gahr Støre, comentó que este informe confirma que Noruega tiene desafíos significantes en las relaciones con la UE, las mismas que han crecido tanto en cantidad como profundidad. Støre dijo que este es el desafío continuo del Acuerdo EEE

¹⁴ El Informe “El Acuerdo EEE 15 años. 5 desafíos en el Acuerdo EEE. El Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega. Oslo, 7 de septiembre de 2009.
http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/aktuelt/nyheter/2009/eos_rapport.html?id=575673



puesto que el EEE es estático mientras las instituciones de la UE se están desarrollando continuamente. El ministro sostiene que Noruega todavía tiene oportunidades para enfrentar estos desafíos y advierte que no se puede crear una ilusión de que el Acuerdo EEE puede ofrecer el mismo derecho de votar que una adhesión a la UE¹⁵.

4. LA SOLICITUD DE ADHESIÓN A LA UNIÓN EUROPEA DE ISLANDIA

El 16 de julio de 2009 el parlamento islandés decidió solicitar la adhesión a la UE, con 33 votos a favor y 28 en contra. Once días después, la primera ministra Jóhanna Sigurdardóttir entregó la solicitud a la presidencia sueca de la UE. El Consejo de la UE aprobó la solicitud y pidió a la Comisión elaborar una lista de cuestiones que tienen que ser debatidas en las negociaciones de adhesión. Sigurdardóttir dijo que las negociaciones con la UE pueden tardar hasta tres años y medio antes de que los islandeses puedan votar sobre una eventual adhesión. Además una adhesión requiere un cambio constitucional que tiene que ser aprobado por el Parlamento islandés. Un eventual ingreso de Islandia a la Unión ha sido debatido en Noruega durante los últimos meses. Una entrada de Islandia a la UE significaría que solo Noruega y Liechtenstein se quedarían en el grupo de países AELC/EEE, y se han discutido si esto llevaría a consecuencias para el futuro desarrollo del Acuerdo EEE. El líder noruego del “No a la UE”, Heming Olaussen, piensa que una adhesión islandesa sería de limitada importancia para Noruega. Olaussen afirma que Noruega y la UE son actores racionales y que es obvio que desearían tener un acuerdo comercial razonable, aunque Islandia ya no forme parte del Acuerdo EEE. Al otro lado, el secretario general del Movimiento Europeo noruego, Grete Berget, opina que Noruega debe reconsiderar el Acuerdo EEE y más que todo investigar si el acuerdo todavía es un buen instrumento para manejar los intereses del país¹⁶.

Ulf Sverdrup, un politólogo en la Universidad de Oslo, ha analizado las posibles consecuencias y los resultados de una adhesión de Islandia a la UE. Sverdrup dice que una incorporación islandesa va a significar que el lado AELC en el Acuerdo EEE va de

¹⁵ Entrevista con el Ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, Jonas Gahr Støre. El periódico Aftenposten. Oslo, 9 de septiembre de 2009. <http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/article3250449.ece>

¹⁶ Entrevistas con los representantes de “No a la UE” y el Movimiento Europeo en relación con la solicitud de adhesión a la UE de Islandia. Periódico Aftenposten. Oslo, 9 de septiembre de 2009. <http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/article3172038.ece>



dos a uno (vea que Liechtenstein todavía está, pero pese a todo ellos solo son 35 000 habitantes). Por lo tanto el fundamento alrededor de un lado AELC multilateral desaparece, y con esto el elemento de dos pilares del acuerdo está desafiado. Un acuerdo con Noruega a solas en el lado AELC sería problemático, especialmente en relación con los órganos de vigilancia. Sverdrup subraya que estos órganos son elementales en asegurar la credibilidad del acuerdo y contribuyen para que la duda de que las partes del acuerdo no cumplan con sus obligaciones se reduzca. En el Acuerdo EEE el órgano de vigilancia de la AELC, la ESA, y el Tribunal de Justicia de la AELC, en principio son independientes y van a vigilar y asegurar que el lado AELC cumpla con sus obligaciones. Empresas y ciudadanos tienen la oportunidad de reclamar sobre falta de cumplimiento. Sverdrup dice que es obvio que en caso de que solo Noruega se queda en la ESA, si ESA es dirigida y/o pagada por Noruega, y si solo vigila a Noruega, muchos van a sospechar una falta de legitimidad. La UE puede dudar si la ESA es independiente respecto al cumplimiento del reglamento del acuerdo, y actores noruegos que utilizan la ESA para reclamar sobre la actuación de las autoridades noruegas pueden desconfiar del sistema. De la misma manera, ir de tres a dos jueces en el Tribunal de Justicia de la AELC significaría que la oportunidad de hacer votaciones desaparece. El tribunal tendría menos cosas todavía para tratar, y con esto partes de la justificación y la legitimidad del tribunal van a desaparecer. Sverdrup enseña dos posibles soluciones del problema. Un modelo trata de transferir la responsabilidad de vigilancia a la Comisión de la UE. Esta alternativa planteará cuestiones constitucionales difíciles en Noruega. La otra alternativa es que Noruega asuma la responsabilidad de vigilancia, por ejemplo mediante un nuevo órgano de vigilancia noruego independiente que tiene mecanismos para recibir reclamaciones de ciudadanos y empresas que opinan que el reglamento no está siendo respetado en la práctica. Es incierto si la UE podría considerar este modelo como un sistema de vigilancia suficientemente creíble e independiente. Sverdrup dice que hay necesidades de tener un debate profundo sobre la relación entre la UE y Noruega. Él opina que El Acuerdo EEE tendría que ser reconsiderado, y que Noruega también tendría que considerar otros modelos de vinculación a la UE, como un acuerdo bilateral o una adhesión a la UE¹⁷. Por el momento, el deseo de Sverdrup de tener un debate profundo sobre la cuestión de la UE en Noruega no se cumple.

¹⁷Artículo “Comentario- un Acuerdo EEE sin Islandia?”. Ulf Sverdrup. 10 de septiembre de 2009. http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=673&Itemid=98



Es sorprendente que la polémica alrededor del cambio de las condiciones del Acuerdo EEE y la solicitud para integrarse a la UE de Islandia no ha ganado más atención en la sociedad noruega. Los sondeos de opinión sobre la cuestión de incorporación a la UE han sido estables en los últimos años. En un sondeo de opinión, el 3 de septiembre de 2009, realizado por Norstat por encargo de la Radiotelevisión Noruega muestra que 52,8 % de los noruegos están en contra de una adhesión, 35,2 % están en favor y 12 % no sabe¹⁸.

5. EL DEBATE SOBRE EL INGRESO DE NORUEGA EN LA UNIÓN EUROPEA

¿Por qué Noruega no es país miembro de la Unión Europea cuando ya está tan involucrada en la organización comunitaria? El debate sobre un ingreso posible despierta sentimientos fuertes en la población. El gran número de dimensiones y grupos de interés vinculado a la cuestión la hace bastante compleja. De la misma manera que los escépticos de la UE, los partidarios de la UE es un grupo mixto con antecedentes ideológicas, argumentos y objetivos diferentes. Una ilustración de esta complejidad es que los dos partidos políticos más grandes después de las elecciones parlamentarias de 2009, el Partido Laborista y el Partido del Progreso, que en su conjunto obtuvieron 58,3 % de los votos, no toman posturas ante un ingreso en la UE de Noruega. En la campaña electoral solamente el Partido Conservador comunicó que quería trabajar por una solicitud de ingreso de Noruega en la UE, en el próximo período parlamentario.

Los partidos saben muy bien que la cuestión de la UE es superior de las fronteras partidarias para muchos noruegos y no quieren arriesgar apoyos. Además para algunos partidos, como el Partido Laborista, hay fuertes desacuerdos internos a cerca de la cuestión.

Elijo tomar como base los argumentos de la organización en contra de un ingreso en la UE de Noruega, "No a la UE", y la organización en favor de un ingreso en la UE de Noruega, "El Movimiento Europeo", para mostrar las dimensiones principales en el

¹⁸ Sondeo de opinión sobre la UE en Noruega. Periódico Dagens Næringsliv. Oslo, 11 de septiembre de 2009. <http://www.dn.no/forsiden/politikkSamfunn/article1734735.ece>



debate sobre la UE que dividen la población noruega. Estas dos organizaciones tienen argumentos ante las dimensiones de democracia, solidaridad, paz, medioambiente y cooperación internacional desde sus diferentes puntos de vista.

La dimensión democrática en el debate sobre la UE trata de si un ingreso en la UE de Noruega significaría un mejor o peor nivel de democracia para los noruegos. El Movimiento Europeo en Noruega pone en énfasis que la situación actual noruega, como país miembro en El Acuerdo EEE, implica un déficit democrático preocupante. Ellos subrayan que alrededor de 4500 leyes y disposiciones de la UE han sido leyes noruegas desde 1994. La organización está criticando que Noruega se adapta a reglas que son elaboradas y decididas por otros países sin que Noruega tenga una oportunidad de influencia real en el proceso de elaboración de las leyes comunitarias. Los partidarios de la UE afirman que la pertenencia al Acuerdo EEE lleva a que el liderazgo de la sociedad en parte se mueva desde los políticos y órganos elegidos por el pueblo a juristas y tribunales. Ellos opinan que Noruega ha elegido acceso al mercado en frente del derecho de decisión político compartido y participación democrática. Una ilustración es que Noruega no envía diputados a Bruselas y que el Primer Ministro de Noruega no se reúne al Consejo de la UE para discutir y configurar el desarrollo futuro de Europa. El Movimiento Europeo subraya que la única manera de participar en el proceso de toma de decisiones y asegurar influencia real sobre la vida diaria de los noruegos es ingresar en la UE¹⁹.

Al otro lado, “No a la UE” argumenta que los noruegos perderían aún más influencia democrática si Noruega se convierte en un Estado miembro de la UE. La organización considera que la estructura supranacional de la UE lleva a un déficit democrático en los países miembros. “No a la UE” advierte que cada vez más se están transfiriendo más poderes y competencias a la Unión por parte de los Estados miembros, y que los habitantes en la UE tienen poca visión general sobre lo que ocurre por detrás de las puertas cerradas en Bruselas. “No a la UE” opina que la concentración de poder y la distancia entre el votante y los que toman las decisiones en la UE lleva a un sentimiento de impotencia entre las personas. Los adversarios de la UE hacen referencia a la baja

¹⁹ El informe: “Sin derecho de votar en Europa. Como el Acuerdo EEE influye a Noruega.” El Movimiento Europeo. 23 de septiembre de 2009.

http://www.jasiden.no/Publikasjoner/Informasjonsmateriell/51459/Uten_stemmerett-web.pdf



participación en las elecciones para el Parlamento Europeo de 2009, un 43,2 %, para ejemplificar el poco interés o acercamiento que tienen los ciudadanos europeos a las instituciones comunitarias. La organización opina que en la UE los que muchos de los cargos ocupados en las instituciones comunitarias no son elegidos democráticamente, así tanto los burócratas y los juristas, por ejemplo, son los que toman la mayoría de las decisiones que afectan al pueblo. “No a la UE” dice que es preocupante que el Parlamento, que es el único órgano democráticamente elegido en la UE, tiene poder limitado y en muchas ocasiones funciona como un órgano asesor para los otros órganos en la UE. Por ello consideran que en caso de que Noruega entre en la UE el país tendrá menos de 1 % de la población total en la UE y en consecuencia poco poder en los procesos de toma de decisiones en la UE, especialmente cuando toman en cuenta que en muchos casos importantes órganos no elegidos como el Tribunal de Justicia de la UE, el Banco Central Europeo y la Comisión Europea toman las decisiones en la UE. “No a la UE” afirma que esto no es compatible con el nivel democrático que los noruegos necesitan. Ellos quieren una democracia viviente que requiere que los órganos rectores son elegidos por el pueblo y que el pueblo tenga la oportunidad de debatir y participar en el proceso de toma de decisiones. “No a la UE” quiere que El Acuerdo EEE sea sustituido por un acuerdo que garantice una menor influencia de la UE sobre Noruega, pero subraya que El Acuerdo EEE es mejor que un ingreso en la UE ya que de lo contrario muchas más áreas serían gobernadas desde Bruselas. La organización quiere que Noruega mantenga autonomía sobre la política exterior, la política económica, la política de ayuda al desarrollo, la política agrícola y la política pesquera. Su idea principal es que las decisiones y las reglas comunitarias, que cada vez abracan más áreas, muchas veces son aplicadas sin considerar las diferencias entre la cultura, lengua, tradición política y economía de todos los países europeos, hecho que obstaculiza la oportunidad de resolver desafíos democráticamente a través de mecanismos en el ámbito local y nacional. Ellos están convencidos de que la cercanía y el conocimiento de los asuntos tratados lleva a mejores decisiones políticas²⁰.

La dimensión de solidaridad es debatida en referencia a qué grado la Unión Europea es un proyecto de solidaridad. El movimiento Europeo describe la ampliación de la UE hacia el Este como el proyecto de solidaridad más grande en la historia de Europa. La organización dice que la adhesión de la UE asegura la democracia y el bienestar de

²⁰ Opiniones sobre la democracia en la Unión Europea. Juventud en contra de la UE. 24 de septiembre de 2009. http://umeu.no/hvorfor_nei/folkestyre/



estos nuevos estados miembros. El Movimiento Europeo subraya que la UE al mismo tiempo asume la responsabilidad del mundo fuera de Europa y es la que otorga el 55 % de la ayuda al desarrollo a nivel mundial. Asimismo destaca la posición de la UE como exportador de principios y valores como la solidaridad, derechos humanos y democracia. La organización también observa que la UE es un modelo para otros continentes, y resalta la Unión Africana como un ejemplo de que la cooperación a través de las fronteras internacionales, mediante la contribución de la UE, ha sido un éxito que el resto del mundo busca ahora. El Movimiento Europeo afirma que la UE es un agente principal en el trabajo de regular el comercio mundial en beneficio para tanto países pobres como países ricos, y destaca que ahora los países más pobres en el mundo pueden exportar con mayores beneficios arancelarios hacia la UE. Además el Movimiento Europeo dice que la UE es un fuerte defensor de reglamentos internacionales e instituciones multilaterales. Un ejemplo mencionado es que la UE paga el 38 % del presupuesto de las Naciones Unidas. El Movimiento Europeo afirma que Noruega y la UE comparten los mismos valores y principios, y que Noruega debe ingresar en la UE para tener una voz más fuerte y contribuir junto con el resto de Europa para que el mundo sea mejor para los más pobres en el mundo²¹.

En cambio, “No a la UE” dice que la UE es un proyecto de solidaridad, pero solamente para los países europeos. La organización dice que hoy en día la UE está dirigida, según el Tratado de Lisboa, a convertirse en el área más competitiva del mundo para el 2010, y que la UE utiliza su poder en el mundo para asegurar sus intereses propios, algo que en muchos casos va a costa de los países pobres. “No a la UE” dice que un ejemplo es que el porcentaje de la ayuda al desarrollo de la UE para los países más pobres en el mundo ha disminuido los últimos años y que la ayuda ahora principalmente va a la zona de los Balcanes y el área mediterránea. Además “No a la UE” critica que en muchos casos los países pobres tienen que abrir su economía, a través de la privatización de sus empresas nacionales y la liberalización de sus mercados, como condición previa para recibir ayuda de la UE. La organización también afirma que la política comercial de la UE es hostil hacia los países pobres. Ellos se refieren a las barreras arancelarias comunes de la UE, la exportación de dumping y la política proteccionista de la UE sobre

²¹ El informe: “Sí a la UE. Da Noruega derecho de votar en Europa!”. El Movimiento Europeo. 17 de octubre de 2009. http://www.jasiden.no/om_oss/Vedtekter/8750/EBs_politiske_manifest_2005-2007_-_endelig_vedtatt.pdf



la mayoría de los productos que los Estados miembros producen. “No a la UE” afirma que la actuación de la UE en la Organización Mundial del Comercio (OMC) busca convencer a los países pobres de dar mayor acceso a las empresas multinacionales, hecho que obstaculiza el deseo de los países más pobres de incrementar su producción y ver crecer el volumen de sus exportaciones, además de buscar brindar un mayor nivel de bienestar a sus respectivos países. “No a la UE” reconoce que Noruega podría hacer mucho más para mejorar la situación de los países pobres y el comercio mundial, pero quiere que Noruega se quede fuera de la UE en solidaridad con el resto del mundo para mantener su libertad en la toma de decisiones y en su capacidad negociadora a nivel internacional, pudiendo así poder decidir sobre quienes son o no sus socios comerciales y dirigir por cuenta propia su política de ayuda al desarrollo²².

La dimensión de paz en el debate sobre la UE en Noruega trata de opiniones contradictorias a cerca de la contribución de la UE en este ámbito. El Movimiento Europeo pone en énfasis en los antecedentes de la UE, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que fue construido para asegurar la paz en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, hecho que ha servido para garantizar la paz en Europa Occidental, mediante la cooperación entre los países, los mismos que se comprometen a no provocar la guerra entre unos y otros. La organización especialmente destaca la democratización de las dictaduras autoritarias anteriores en Grecia, España y Portugal como buenos modelos de cómo viejos enemigos pueden volverse socios en el marco de la UE. El Movimiento Europeo considera la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE (PESC) como una cooperación necesaria para asegurar la estabilidad y seguridad en las áreas cercanas a Europa. Especialmente pone en énfasis la importancia de la PESC en el desarrollo de una capacidad propia de la UE para contribuir a solucionar conflictos y de proporcionar seguridad en áreas de conflicto. Por eso el Movimiento Europeo elogia el establecimiento de la Política Europea de Seguridad y Defensa Común de la UE (PESD) de 1999, que permite el envío de contingentes militares o de policía a las zonas en crisis para realizar acciones de mantenimiento de paz, ayuda humanitaria y de reconciliación de las partes en conflicto. Consideran positivo que la UE ha tomado a su cargo algunas operaciones de mantenimiento de paz de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), como en Bosnia y Herzegovina,

²² El artículo: “Solidaridad internacional”. Juventud en contra de la UE. 17 de octubre de 2009. http://umeu.no/hvorfor_nei/internasjonalt_solidaritet/



y también da la bienvenida a operaciones fuera de Europa²³. El Movimiento Europeo elogia que Noruega ha elegido vincularse con la PESD mediante consultas y participación en algunas operaciones civiles y militares²⁴. Para el Movimiento Europeo no hay duda de que Noruega debe ingresar en la UE para contribuir a solucionar los desafíos de seguridad en Europa y fortalecer su posición formando parte de un gran número de países aliados.

Al otro lado, “No a la UE” afirma que fue la paz que creó la UE de hoy, y no el contrario. “No a la UE” no niega que la UE ha sido un actor implicado para impedir un brote de una gran guerra en Europa Occidental los últimos 60 años, pero piensa que más que todo la OTAN, la presencia de los Estados Unidos y un enemigo común en el este de Europa durante la guerra fría son las causas decisivas del mantenimiento de la paz en la zona. La organización dice que las contribuciones más importantes de la UE para promover la paz en Europa han sido los requerimientos de democracia para ingresar en la UE y el énfasis en la globalización cultural mediante, por ejemplo, programas de intercambio de estudiantes. A continuación, “No a la UE” afirma que las palabras nobles de la UE sobre estabilidad y paz no son compatibles con la ambición de la UE de ser una fuerza militar potente. Ellos rechazan que el desarrollo de las fuerzas militares mediante la PESD sea un proyecto de paz en Europa. Opinan que un aumento de fuerzas militares y más gastos en armas de un bloque de poder no van a fomentar la paz y la estabilidad en Europa. En vez de esto, apoyan un sistema colectivo de seguridad que incluyen todos los países europeos, también Rusia. “No a la UE” critica especialmente que el tratado de Lisboa, que parece que va a ser aprobado en el futuro cercano, obliga a los Estados miembros de la UE al rearme para lograr cumplir el objetivo de ser una fuerza militar potente. “No a la UE” también se preocupa por las las operaciones fuera de Europa, como las de las fuerzas de alerta rápida de la UE, ya que por ejemplo las dos últimas guerras en la política internacional han sido legitimizados como una ofensiva para promover derechos humanos y seguridad internacional. La organización teme que uno de los motivos de esta fuerza sirve para poner a la UE en una posición fuerte para

²³ El informe: “Sí a la UE. Da Noruega derecho de votar en Europa!”. El Movimiento Europeo. 18 de octubre de 2009. http://www.jasiden.no/om_oss/Vedtekter/8750/EBs_politiske_manifest_2005-2007_-_endelig_vedtatt.pdf

²⁴ La vinculación noruega a la PESC. La Delegación para la UE de Noruega en Bruselas. Bruselas, 17 de agosto de 2009. <http://www.eu-norge.org/Politikkomrader/Utenriks/>



poder poner atrás sus demandas en la OMC, la ONU y otras instituciones internacionales, también en casos que no promueve la paz internacional²⁵.

La dimensión de cooperación internacional sirve para poner en cuestión la adhesión noruega a la UE, en este punto existe un desacuerdo acerca de cómo Noruega debe preservar su voz independiente en lo que se refiere a política internacional. Según el Movimiento Europeo no hay duda en que Noruega va a salir con una posición más fuerte en la política internacional si elige ingresar en la UE. La organización pone de manifiesto que en la actualidad, Noruega es demasiado pequeña como país, para transmitir y ganar apoyo por sus puntos de vista. Ellos dicen que para Noruega ya es tarde para darse cuenta de que en un mundo globalizado es urgente de tener instituciones políticas regionales y supranacionales. Afirman que la UE y Noruega comparten los mismos valores, principios y objetivos en cuanto a política internacional se refiere, algo que ejemplifican mediante la cooperación estrecha entre las partes en la PESC y la PESD, y en una gran variedad de asuntos, una muestra de ello es que Noruega se ha adherido a varias declaraciones comunes de la UE sobre éstos asuntos. Los partidarios de la UE en Noruega muchas veces mencionan el desarrollo en el área del Norte como un ejemplo de la necesidad de integrarse en la UE. Consideran que la UE y Noruega tienen intereses comunes en esta área, por otro lado está el tema de la extracción de recursos energéticos y pesqueros de importancia global, y que Noruega tendrá mejores oportunidades de asegurar sus intereses si forma parte de la UE, y que le daría a Noruega mayor peso en las negociaciones con Rusia²⁶.

“No a la UE” advierte que la Unión Europea está actuando cada vez más como una voz común en la política internacional y que es muy importante que Noruega mantenga su voz independiente. Piensan que es indeseado tener una política exterior masificada en el marco de la UE, y que Noruega debe preservar su libertad de poder distinguirse de los demás países en los foros internacionales cuando quiera. “No a la UE” observa que Noruega ha mostrado repetidamente que no está de acuerdo con la política de la UE en áreas importantes como la gestión de los recursos del mar, la agricultura y el comercio.

²⁵El informe: “Es la UE un promotor de paz?”. “No a la UE”. 19 de octubre de 2009.

http://www.neitileu.no/media/filer/vett/vett_3_2007_fremmer_eu_freden

²⁶ El informe: “Sí a la UE. Da Noruega derecho de votar en Europa!”. El Movimiento Europeo. 22 de octubre de 2009. http://www.jasiden.no/om_oss/Vedtekter/8750/EBs_politiske_manifest_2005-2007_-_endelig_vedtatt.pdf



Además ellos destacan que Noruega debe desarrollar más su posición como promotor de paz y prevención de conflictos. Este argumento se basa en la necesidad de tener países independientes, que independientemente de las grandes potencias, pueda hacerse cargo de mandatos especiales en misiones de mediaciones de paz y otras misiones de solución de conflictos. La organización dice que si el Tratado de Lisboa es aprobado, será más importante todavía el estar fuera de la UE porque los Estados miembros ya no más pueden promover sus intereses directamente en el área global sino mediante el representante común de la UE²⁷.

La dimensión medioambiental ocupa otra cuestión, la misma que se sitúa alrededor de la polémica a cerca de la UE como instrumento adecuado para un desarrollo sostenible y anticontaminante. El Movimiento Europeo destaca que los problemas medioambientales no pueden ser resueltos a dentro de la frontera noruega. La organización argumenta que la UE es el catalizador en la política ambiental noruega ya que entre el 80 y 90 por ciento de la legislación ambiental noruega viene de la UE mediante el acuerdo EEE. Por eso opinan que la UE es garante para una Europa verde y sostenible, gracias al alto nivel de cooperación y coordinación entre los países miembros y las obligaciones medioambientales que la UE determina a frente de todos los miembros. Un ejemplo destacado es la meta ambiciosa de reducir las emisiones comunes de gas de que ocasionan el efecto invernadero, entre otras medidas a través de suspensión de industria pesada, comercio de cuotas de CO₂, exigencias de purificación estrictas e impuestos de CO₂ nacionales. El Movimiento Europeo valora la voluntad y el empuje de la UE para abrir la marcha en el trabajo para obtener medidas internacionales para manejar el cambio climático. Ellos subrayan que la UE jugó un papel decisivo en las negociaciones y la conclusión de la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático en 1992 y el correspondiente Protocolo de Kyoto en 1997. El Movimiento Europeo cuenta con el esfuerzo de la UE en la cumbre de Copenhague que comienza el 9 de diciembre de 2009, en negociar un nuevo Protocolo ambicioso que sustituya en 2012 al de Kyoto. El Movimiento Europeo subraya que la UE no puede vencer el combate contra el

²⁷El informe: "La UE en la política internacional". "No a la UE". 22 de octubre de 2009. http://www.neitileu.no/media/filer/faktaark/faktaark_2_2009_eu_i_utenrikspolitikken



cambio climático a solas e insiste en que Noruega debe ingresar en la UE para acompañarla en el trabajo importante en esta área²⁸.

En cambio, “No a la UE” sostiene que la UE no es un instrumento adecuado para resolver la crisis medioambiental en Europa ni en el mundo. Su opinión principal es que la UE es demasiado pequeña para resolver los desafíos medioambientales que actúan en el ámbito global y demasiado grande para resolver los desafíos medioambientales que actúan en el ámbito local. Ellos opinan que la UE antes que nada es una construcción que debe asegurar un continuo crecimiento económico en Europa, y a consecuencia de esto considera las fuerzas del mercado contrarias a las del medioambiente. Un ejemplo destacado es que el libre comercio de la UE ha llevado a un aumento radical de emisiones de CO2 del sector de transporte. Otro ejemplo mostrado es que si un Estado miembro de la UE tiene una regla ambiental, en algunos casos esa ley puede ser eliminada por la UE en caso de que ésta esté en desacuerdo con los principios elementales, que son la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas, ya que un Estado miembro no puede tener reglas más estrictas que la UE en conjunto. “No a la UE” quiere que Noruega continúe fuera de la UE para preservar la libertad de adoptar reglas ambientales más estrictas que la UE. Ellos dan el ejemplo de que Noruega ha adoptado la Directiva de cuotas de CO2 de la UE, pero la ha cambiado a algo más estricta, entre otras cosas, como por ejemplo que Noruega ha decidido de parar de compartir cuotas gratis a partir de 2012. “No a la UE” también da importancia en que Noruega puede hacer más para llevar la política ambiental hacia dirección cierta si continua hablando de asuntos ambientales en voz propia, como intermediario entre los bloques grandes²⁹.

6. ¿UN POSIBLE INGRESO EN LA UNIÓN EUROPEA DE NORUEGA EN FUTURO CERCANO?

Una explicación notoria de la falta del debate serio de la UE en Noruega es que los noruegos hoy en día están tan bien que no ven el fin de por qué querer cambiar su situación a algo con consecuencias inciertas. Es verdad que la situación económica de

²⁸ El informe: “UE- el mejor amigo del medioambiente”. El Movimiento Europeo. 22 de octubre de 2009. http://www.europabevegelsen.no/venstrekolonne/focus/EU_-_miljoets_beste_kompis/_miljo_k2.pdf

²⁹ Artículo sobre la UE y el medioambiente. Juventud en contra de la UE. 22 de octubre de 2009. http://umeu.no/hvorfor_nei/miljo_klima/



Noruega está bien. La crisis financiera no ha afectado drásticamente al país, y a consecuencia no ha llevado a un debate intenso sobre la UE como en Islandia. Noruega tenía dinero en reserva cuando la crisis financiera hizo su entrada en la economía europea. El Gobierno rápidamente lanzó paquetes anti-crisis para estimular la economía, y esto ha llevado a buenos resultados. El desempleo en Noruega no ha crecido significativamente, en junio de 2008, el 2,4 % de la fuerza de trabajo estaba desempleada. En junio de 2009 este número había crecido hasta el 2,7 %³⁰. Y aunque la situación noruega fuera parecida a la de Islandia, no sería probable que Noruega hubiera solicitado su adhesión a la UE tan rápido como Islandia lo ha hecho ahora. Islandia principalmente busca la adhesión a la UE para poder formar parte de la [Unión Económica y Monetaria](#) (UEM). Mediante un cambio de la unidad monetaria al euro, el país espera un tipo de cambio más estable y una recuperación de la oferta de capital extranjero hacia la economía islandesa.

En cambio, una posible introducción del euro como unidad monetaria en Noruega no ha ganado mucho apoyo en el debate sobre la UE en Noruega. Dada la extensa actividad petrolera en la economía noruega, existe un amplio consenso de que el país debe preservar su política monetaria independiente. A causa de la continua evolución en el precio del petróleo y el tipo de cambio, la economía noruega muchas veces se desarrolla descompasadamente de las economías centrales del área de la UEM. A modo de ejemplo, un precio elevado de petróleo podría llevar a una corona noruega demasiado fuerte y crear una necesidad de una política financiera contractiva y una política monetaria expansiva en Noruega, mientras que probablemente la UEM optaría por una política contraria.

El resultado de las elecciones parlamentarias, el 14 de septiembre de 2009, reveló que Noruega no se está acercando a un ingreso a la UE en el futuro cercano. La coalición mayoritaria reeligida compuesta por el Partido Laborista, el Partido Socialista y el Partido del Centro han prometido que van a proteger la cuestión de la UE en los 4 próximos años. El Primer Ministro Jens Stoltenberg del Partido Laborista, que por lo demás es partidario de la UE, ha dicho que está dispuesto abrir un debate sobre la UE si

³⁰ Estadística sobre el mercado de trabajo en noruega. La entidad de trabajo y bienestar de Noruega. Oslo, 17 de agosto de 2009. <http://www.nav.no/203181.cms>



Islandia ingresa en la UE, pero asegura que su gobierno en ningún caso va a mandar una solicitud de la UE en este período.

En la situación actual, los noruegos tienen dinero para permanecer fuera de la UE, aparentemente no están motivados por una identidad europea, y están tan divididos en la cuestión de la UE tanto como un proyecto de solidaridad, paz y protección del medio ambiente. Al parecer para que cambie esta situación el país necesitaría un choque exterior muy fuerte como para querer entrar en la UE. Un choque que tendría que ser tan serio para que cambie el interés nacional por el interés a una adhesión, y así neutralice las posiciones contrarias que hoy existen en Noruega por parte de los partidos políticos contrarios a la UE. Janne Haaland Matlary, politólogo de la Universidad de Oslo, opina que normalmente solo un caso de política de seguridad puede jugar un papel decisivo³¹, en lo que se refiere a un cambio de posición referente a la adhesión de Noruega a la Unión Europea.

³¹ Crónica sobre la relación entre Noruega y la UE. Janne Haaland Matlary. Periódico Verdens Gang. Oslo, 5 de agosto de 2009.



LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN LA UNIÓN EUROPEA*

Percy O. Alarcón Bravo de Rueda**

SUMARIO: I. Introducción. II. La revisión del campo de actuación de las empresas de trabajo temporal. III. Contratación e igualdad de trato y no discriminación. IV. Acceso al empleo, a las instalaciones comunes y a la formación profesional. V. los derechos de representación de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. VI. Derechos de información de los representantes de los trabajadores. VII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Hace más o menos un año que el Parlamento Europeo y el Consejo instituían la Directiva 2008/104/CE, exactamente el 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (ETT de ahora en adelante), que entraba en vigor el mismo día de su publicación, esto ocurría el 5 de diciembre de ese mismo año, obligando seguidamente a los Estados miembros a adoptar, y por supuesto publicar, las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas suficientes para dar cumplimiento a sus previsiones como más tarde el 5 de diciembre de 2011. Así pues, hay un plazo de tres años para adecuar las respectivas normas o establecer realmente una ordenación jurídica acorde con lo que esta importante Directiva consagra¹.

* El presente estudio se incardina en el marco del proyecto de investigación «Aspectos jurídicos y económicos de la política social de empleo de Castilla y León», financiado por la Junta de Castilla y León para el bienio 2008-2009 (Referencia: SA004B08).

** Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo, Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social de la Universidad de Salamanca.

¹ La Directiva pretende que los Estados miembros adopten todas las disposiciones necesarias que les permitan garantizar en todo momento el logro de los objetivos de la norma comunitaria. Y para cumplir esta obligación también sirve, en su caso, que los Estados velen «por que los interlocutores sociales apliquen las disposiciones necesarias por medio de un acuerdo». Sea una u otra cosa, deben informar a la Comisión de sus decisiones en este sentido.



La presencia de un tercero en “discordia” en el acto jurídico de la contratación de trabajadores [para cederlos de manera temporal] bien merece el esfuerzo de todos para lograr una legislación armonizada, y esta conveniencia ya quedaba expuesta en 1999, específicamente en el preámbulo del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999), donde se apuntaba de manera orientativa que este acuerdo sólo «se aplica a los trabajadores que tienen un contrato de duración determinada, a excepción de los puestos a disposición de una empresa usuaria por una agencia de trabajo temporal»; dejándose constancia sin embargo de que las partes signatarias (CES, UNICE, CEEP) tienen «la intención de estudiar la necesidad de un acuerdo similar para las agencias de trabajo temporal», tarea pues a la que se abocaron, a través del diálogo social, con resultados poco satisfactorios en el término transcurrido entre los años 2000 y 2001².

No viene sino a retomarse la tarea unos años más tarde, pero esta vez en el contexto de la aprobación por el Consejo Europeo celebrado en marzo de 2005 de variadas directrices³, diseñadas con la expresa intención de reactivar la Estrategia de Lisboa (2000) y reorientar del mismo modo las prioridades en materia de crecimiento y empleo, para ayudar sin duda a cumplir las metas que se habían fijado en dicha Estrategia para el año 2010. Efectivamente, todas estas directrices respaldaban la necesidad de conciliar la flexibilidad y la seguridad del empleo, reducir la segmentación del mercado laboral y tener en cuenta el papel de los interlocutores sociales.

Desde ese momento se hace aún más notoria la apuesta por un modelo de flexiguridad en el que, a imagen de las propias consideraciones del Consejo Europeo, se postulan «nuevas formas de organización del trabajo y una mayor diversidad de los tipos de contrato que combinen mejor flexibilidad y seguridad, para los trabajadores y las empresas, que contribuirán a mejorar su capacidad de adaptación». Y aquí entra de lleno el tema de la cesión de trabajadores a través de ETT, en la doble medida en que se la considera como una opción que responde a las necesidades de flexibilidad de las empresas y, al mismo tiempo, a las necesidades de conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores. Como una posibilidad, en suma, que conviene

² En realidad lo que se pretendía era completar el paquete de las denominadas directivas sobre “trabajo atípico”, es decir, Directiva sobre tiempo parcial y Directiva sobre trabajo de duración determinada, aprobadas en 1997 y 1999 a partir de los Acuerdos sobre estas materias alcanzados por los interlocutores sociales europeos, faltando pues la referida a las ETT.

³ Una de las más conocidas se sitúa en el Libro Verde de la Comisión Europea: «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI».



promocionar porque contribuye a la creación de puestos de trabajo⁴ y a la participación e inserción en el mercado de trabajo. Es bastante sabido que dentro de la UE hay una diversidad de regulaciones, y por ello también resulta conveniente disponer de una norma armonizadora, considerando pues que se trata de un tema muy sensible y claramente actual. En este sentido, la declarada finalidad básica de la Directiva 2008/104/CE es la de instaurar un marco de protección para los trabajadores cedidos por ETT⁵ en el que, como rasgo distintivo, sus condiciones esenciales de trabajo y de empleo sean como mínimo las que se aplicarían a dichos trabajadores si fueran contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto, es decir, que la participación activa, o más bien la interposición, de las ETT no debe afectar las condiciones de empleo de los trabajadores que se colocan a través de ellas⁶, como luego veremos.

De este modo, las cuestiones que la Directiva somete a regulación tienen que ver, cómo no, con el principio de igualdad de trato, tanto en el acceso al empleo como durante la relación laboral, el uso de las instalaciones comunes, la formación profesional, los derechos de representación de los trabajadores cedidos y los derechos de información de los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias, que intentaremos analizar a continuación, aunque antes, para seguir el orden correlativo del articulado, nos detendremos en el tema referido a las prohibiciones o restricciones a las ETT.

II. LA REVISIÓN DEL CAMPO DE ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

⁴ Hay noticias de que los empresarios se quejan de que muchos puestos de trabajo ofertados se quedan sin cubrir, quizá porque la información no llega a los parados; y por lo mismo puede pensarse que las ETT podrían estar mejor posicionadas para ofrecer en este sentido un mejor servicio y rapidez en la colocación, con respecto pues a los Servicios Públicos de Empleo, que están haciendo, por su parte, un gran esfuerzo por mejorar la labor de intermediación, como es el caso español. Al respecto, y según la patronal europea (CIETT), un 17% del trabajo realizado a través de ETT no se hubiera cubierto de no existir las ETT.

⁵ Para dejar claro a quién se aplica, el art. 1 de la Directiva establece que «a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección».

⁶ Es pertinente traer a colación el considerando 12 de la Directiva, el cual recoge una declaración de intenciones precisa, la de dotar de «un marco de protección no discriminatorio, transparente y proporcionado para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la vez que respetuoso con la diversidad de los mercados laborales y las relaciones industriales».



El art. 2 de la Directiva señala con claridad que uno de los objetivos es el de «mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal para garantizar de esta forma el principio de igualdad de trato de los trabajadores cedidos», así como también se recoge el «reconocimiento de estas empresas como empleadores, al tiempo que se tiene en cuenta la necesidad de establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo». Esta mención, como se puede deducir, significa una reválida de estas empresas, en tanto que se las considera como una verdadera opción para generar empleo, pues su diseño y funciones están adaptados supuestamente a la dinámica actual del mercado de trabajo. Al señalar que se quiere mejorar su calidad entendemos que la referencia va dirigida, entre otras cosas, a que si se amplían sus márgenes de actuación, y por consiguiente de negocio, y se las reconoce además –ya que lo son– como cualquier otra empresa de servicios legalmente constituida, también se podrá “exigirles” luego un óptimo desarrollo de la intermediación, y por supuesto de la generación de empleo, bajo el amplio principio de la igualdad de trato y la no discriminación y el debido cumplimiento de la legalidad en su conjunto.

Y ya que esto acontece así, dado que se trata de ensanchar la vía para que se pueda contar más con estas empresas, el art. 4.1 de la Directiva propone una revisión de las prohibiciones o restricciones que en cualquier caso «deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos»⁷; pero hay que advertir de entrada, tal cual se guarda de indicar el mismo art. 4, que lo establecido debe entenderse «sin perjuicio de las exigencias nacionales en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera o supervisión de las empresas de trabajo temporal», es

⁷ Hay que mencionar asimismo que, de acuerdo a los artículos 82 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea, la jurisprudencia comunitaria, en el caso italiano, ya calificó, y sigue haciéndolo evidentemente, a los servicios públicos de colocación como empresa, y que debía someterse por ello a las obligaciones de libre competencia aunque desarrollen actividad de interés económico general. Al actuar como titulares de un monopolio legal, de un servicio de colocación en exclusiva, asumen una posición dominante en un mercado común. Tal posición dominante fue considerada ilegítima y anticompetitiva, sancionándose pues a Italia por haber creado dichas limitaciones y deformaciones en el mercado del trabajo, ya que se mostró abiertamente inadecuada y no capaz de satisfacer la demanda de trabajo, no permitiendo además a las empresas privadas de desarrollar la misma actividad (interpretación que se puede extender a cualquier país que haya monopolizado el servicio de colocación).



decir, que estas materias no están sujetas a revisión, pudiendo cada Estado miembro disponer sobre ellas de acuerdo a su propia concepción del control de la estructuración de estas empresas.

De lo anterior se deriva que corresponderá efectuar una labor de evaluación, hasta la fecha indicada del año 2011, para determinar pues si las restricciones existentes en la legislación o en la práctica convencional desplegada en los Estados miembros están justificadas o no a la luz de este vigente enfoque dado por la Directiva, no olvidemos que consensuado por los propios agentes sociales que operan en el nivel europeo.

En este sentido, a nadie escapa que se mantendrán aquellas restricciones y prohibiciones que tienen justificación en el propio marco legal que sustenta el respectivo sistema en su conjunto, y no sólo en el de la contratación o cesión de trabajadores, como así puede dar fe el Derecho español, partiendo especialmente de la Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal, cuyo art. 8 establece cuatro supuestos a tenor de los cuales estas empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición:

- a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria,
- b) Para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente,
- c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor, y
- d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.

En cuanto al primer supuesto, no cabe duda de que la prohibición tiene una base jurídica⁸ lo suficientemente extendida, y en verdad coherente, entre los países como para que esté excluida de cualquier tipo de revisión, y así se patentiza esto en el considerando 20 de la norma comunitaria, el cual señala explícitamente que «las disposiciones de la presente Directiva relativas a las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal se entienden sin perjuicio de las legislaciones o prácticas nacionales que prohíben sustituir

⁸ El art. 6.5 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, señala al respecto que «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo» (el apartado siete se refiere al mantenimiento de la seguridad, maquinaria, materias primas, etc.).



a trabajadores en huelga por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal». No hay pues aquí ninguna discusión, en tanto que se trata nada más y nada menos que de respetar el derecho [fundamental] de huelga, de no abrir ninguna rendija a través de las ETT que pueda romper o entorpecer la autotutela que configura el ejercicio colectivo del derecho de huelga, que quedaría sin duda vaciado de contenido si se pudiera acudir libremente a las ETT para solicitar trabajadores.

El segundo supuesto, desde nuestro punto de vista, contiene ciertas condicionantes que merecen comentario; pero antes de proceder a ello resulta oportuno conocer lo que al respecto se sistematiza en el ordenamiento español –otra vez sólo por el hecho de ejemplificar, y no pues por su mayor o menor calidad–, y en este caso acudimos al RD 216/1999, de 5 febrero, el cual fija las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las ETT, señalando en el art. 8 las actividades y trabajos de especial peligrosidad en los que se prohíbe la utilización de mano de obra cedida por ETT, esto es, trabajos en obras de construcción, trabajos de minería, trabajos en industrias extractivas, trabajos en plataformas marinas, trabajos con explosivos, trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, trabajos con agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos, trabajos con agentes biológicos y trabajos con riesgos eléctricos de alta tensión.

Esta misma era la línea marcada por la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio, que vino a establecer providencias limitativas de la realización de determinados trabajos en los que, por su especial peligrosidad, la adopción de medidas preventivas de otra índole no garantice los adecuados niveles de seguridad. En las deliberaciones previas salió a la luz que, de acuerdo a las investigaciones llevadas a cabo, los trabajadores provenientes de ETT estaban más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo, situación pues que determina la existencia de prohibiciones o limitaciones en la contratación y cesión a través de ETT⁹.

No obstante ello, hay que puntualizar hechos y datos actuales relacionados con este apartado. En primer lugar, y por imperativo legal, así sucede en el Derecho español, en el francés y en algunos otros más, las ETT están obligadas a destinar un tanto por

⁹ En este mismo sentido se pronuncia M. MIÑARRO YANINI, *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*, MTAS, Madrid, 2002, p. 414, añade además la autora que «siendo trabajadores ajenos a la empresa donde trabajan pueden ser minusvalorados y, consecuencia de ello, se les puede asignar los trabajos más peligrosos ante la negativa de los trabajadores propios de realizarlos».



ciento de la masa salarial [manejada en cada año] para formación de sus trabajadores cedidos (el monto legal en España es el 1 por ciento, pero este porcentaje se ha superado convencionalmente hasta alcanzar el 1,25 por ciento de dicha masa; no obstante, la patronal europea del sector ha llegado a afirmar que en realidad se destina el 3 por ciento para este fin), aunque lo más importante de esta cuestión es que, en la práctica, ese fondo se dedica en bastante medida a formar en materia de prevención de riesgos laborales, algo que supone una mejora evidente y por supuesto un plus para los trabajadores cedidos, además que genera un buen margen de confianza para las empresas usuarias al solicitar trabajadores a las ETT para determinados puestos¹⁰.

En segundo lugar, si de lo que se trata es de prevenir o evitar los riesgos en algunos sectores de actividad con una declarada o elevada peligrosidad, no es menos cierto que en la historia más reciente se ha recurrido masivamente a la subcontratación en un sector catalogado como tal, es decir, la construcción, con el resultado sabido de la producción de un elevado número de accidentes graves y mortales¹¹. Con esto se quiere observar que no siempre la contratación a través de ETT es la menos adecuada, y más aún si tomamos en cuenta que disponen de trabajadores formados en prevención, cosa que no pueden ofrecer, o no han ofrecido por lo visto, las empresas subcontratistas, muchas de las cuales se han formado casi únicamente al amparo de la necesidad mayor de externalizar parte de la actividad de las empresas principales, dejándose de lado pues, o minimizando, y así economizando costes, el aspecto de la prevención de riesgos, cosa ilegítima por supuesto ya que cada empresa, sea contratante o contratista, debe cumplir estrictamente con la normativa en materia de prevención.

En fin, que se podría ir incluso un poco más allá de lo anterior dicho, planteando acuerdos específicos, o al menos declaración de intenciones, entre las empresas, por ejemplo, del sector de la construcción y las ETT que muestren disposición, para que éstas impartan formación específica –supervisada o con protocolos de actuación– a los trabajadores en prevención de riesgos en este sector o en algunas de sus parcelas, o en otros que se presten para ello (electricidad, por citar alguno), como un modo directo de

¹⁰ En todo caso, y de acuerdo a la Ley española 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, «el empresario adoptará las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico» (art. 15.3). Como seguramente sucederá en todos los países, dado que el empresario es siempre el obligado a velar por la salud y la seguridad de sus trabajadores.

¹¹ Ese fue uno de los motivos, quizá el más poderoso, para que en España se diera una Ley que reguló la subcontratación en el sector de la construcción, para limitar pues la cadena casi ilimitada de subcontrataciones entre empresas que originaban los citados accidentes de trabajo.



invertir y aprovechar la obligación legal de formar a los trabajadores y de evitar sobre todo los accidentes de trabajo. Los tiempos son diferentes y las empresas de trabajo temporal sabrían supuestamente cómo organizarse y actuar frente a esta situación (ya que es parte de su negocio y puede generarles mayores ingresos); aunque hay que advertir con claridad que debemos ser respetuosos con el marco legal citado, y con los que existan en los demás países, por lo menos hasta que se demuestre y compruebe que las ETT pueden suministrar trabajadores lo suficientemente preparados para prestar servicios en estos sectores¹².

Este era el estado de la cuestión hasta el momento, pero en el Parlamento español se ha aprobado justamente estos días (el jueves 13 de noviembre), a raíz de la tramitación como proyecto de ley de las medidas urgentes de empleo que el Ministerio de Trabajo aprobó en marzo, una serie de enmiendas que han servido especialmente a diversos grupos de la oposición para sacar adelante sus propias medidas, entre ellas ampliar el horizonte de la intermediación laboral a las ETT, esto es, levantando el veto que éstas tienen en la construcción y en las administraciones. Aunque está claro que la ley debe superar antes el trámite de votación del Senado y, si es así, el Gobierno tendría a partir de ahí cuatro meses para trasponer finalmente la directiva sobre ETT que estamos estudiando, incluyendo pues estos cambios citados.

Es sintomático que uno de los sectores en los que se quiere levantar la prohibición sea el de la construcción, que es claramente el sector con más accidentes de trabajo, por lo ya dicho de la fuerte presencia de trabajadores temporales y de la cadena de subcontratas. Creemos que la medida debe llegar acompañada de un plan de trabajo que incida en invertir los hechos, el fondo de la prohibición, que no es otro que en un sector considerado peligroso no deben trabajar aquellos que no tengan formación específica; algo que se verá en poco tiempo, al menos en el papel, cuando se vuelva a debatir la reforma en el Senado y nuevamente en el Congreso ya para su aprobación final como ley.

¹² En el caso español, otra vez, es bastante oportuno traer a colación el V Convenio Colectivo para Empresas de Trabajo Temporal, BOE de 8 febrero de 2008, específicamente en su art. 12, titulado «limitaciones y prohibiciones», establece que «las organizaciones firmantes del Convenio entienden que no existe razón para que se produzca discriminación negativa en la contratación temporal realizada a través de las empresas de trabajo temporal con respecto a la contratación temporal directa. (...) En este sentido, las organizaciones sindicales y patronales firmantes del presente Convenio se comprometen a colaborar en el marco del Diálogo Social para la eliminación de las prohibiciones, limitaciones y/o restricciones normativas que afecten al libre desarrollo de la actividad de las empresas de trabajo temporal y, de forma específica, para la eliminación de las prohibiciones vigentes relativas a la prestación de servicios en actividades consideradas de especial peligrosidad».



En el tercer supuesto nos encontramos con una prohibición que tiende a evitar las malas prácticas en cuanto al manejo y organización de la plantilla, dado que se prohíbe contratar temporalmente cuando en el plazo anterior de un año la empresa usuaria se ha desprendido de alguno de sus trabajadores o de parte de su personal (despido colectivo), en especial cuando se trata de despidos objetivos, esto es, cuando se producen para mejorar la situación o garantizar la viabilidad de la empresa, algo que no casaría absolutamente con la realización de nuevas contrataciones al cabo de un tiempo. La existencia de este veto aleja en cierta medida la posibilidad de despedir trabajadores fijos con la idea de reemplazarlos al poco tiempo por efectivos temporales, más baratos, más fáciles de administrar y de dar por finalizada la relación. Por todo ello, consideramos que esta prohibición tiene un argumento de mucho calado como para mantenerse indemne frente al nuevo enfoque comunitario sobre la contratación a través de las ETT.

El cuarto supuesto, según nuestro punto de vista, tiene relación con el tema de la idoneidad de las ETT, esto es, que cada una deber tener una infraestructura suficiente de medios y personal, como empresa que se supone que es, y con ella desarrollar una labor autónoma de intermediación e interposición propiamente dicha. Al mismo tiempo, la prohibición de contratar a trabajadores para cederlos a otras ETT se dirige a proteger los derechos de los trabajadores, situándolos frente a un solo empleador y evitar así los abusos que puedan derivarse de cesiones indiscriminadas, o incontroladas, y ganancias repartidas entre las cedentes (esto sucede, pero de manera más grave, en algunos países de Latinoamérica, por ejemplo en Perú, donde cada ETT participante, llamadas allí ‘servis’, se queda con una parte del dinero que pagan las empresas, llegando a cobrar el trabajador mucho menos por esta actuación anormal).

Al margen de estos cuatro supuestos, encontramos otras muestras de restricciones y prohibiciones que, a diferencia de las anteriores, tienen una urdimbre generalista, aunque con diferente fondo, como luego veremos. Antes debemos apuntar, quizá con algo de retraso, que la Directiva se aplica «a las empresas públicas y privadas que son empresas de trabajo temporal o empresas usuarias y ejercen una actividad económica, independientemente de si tienen o no fines lucrativos». La amplitud de este reconocimiento –por el cual prácticamente cualquier tipo de empresa podría ser usuaria– presenta sólo una salvedad, la de que «tras consultar a los interlocutores sociales, los Estados miembros podrán disponer que la presente Directiva no se aplique a los contratos de trabajo o relaciones laborales concluidos en el marco de un programa



–público específico o apoyado por los poderes públicos– de formación, inserción y reconversión profesionales». Hipotéticamente, por las connotaciones sociales y de interés colectivo que se desprenden de estas situaciones, que deben escapar pues a cualquier trato mercantil (algo que tiñe, sin duda, la actuación siempre lucrativa de las ETT).

En esta línea de restricción genérica no podemos dejar de comentar la disposición adicional quinta del RDLeg. 30/2007¹³, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, apartado 1, la cual establece que «no podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal, salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, tomas de datos y servicios análogos» (en el apartado 2 se señala «con un máximo de seis meses y sin que en ningún caso se puedan consolidar los contratos»). En un contexto como el actual, en el que las Administraciones Públicas ejercen como empleadoras, mucho menos como empresarias, tanto en lo que concierne a los funcionarios públicos como a los contratados laboralmente –y mucho más si tomamos otra vez la referencia española, en donde el personal laboral contratado a tiempo determinado supera en porcentaje a las contrataciones temporales de las empresas privadas¹⁴–, podemos justificar este precepto desde el momento en que existe una labor de intermediación gestionada por los Servicios Públicos de Empleo, lo cual, sobre toda otra cuestión, permite la publicidad de la convocatoria de contratación y por tanto la transparencia, que luego a su vez consiente medir la capacidad y los méritos y salvaguardar el principio de igualdad de trato: cuestiones muy difíciles de cumplir si se recurre a las ETT, tal como ahora están configuradas. Pero también podemos apuntar el asunto de los costes del servicio que prestan éstas (la Administración intenta siempre elegir lo que sea más barato) y, por último, señalar que el tema de los contratos en la Administración no tiene esa especie de premura que caracteriza a la empresa privada, además de que ya se cuenta con la figura del interino, cuya función principal es la de remplazar a los funcionarios o contratados que estén de baja.

Bajo estos matices, pues, bien puede justificarse esta limitación; aunque debemos apuntar que cuando se trata de fundaciones u otras entidades o asociaciones ya

¹³ Esta Ley española ha derogado el anterior RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de la Administración Pública, que recogía esta misma limitación, con parecido texto, en el art. 196.3.

¹⁴ En el diario Cinco Días (digital, 16 de noviembre, www.cincodias.com) se ha publicado que «la temporalidad en la Administración Pública alcanza el 26,2%, frente al 25,8% del sector privado, aunque esto se debe mucho a la pérdida de 1,1 millones de empleos temporales privados desde el año 2008».



de carácter privado, respaldadas por las Administraciones Públicas, sí sería posible acudir, y de hecho se hace, a las ETT para cubrir puestos temporales de diferente naturaleza; pero también es oportuno comentar de ciertos casos en los que en el ámbito de la Administración laboran muchos trabajadores cedidos por parte de las ETT, esto es, cuando aquélla contrata los servicios de una empresa (para una asistencia técnica, etc.), no puede evitar que ésta recurra a las ETT para completar su plantilla, algo que no está prohibido por ley dado que se trata de dos empresas privadas.

Todo ese cúmulo de prácticas y soluciones interempresariales quizá haya sido el motivo para que se estuviera pidiendo desde hace algún tiempo que se levantara el veto a las ETT con respecto a ceder trabajadores a las Administraciones Públicas (más todavía, dichas ETT han solicitado participar de la intermediación en coordinación con los propios Servicios Públicos de Empleo, como un modo de manejar la demanda general y facilitar, con los amplios medios que tienen y despliegan, el emparejamiento [de la oferta y demanda de empleo] y la colocación). Los primeros pasos están dados en el Parlamento, y sólo falta comprobar la repercusión del levantamiento del citado veto para que luego se pueda o no seguir avanzando en otros campos de colaboración y desarrollo hacia otras facetas (como por ejemplo la selección de personal, que también han solicitado las ETT para “complementar” su negocio, sin ningún éxito hasta ahora).

El otro escenario acontece cuando las restricciones o prohibiciones están pactadas y recogidas en el convenio colectivo. En efecto, este tipo de cláusulas se ha insertado en variados convenios de sector y de empresa en España, con diferentes grados de prohibición (desde no contratar o hacerlo en cierta proporción a la plantilla fija), pero que en realidad, y aún más a la luz de la Directiva, no encuentran casi cabida salvo en casos muy puntuales¹⁵. En relación pues a esta práctica, la Directiva se dirige a encargar a los propios interlocutores sociales a que atiendan a su revisión en los términos ya señalados en el art. 4.1 y, por ello mismo, se ha procedido a reconducir este escenario a través del convenio colectivo para empresas de trabajo temporal, siendo protagonistas los sindicatos más representativos y la patronal del sector. Conviene pues ahora completar la lectura del ya citado art. 12 del convenio: «(...) Asimismo, las organizaciones firmantes se comprometen a realizar las gestiones necesarias para evitar

¹⁵ Por ejemplo, cuando se pacta con la empresa que una proporción determinada de puestos de trabajo deben ser cubiertos obligatoriamente por personal fijo, sí procedería limitar el uso de las ETT si no se ha cumplido previamente con dicha proporción, puesto que en el fondo no es una prohibición de uso de las ETT, sino una forma de que la empresa cumpla con el pacto, cuyo fin es el de lograr un mínimo de personal estable en la plantilla (algo que, por cierto, es posible pactar legalmente en los convenios).



que se incluyan en los convenios colectivos de toda índole que se negocien, cláusulas que limiten, obstaculicen, prohíban o excluyan, ya sea directa o indirectamente, la contratación de los servicios de empresas de trabajo temporal por parte de las empresas sometidas a dichos convenios, entendiéndose que tales cláusulas deben tenerse por no puestas y declararse su nulidad».

Como se puede apreciar, este convenio colectivo debería marcar el punto final para todas aquellas cláusulas que no tienen un argumento válido, a lo que debemos sumar la entrada en vigor de la Directiva, que ya no deja lugar a dudas en cuanto a esta clase de impedimentos “vacíos de contenido”. La idea mantenida entre los sindicatos ha sido la de que una contratación directa, sin intermediarios, es siempre mejor, pero también se comprende y acepta que el libre ejercicio de la cesión de trabajadores por parte de las ETT es un derecho que igualmente debe respetarse, dado también que el control de legalidad de su funcionamiento, por parte de la autoridad laboral correspondiente, es bastante alto y continuo, y así debería ser siempre en todos los países.

III. CONTRATACIÓN E IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Retomado el diálogo para intentar sacar adelante la Directiva, resulta en verdad oportuno traer a colación lo que se barajaba al respecto en el Consejo de Empleo y Política Social de diciembre de 2007 (EPSSCO), puesto que tiene mucho que ver con el tema de la igualdad de trato y no discriminación. Efectivamente, uno de los planteamientos conflictivos, dentro del contenido del art. 5, fue el de la fijación del umbral para excluir del ámbito de la Directiva a los trabajadores cedidos cuya misión en la empresa usuaria fuese de menos de seis semanas; y el otro, recogido en el art. 11, en el que se verificaba la posibilidad de establecer un periodo transitorio, que permitiera adaptar progresivamente las legislaciones y prácticas de los Estados miembros –de aquellos considerados “permisivos”– en cuanto a la discriminación, al régimen de la igualdad de trato en lo concerniente a las condiciones básicas de empleo. Pero el punto fuerte, el verdadero problema que motivó que la Directiva se encontrase bloqueada ha



sido concretamente la aplicación o no de la igualdad salarial a los trabajadores puestos a disposición por las ETT¹⁶.

Las posiciones mantenidas de continuo por las delegaciones del Reino Unido, Alemania, Irlanda y Dinamarca, a las que luego se sumaron Polonia, Eslovaquia y Malta fueron las que llevaron al estado de bloqueo, y se centraban en conseguir que la Directiva reconociera a los Estados miembros la posibilidad de aplicar, de forma en principio indefinida, una exclusión del principio de igualdad de trato para aquellas puestas a disposición de trabajadores de duración inferior a un determinado número de meses (aquí coincidían con lo pedido por la CIETT). Los demás países, incluyendo España, mantuvieron una posición flexible, con la mejor disposición para elaborar un texto consensuado, pero siempre y cuando dicha exclusión fuese transitoria, ya que si se convertían en excepciones definitivas y permanentes se eliminaría el efecto útil que se persigue con la Directiva, es decir, igualdad de trato y no discriminación.

No debemos olvidar que el texto final aprobado del art. 5 subraya que «las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto». Por ello es menester averiguar a qué se refiere la expresión «condiciones esenciales de trabajo y de empleo» para determinar qué grado de igualdad se instituye en la Directiva; y las primeras claves para entender este significado las encontramos en el art. 3.1.f), el cual señala que dichas condiciones esenciales son las «establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a: i) La duración de la jornada, las

¹⁶ En *El País*, 9 de marzo de 2003, bajo el título *¿De quién son los trabajadores de ETT?* se leía: «La posición de la patronal europea CIETT (Confederación Internacional de Empresas de Trabajo Temporal), de la que forma parte la española AGETT, en la que se agrupan las seis mayores empresas del sector, es que la actual propuesta de directiva “discrimina a las ETT como legítimos empleadores de sus trabajadores, convirtiéndolas en las únicas empresas que no pueden establecer las condiciones laborales de sus propios empleados”. Dicho de otra manera, en su opinión, “el texto final debe establecer lo que podríamos llamar un periodo de carencia o de integración del trabajador cedido, durante el cual las condiciones laborales y salariales las fije la propia ETT, sin que rija la equivalencia respecto a la empresa usuaria. Para CIETT este periodo no debe exceder los 12 meses”. Si contamos con que las cesiones son temporales, y en periodos casi siempre breves, concluiremos que el pedido de la CIETT peca de discriminatorio, porque la igualdad salarial se aplicaría a muy pocos de los trabajadores cedidos, es decir, solo a los de larga, o muy larga, duración. Las estadísticas avalan lo dicho, ya que la duración media de un contrato en España es de 78,48 días, es decir que no llega ni a los tres meses, pero el dato más directo es que se realizan 5 millones de contratos que duran menos de un mes, y 2,7 millones menos de una semana. *Vid.* más ampliamente en *Expansión*, lunes 15 de junio de 2009, p. 23, «Las empresas apuestan masivamente por los empleos de cortísima duración».



horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos; y ii) la remuneración».

Lo cual luego se completa con lo preceptuado por el art. 5.1. a), que recoge que «las normas vigentes en la empresa usuaria relativas a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como b) a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, que culmina con la expresión ‘deberán respetarse, tal como establezcan las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, los convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general’».

Como se puede apreciar en estos dos preceptos, el mandato de igualdad de trato se manifiesta no sólo en lo tocante a las normas sobre tiempo de trabajo, descanso y retribuciones, sino que va más allá al promulgar también su incidencia respecto de las normas sobre conciliación de la vida familiar y laboral (uno de los objetivos declarados de la Directiva es enlazar la flexibilidad con dicha conciliación). Refrendado todo ello, conjuntamente, con la orden de aplicación plena y directa de las normas vigentes en cada una de las empresas usuarias (legales, reglamentarias o convencionales) referentes a la igualdad de trato entre mujeres y hombres y a la evitación de toda clase de discriminación, lo que en la práctica equivale a una proclamación general del principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación respecto de los trabajadores contratados por una empresa de trabajo temporal para ser cedidos a empresas usuarias¹⁷.

De lo anterior se desprende que las opciones enfrentadas a la igualdad de trato expuestas y defendidas por algunos de los Estados miembros no han sido trasladadas verdaderamente a la Directiva, salvo el de un posible periodo transitorio para poder adecuarse—, por lo que, en principio, la cesión de un trabajador por parte de una ETT no debería traer aparejado menoscabo alguno con respecto a un trabajador contratado directamente por las empresas. Y aunque luego pueda parecer que se rebaja en cierto modo la amplitud o rigurosidad de la protección (vía el art. 5.3 y 4) a través de la fórmula de otorgar más o menos libertad a los convenios colectivos para pactar diferencias en las condiciones esenciales de trabajo, inmediatamente después, en el apartado 5 del mismo art., se subraya que «los Estados miembros adoptarán las medidas

¹⁷ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, «La directiva sobre empresas de trabajo temporal», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 18, marzo de 2009 (publicado en www.aranzadi.es).



necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de este artículo...».

Y aquí corresponde a los sindicatos asumir un papel, que de hecho y de derecho es de su interés, el cual debe transitar por el camino de mantener el máximo nivel de protección que abre la Directiva, no prestándose pues a pactar cláusulas que rebajen o distorsionen la igualdad de trato, tanto en el plano de la remuneración como en el de las condiciones laborales, y lo mismo en cuanto a la no discriminación por razones de género, ideología, etnia, etc., tal cual se ha venido defendiendo en España. Por eso resulta importante que la Directiva haya subrayado el papel de la autonomía colectiva, que siempre apunta [por la parte sindical] a la defensa de los intereses generales de los trabajadores¹⁸; pues si se dejaba en manos individuales el acuerdo, por ejemplo entre la ETT y el trabajador, lo mismo hubiera supuesto un cúmulo de presiones para éste en su arduo pasaje de lograr un empleo, sea temporal o [luego] fijo¹⁹.

El fin último, pues, es que los ingresos salariales y extrasalariales totales percibidos por el trabajador cedido deben ser los mismos (sean montos fijos, variables o en especie)²⁰, que obtiene un trabajador comparable de la plantilla. Quizá parezca muy sencillo decirlo, y también su puesta en práctica –al amparo del conocido principio de “a igual trabajo igual remuneración”– pero no siempre ha sido así, pues el funcionamiento y éxito de las ETT ha dependido mucho de las facilidades que otorgan estas empresas, incluido el coste final de los servicios que presta. La legislación española corrigió allá por el año 1999, es decir, casi 5 años después de la entrada en vigor de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal en 1994, este hecho diferenciador, y discriminador, en la medida en que los trabajadores cedidos venían recibiendo en ese

¹⁸ Un ejemplo de esta defensa sindical en España de la igualdad de trato en el III convenio colectivo estatal de la madera, BOE 7 de diciembre de 2007, en cuyo art. 31 se señala lo siguiente: «las empresas afectadas por este convenio, cuando contraten los servicios de ETT, garantizarán que los trabajadores puestos a disposición tengan los mismos derechos laborales y retributivos que les corresponden a sus trabajadores en aplicación de su correspondiente convenio colectivo. Esta obligación constará expresamente en el contrato de puesta a disposición celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria que esté vinculada por el presente convenio».

¹⁹ Y hacia esa defensa se dirige la Directiva, art. 9.1 «La presente Directiva no supondrá menoscabo del derecho de los Estados miembros a aplicar o introducir disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables a los trabajadores o de favorecer o permitir convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales más favorables a los trabajadores».

²⁰ En este sentido, y dado el carácter temporal de la relación, se debe incluir además la prorrata de los descansos dominicales, las pagas extraordinarias, los festivos, las vacaciones y todo pago aplazado que pudiera corresponder al trabajador, como por ejemplo las utilidades o si se firmara un convenio y su aplicación, en la parte salarial, fuera retroactiva, aunque ya no estuviera el trabajador prestando servicios en la empresa usuaria.



periodo el salario fijado en el convenio de las ETT, y no pues de acuerdo a lo previsto en los convenios del sector o de la empresa usuaria que, además de ser siempre más satisfactorios para los trabajadores, es la mejor vía que puede uniformizar a todos, cedidos o no, y así lo ha reconocido la Directiva.

No menos importante es la consideración del tiempo que puede ser cedido un trabajador, destacándose que la igualdad de trato, en este aspecto, significaría nada menos que seguir los mismos plazos que vienen fijados en la ley para la contratación temporal directa, porque es bastante discriminatorio permitir plazos más largos de temporalidad para los trabajadores cedidos. Un ejemplo a tener en cuenta es el de Italia, que por intermedio de la Ley 267/2003 (reguladora de la *agenzia di lavoro interinale*) se permitía realizar contratos de puesta a disposición a tiempo indeterminado en un amplio abanico de sectores, bastando anteponer una causa objetiva. La nueva Ley 247/2007, en cambio, permite sólo contratos a tiempo determinado (por 12 meses o, si es el caso, extensible a 24 meses cuando así se determine), cerrándose por tanto esta vía libre que daba pie a cometer abusos en la contratación cuando intermediaba una ETT. No es baladí considerar que la esencia de estas empresas radica en la naturaleza temporal de los servicios que presta, como su mismo nombre indica, y por tanto es incongruente que se produzcan, y permitan, cesiones indeterminadas, porque en ese caso más bien estaríamos ante una necesidad empresarial permanente, duradera, no provisional, que no justificaría pues recurrir a la cesión.

Y mantenemos esta postura aun cuando se diera el caso que el trabajador mantuviera un contrato de trabajo indefinido con la ETT, por las mismas razones anteriores, es decir, que la empresa usuaria debería contratar a ese trabajador directamente, sin intermediarios, ya que la necesidad de personal no es coyuntural sino permanente. No tiene mucho sentido, pues, dirigir tantos años a un trabajador que no sea de la plantilla, aunque éste goce de la estabilidad que otorga un contrato indefinido por parte de la ETT²¹. Por otro lado, advertimos que la cesión indeterminada de trabajadores puede convertir en la práctica a las ETT en empresa de servicios, puesto que puede recaer en el personal cedido el encargo de llevar toda una parcela dentro de la actividad de la empresa usuaria (asistencia, archivos, bibliotecas, conserjería, limpieza, tal como sucedía en Italia hasta la dación de la Ley del 2007).

²¹ Vid. C. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal: una perspectiva de estudio comparado», *REDT*, núm. 131, 2006, pp. 771-773, quien defiende estas cesiones como una solución a la contratación temporal, al mismo tiempo que facilitadoras de la flexibilidad empresarial.



Junto a ello no debemos tener duda que la Directiva impulsa el trato equivalente en materias igualmente significativas, tales como la jornada, los turnos de trabajo, las rotaciones, la movilidad funcional, etc. que deben afrontar los trabajadores cedidos como uno más de la plantilla. Ya habíamos adelantado que la presencia de estos trabajadores en los locales de la empresa usuaria, alejado pues del empleador legal, era aprovechada en algunas circunstancias para “delegarles” el trabajo más pesado o peligroso, situarlos en los turnos menos favorables o utilizarlos indiscriminadamente para lo que haga falta, entre otras cosas.

De manera similar, hay noticias de que las empresas usuarias solicitaban trabajadores durante periodos de cinco días cada vez (de lunes a viernes), evitándose pues, de manera burda, que éstos acumularan los descansos semanales y por tanto los pagos proporcionales correspondientes. Todo lo anterior no tiene ahora ningún acomodo en el marco que promueve la Directiva, ni cualquier otra situación que afecte al trabajador por el solo hecho de provenir de una ETT.

En lo que toca a la igualdad de trato entre hombres y mujeres a la hora de solicitar la cesión (empresa usuaria), como el propio hecho de enviar un trabajador en misión (ETT), no cabe cuestionarse, como hemos adelantado también, que la literalidad del art. 5 actúa como barrera a cualquier otra interpretación que minusvalore dicha aplicación de la igualdad de trato. En este sentido, las ETT no pueden, por decirlo de algún modo, organizar sus ficheros tomando en consideración el género, sino más bien, y por descontado, teniendo en cuenta el perfil profesional u oficioso del trabajador. En algún momento se ha acusado a las ETT de ayudar a mantener la segmentación del mercado de trabajo, dado que facilitaba los mejores trabajos a los varones y dejaba los demás, la mayor parte precarios, o los de tiempo parcial, a las mujeres²². Así, con la transposición de las directivas comunitarias referidas a la igualdad, y por supuesto con la entrada en vigor de la Ley española, 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, las ETT deberán cuidarse aún más de no infringir los principios que proclaman estas normas, ayudando incluso al desarrollo legal, por ejemplo, en el aspecto de la discriminación positiva, enviando preferentemente trabajadoras a las empresas que actúan en aquellos sectores en los que la mujer está menos representada.

Volviendo al tema de la contratación indefinida en las ETT, en relación por supuesto con la igualdad de trato, destaca el art. 5.2 de la Directiva: «Por lo que se

²² M. MARTÍNEZ, *Las empresas de trabajo temporal: aproximación a su desarrollo*, publicado en la página web: www.sociologicus.com/tusarticulos/ett.htm



refiere a la remuneración, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones a las disposiciones contempladas en el apartado 1 cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el periodo de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones». En este caso estamos hablando de “cambiar” la protección total de la Directiva en el plano salarial por una protección global si el trabajador cedido tiene un contrato indefinido con la ETT, que le permite sin duda seguir cobrando el salario entre misión y misión.

No es igual, evidentemente, ser contratado de forma temporal para ser cedido que tener un contrato indefinido y no ir al paro cuando termine la cesión, pues la ETT, como empleador, debe seguir pagando el salario. La Directiva permite por lo mismo que los interlocutores sociales, a instancias de los Estados miembros, puedan negociar convenios colectivos para implantar dicha diferencia de trato entre este tipo de trabajadores cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria, siempre que tales diferencias sean razonables y proporcionales, adecuadas a una “protección global” así dictada por la Directiva, puesto que en el fondo a ese trabajador ya se le considera protegido, a veces lo llamamos privilegiado, por tener un contrato indefinido. El trato diferenciado sí tiene cabida aquí, pero habría que prever con mucha exactitud las condiciones de trabajo, y sobre todo los derechos, que le asisten al trabajador cuando no esté en misión, como son el derecho a una ocupación efectiva, a la no suspensión del contrato arguyendo causas técnicas u organizativas, entre otras, dado que la ETT sigue siendo su empleador y la que ha decidido por propia voluntad realizar dicho contrato indefinido, asumiendo de antemano unos riesgos que no desconoce. Se puede afirmar que en la práctica española es una fórmula que no se aplica, o muy pocas veces, por todos los problemas económicos que pudiera entrañar, sobre todo cuando la ETT no pudiera colocar al trabajador un largo periodo de tiempo.

IV. ACCESO AL EMPLEO, A LAS INSTALACIONES COMUNES Y A LA FORMACIÓN PROFESIONAL

A partir del art. 6, que ahora estudiaremos, y bajo el mismo título que este apartado, la Directiva instituye una serie de cuestiones que, aun siendo de distinta índole, tienen también como punto de encuentro la igualdad de trato, con el fin último



de no obstaculizar las oportunidades que puedan presentarse a los trabajadores cedidos en las empresas usuarias o en la misma ETT de la que procede.

El primer asunto es el de la posibilidad cierta de que un trabajador cedido pueda, al término de la misión, ser contratado directamente por la empresa usuaria. No es algo demasiado conflictivo, dado que la relación que une al trabajador con la empresa usuaria, salvo en los momentos en que está contratado y cedido, debe ser siempre voluntaria, sin obligaciones genéricas de permanencia o cumplimiento de requisitos que atenten a la libertad de trabajar y decidir, aunque ello no quita que se deba actuar bajo el principio de la buena fe, como toda relación bilateral. No hay que olvidar que las propias ETT manifiestan, a modo de reclamo, que son una vía cierta para encontrar trabajo estable después de un tiempo de haber sido cedido (de hecho manifiestan que alrededor de un 40% de los trabajadores que pasan por una ETT encuentran trabajo fijo en las empresas usuarias). La ley española no es ajena a esta situación, dado que el art. 7.3 de la ley de ETT declara nula cualquier cláusula que prohíba la contratación directa una vez concluida la cesión.

Ayuda mucho a que se pueda plasmar esta transformación de los contratos que las empresas usuarias se aboquen a informar a los trabajadores en misión, a aquellos que están prestando servicios en sus locales, de los puestos vacantes existentes para que tengan las mismas oportunidades que los demás trabajadores de dichas empresas usuarias de obtener un empleo indefinido. La Directiva (apartado 1) recoge este mandato con carácter imperativo («los trabajadores serán informados...»), si bien rebaja un poco las expectativas declarando luego que «esta información podrá ser facilitada mediante un anuncio general expuesto en un lugar adecuado de la empresa usuaria a la cual, y bajo cuya supervisión, estén vinculados los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal», y no pues de manera individual o directa, que a veces resulta más segura de recibir. Si en un marco normativo cualquiera nos encontráramos con que una ley ordena que se deba informar de puestos vacantes a los trabajadores temporales contratados directamente sería, es, de plena justicia que también se integre en este derecho de revelación a los trabajadores cedidos que, por cierto, no son ni menos profesionales ni tienen menos práctica que los demás.

La salvedad a lo anterior, es decir, a la transformación del contrato temporal por uno indefinido y libre de cargos, tanto para la empresa usuaria como para el propio trabajador, se manifiesta en principio en la Directiva (apartado 2), que reconoce la licitud de aquellas disposiciones que establezcan una indemnización a la ETT, por parte



de la empresa usuaria, por los servicios prestados de cesión, contratación y formación. En el hipotético cuadro de indemnizaciones deberá valorarse en cualquier caso la especialización del servicio prestado y el nivel de formación alcanzado por el trabajador, entre otras cuestiones, ya que no es lo mismo “perder” a un trabajador manual que se ha cedido por un mes, por decir algún periodo de tiempo, que a un trabajador especializado, seleccionado o formado que ha permanecido relacionado con la ETT durante varios meses.

Aparte de ello, y fuera del marco instaurado por la Directiva, también resultaría lícito que la ETT reclamara una indemnización al trabajador si éste tuviera firmado con ella un pacto de permanencia –a raíz de haber recibido una formación específica, que no genérica–, que incumpliría al incorporarse a la empresa usuaria. Esto, claro está, no es una penalización por desligarse de la ETT, sino la denuncia de un incumplimiento que por derecho le asiste a la empresa.

Completando el marco descrito, la Directiva prohíbe que las ETT puedan «exigir a los trabajadores el pago de honorarios, a cambio de haber gestionado su contratación por una empresa usuaria o por la celebración de contratos de trabajo o la concertación de relaciones laborales con la empresa usuaria una vez finalizada una misión en esa empresa usuaria». O, lo que sería lo mismo, y de acuerdo a lo que establece el art. 12.4 de la ley española de ETT, «será nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación». Esto debe convertirse en un derecho irrenunciable para el trabajador, esto es, no pagar absolutamente nada a la ETT por todo lo que conlleva la cesión, en la medida en que las ganancias de la ETT, gracias en todo caso al trabajador, deben proceder siempre de la empresa usuaria.

Asimismo, del apartado 4, siempre del art. 6 de la Directiva, se desprende con claridad que la igualdad de trato se extiende a otros aspectos que, en el fondo, sirven para generar una mejor convivencia e, incluso, integración de los trabajadores cedidos por las ETT, como son el disfrute del «acceso a las instalaciones o a los servicios comunes de la empresa usuaria, en particular los servicios de comedor, guardería y transporte en las mismas condiciones que los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria, a menos que concurran razones objetivas que justifiquen un trato diferente». No creemos que existan razones contrarias a ello, pues debe prevalecer el hecho de que el trabajador cedido participa en la actividad productiva como uno más de la plantilla. Cualquier otra instalación, llámese gimnasio, pistas de tenis, piscinas, etc., o



servicios médicos o de recuperación, deberían estar abiertos para dichos trabajadores cedidos (no olvidemos que un personal motivado y cómodo en la empresa produce mucho más).

Y, por último, y de parecida factura que lo anterior, la Directiva insta a los Estados miembros, apartado 5, a adoptar ciertas medidas o a promover el diálogo entre los interlocutores sociales para, a) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación y a los servicios de guardería infantil en las empresas de trabajo temporal, incluso durante los períodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo; y b) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias.

Son dos cuestiones importantes que también deberían ponerse en práctica, puesto que subyace la idea de promover y mejorar la empleabilidad del trabajador a través de los recursos formativos que ofrecen tanto las empresas usuarias como las ETT, y la siempre fundamental ayuda que significa una guardería para aquéllas, y aquéllos, que tengan hijos. Lo novedoso es que se impulse y reconozca la participación de los trabajadores en los momentos en que no exista cesión, es decir, en los momentos en que no está ligado laboralmente con la ETT, salvo en lo que toca a su inscripción libre en ésta como demandante de trabajo. No hay que olvidar, al efecto, que un trabajador puede inscribirse como demandante en más de una ETT, por lo que correspondería realizar un esfuerzo de coordinación entre éstas, una suma de esfuerzos e ideas para llevar a buen fin esta proposición comunitaria.

En cuanto al acceso de los trabajadores cedidos a la formación que pueda impartir la empresa usuaria para sus propios empleados, se presenta una disyuntiva que bien puede tener una solución intermedia, en la medida en que el tiempo que se destina a la formación se considera tiempo de trabajo, y por lo mismo se remunera como tal. Esto puede llevar, pues, a que la empresa usuaria se piense que está invirtiendo tiempo y dinero en un trabajador que no es suyo, que no utilizará mucho tiempo o que favorecerá también a otras empresas ajenas a sus intereses. La solución puede pasar porque la ETT, del monto (1,25% de la masa salarial manejada, como hemos dicho) que debe destinar a la formación, compense en parte a la empresa usuaria, ya que dicha formación, o una parte de ella, le corresponde por ley.

Pero es evidente que la buena voluntad existe, por lo que no hay que descartar que las empresas usuarias puedan ofrecer dicha formación a estos trabajadores, con la



vista puesta en que algunos de ellos pasen luego a formar parte de su plantilla. Aunque también existe la posibilidad de que la Administración reconozca el costo de los cursos, sabiendo que en la actualidad hay una apuesta decidida para invertir en formación, sobre todo cuando entran en escena los trabajadores temporales y aquellos que se encuentran en paro, a efectos sin duda de calcular las ayudas para este rubro.

V. LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS POR EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Todos sabemos que el número de representantes de los trabajadores en los centros de trabajo depende mucho del número de trabajadores que consten en la plantilla respectiva, y que en el cálculo del umbral participan tanto los trabajadores fijos como los temporales, atendiendo en cualquier caso a un periodo mínimo de permanencia de éstos en la empresa. La Directiva da un giro de tuerca con respecto a lo que afecta a la representación de los trabajadores cedidos, proponiendo dos opciones que los Estados miembros deben definir de acuerdo al art. 7. Efectivamente, puede elegirse que los trabajadores cedidos por ETT sean tenidos en cuenta para el cálculo del umbral de constitución de los órganos de representación [legales] de la propia ETT que los contrata, puesto que al fin y al cabo es su empleadora; o, en cambio, el Estado miembro se puede decantar por que los trabajadores cedidos se tomen en cuenta para dicho umbral y constitución de la representación pero esta vez en la empresa usuaria, tal cual se considera a los empleados directamente con contratos de la misma duración [temporal].

Si lo importante es que el trabajador tenga consolidada una representación que pueda defender en todo momento sus intereses, lo que debemos valorar es que con cual de estas posibilidades se lograría la finalidad perseguida. En España, en cualquier caso, se abre otra solución, que podemos llamar intermedia, puesto que los representantes de la empresa usuaria asumen la representación de los trabajadores mientras dure la misión, a «efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas»; sin que ello signifique, hay que subrayar esto, que los trabajadores cedidos cuenten para el citado umbral. Esto no equivale a que los trabajadores cedidos no cuenten para nada, porque en la práctica son tomados en consideración a la hora de calcular la representación en las propias ETT que los contratan, advirtiéndose en



consecuencia que en España se aplica materialmente la primera opción citada por la Directiva, aunque “subjetivamente” se alinee a los trabajadores cedidos con los trabajadores de la empresa usuaria cuando están en misión.

Es indudable que muchos de los problemas o interrogantes para el trabajador cedido se manifestarán mientras esté laborando en los locales de la empresa usuaria, y por ello consideramos que la segunda opción, esto es, que los trabajadores cedidos se sumen a la plantilla para calcular el umbral en la empresaria usuaria, es la vía más idónea, pues todo lo que se consiga en las empresas usuarias repercutirá directa y positivamente en los trabajadores cedidos, de los presentes y de los futuros, de acuerdo pues a los parámetros expuestos por la Directiva en cuanto al trato igual en materia de salarios y condiciones de trabajo. Por tanto, la representación de los trabajadores de las ETT debería conformarse exclusivamente con los trabajadores contratados para llevar el negocio de intermediación en los locales de éstas, y quizá con los que tengan un contrato indefinido que, en los periodos entre misiones, se ponen al servicio o disponibilidad de las ETT, con las que tendrían que tratar en caso de controversia.

VI. DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Esta última cuestión viene recogida en el art. 8 de la Directiva, y tiene que ver con que «la empresa usuaria deberá proporcionar la información apropiada sobre el recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal dentro de la empresa cuando transmite información sobre la situación del empleo en la empresa a los órganos representativos de los trabajadores instituidos de conformidad con el Derecho comunitario y nacional». Este derecho entra en ese amplio catálogo de información que debe suministrar la empresa a los representantes de los trabajadores, algo que no se puede obviar por el solo hecho de intervenir una ETT.

En el Derecho español se clarifica mucho esta cuestión, o más bien se la eleva a un rango mayor, por cuanto se establece que «la empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización, dentro de los diez días siguientes a la celebración. En el mismo plazo deberá entregarles una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso, del trabajador puesto a disposición, que le deberá haber facilitado la empresa de trabajo temporal» (art. 9 de ley de ETT). Aquí se agrega un aspecto importante, pues la



obligación también es con respecto a informar de la causa de contratación, y no sólo de que se ha contratado. Por lo mismo, los representantes pueden así ejercer su derecho a reivindicar el cumplimiento de la ley, previniéndose así, al menos en parte, los fraudes en la contratación temporal, que no solamente se producen en la contratación directa, sino también a través de las cesiones por ETT.

VII. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Supremo de España, de 4 de febrero de 1999, que en su momento manifestaba que “el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal”, refleja muy bien lo que hemos venido defendiendo en este estudio, y por supuesto las líneas maestras del contenido y de la propia motivación de la Directiva, que no es sino impulsar una amplia igualdad de trato, la no discriminación, la remoción de los obstáculos para el acceso a un empleo estable de los trabajadores cedidos, entre otras cosas.

Para ello promueve también la mejora de la calidad de las ETT, aspecto que consideramos muy importante porque puede contribuir a que el servicio de intermediación que desarrollan este tipo de empresas sea mucho más eficiente, en verdad generador de muchas más oportunidades y de empleo propiamente dicho. Esta mayor profesionalización de las ETT, a la vez, puede completar una mejor formación de los trabajadores cedidos, sobre todo en lo que respecta a la prevención de riesgos, que ha sido una de las materias más conflictivas en su ya larga trayectoria. Lo anterior, más la ampliación de su campo de actuación que está en ciernes, de acuerdo a la revisión de los vetos que pesa sobre las ETT propuesta por la Directiva, no debe hacernos perder de vista, sin embargo, que una de las líneas de actuación de estas empresas, en cuanto a lo que significan las cesiones brevísimas y la segmentación, ha contribuido mucho a la precarización laboral y al mantenimiento de unas tasas muy elevadas de temporalidad, especialmente en España²³.

²³ No hay que olvidar que la Directiva, art. 9.1, propugna que los Estados miembros también puedan imponer mejoras que compensen, por ejemplo, este estado de precariedad o segmentación, u otros que afecten a los trabajadores cedidos. En España se reconoce, por citar una medida, una indemnización de 12 días por año trabajado (o su prorrata) a los trabajadores cedidos, frente a los 8 días que legalmente se reconoce a los trabajadores temporales contratados directamente por la empresa.



Hace falta, pues, reconducir de algún modo esta situación negativa e impulsar una contratación más equilibrada, algo más sostenida, así como también es necesario que las ETT contribuyan a que la mujer termine por entrar en el mercado de trabajo en las mismas condiciones que el hombre, discriminando positivamente a través de las cesiones, como se ha dicho antes, en aquellos sectores donde existe infrarrepresentación femenina.

Por lo demás hay que reconocer que las ETT son una empresa como cualquier otra, sometida a diversos controles de estructuración y funcionamiento por parte de la autoridad laboral, a la cual hay que pedir igualmente un respeto exquisito de la legalidad a la hora de concertar las cesiones, un mayor esfuerzo en la formación, un porcentaje más amplio de contrataciones estables en su propia plantilla, y por fin su colaboración para dar todavía más impulso a la conciliación laboral y familiar.

No hay que olvidar que el proceso de armonización de todos los ordenamientos de los países miembros va a traer consigo no sólo una elevación de la calidad del trabajo prestado a través de estas empresas, sino también nuevas ideas o formulaciones que debemos ir estudiando y tratando de adaptar a la legislación propia, con el fin último de seguir mejorando las prestaciones y el funcionamiento de las ETT, que seguramente estarán llamadas a cumplir un importante papel en este mundo cada vez más globalizado y tecnificado.



¿SE PODRÍAN REFORMAR LOS TRATADOS COMUNITARIOS AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN?

Catalina Afanador Hidalgo

INTRODUCCIÓN

La Reforma de los tratados comunitarios que forman parte del Derecho originario de la Unión Europea debe llevarse a cabo por medio de un método estricto de revisión que establece el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea (TUE), y en virtud del nivel de dificultad que ha alcanzado este procedimiento se presentaron crisis jurídicas y políticas debido a la necesidad de poner en manos de cada uno de los Estados miembros la ratificación de cada una de las revisiones que se realizan, por lo cual, en los últimos años se evidenció la capacidad de un solo Estado miembro de frenar el avance de todo el proceso y se planteó la necesidad de buscar alternativas al mecanismo de revisión de los tratados para lograr la solución del estancamiento en la introducción de reformas necesarias para el correcto funcionamiento de la Unión debido a la dificultad para conseguir el consenso necesario.

De igual manera, la pregunta que la doctrina se ha planteado desde hace tiempo es si los Estados pueden utilizar otras vías de reforma de los tratados al margen de los procedimientos establecidos en estos. Dado que las disposiciones respecto a la revisión que contienen los tratados de la Unión Europea, son más estrictas que las contempladas en el Derecho Internacional, surge la cuestión de si los tratados pueden ser modificados por este mecanismo o si son de obligatorio cumplimiento las disposiciones del Tratado en la materia.



REVISIÓN DE LOS TRATADOS

Con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado de Lisboa, durante algunos años la UE estuvo inmersa en un proceso de reforma de su derecho originario que encontró múltiples dificultades por la no prestación del consentimiento por parte de algunos Estados miembros, y el último gran obstáculo fue que el primero de los *referéndums* acerca de la aprobación del Tratado de Lisboa realizado en junio de 2008 en Irlanda resultó negativo y conllevó a una nueva complicación en la entrada en vigor de la reforma de los tratados porque impedía la conformación de la unanimidad requerida para la ratificación por parte de todos los Estados Miembros, aunque posteriormente el resultado fue positivo en el referéndum celebrado en octubre de 2009, lo que permitió la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, en este lapso cobró vigencia el debate que se había abierto desde tiempo atrás acerca de la posibilidad de lograr un mecanismo de reforma al margen del procedimiento previsto por los tratados, de igual forma vale la pena preguntarse si las disposiciones de revisión de los tratados que incluye el tratado de Lisboa resuelven este punto.

Sin duda alguna, es importante y legítimo poner en manos de cada uno de los Estados miembros la aceptación de cada una de las revisiones de los tratados que se realizan, pero lo que ha quedado en evidencia en los últimos años es la capacidad de un solo Estado Miembro de frenar el avance de todo el proceso.

Ejemplos de esto son, el caso del pueblo Danés que rechazó por referéndum el Tratado de Maastricht el 2 de junio de 1992 aunque posteriormente lo aprobó en otro referéndum celebrado el 18 de mayo de 1993; La solución a la cuestión Danesa vino dada por la aceptación de un mecanismo de *opting out* respecto de ciertas políticas, lo que favoreció que el referéndum de 1993 dieran un resultado positivo permitiera la modificación de los tratados

Igual percance es el sufrido por el Tratado de Niza que una vez sometido en Irlanda tuvo un resultado negativo en el referéndum de junio de 2001, situación que fue solventada con la realización de un nuevo referéndum que obtuvo un resultado positivo en octubre de 2002, la razón por lo que este Estado lo ratificó fue fruto de los cambios políticos y actuaciones diplomáticas además de una declaración en la cual Irlanda manifestó su neutralidad y voluntad de no quedar vinculada por los mecanismos de defensa mutua.



De la misma forma se encuentra el rechazo de los pueblos Francés y Holandés al *non nato* Tratado Constitucional, que diferencia de los anteriores casos no continuó con la ratificación de los demás Estados miembros, sino que llevo a un periodo de reflexión al término del cual se realizó el Tratado de Lisboa para avanzar en el proceso de integración y que como uno de los escollos a su entrada en vigor obtuvo la negativa del pueblo Irlandés, y puede decirse que estos tratados en especial el constitucional fueron afectados por el sistema de reforma rígido establecido los tratados.

Y como ya se anticipaba antes de la realización de la revisión a los tratados¹, respecto a la posibilidad de que este tratado no entrara en vigor y se bloqueara los Estados miembros quedaron de nuevo sin la previsión de los instrumentos jurídicos adecuados para encontrar una solución para que la reforma pudiese hacerse efectiva y seguir en el proceso de integración. De igual forma se preveía que los riesgos de estancamiento que pueden acarrear el mantenimiento del actual sistema de revisión es donde pueden depararse algunas sorpresas².

Entonces el análisis de la revisión de los tratados es fundamental dado que en éste se asienta la posibilidad de introducir reformas para el buen funcionamiento de la UE, así La cuestión relativa al sistema de revisión es de interés, tal vez porque en el sistema de revisión (artículo. 48 TUE) reside el blindaje de todo el sistema a través de una rigurosa exigencia de legitimidad internacional y que resulta imposible introducir variaciones neutras desde este punto de vista³.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la reforma de los tratados comunitarios se lleva a cabo por medio del procedimiento establecido en el artículo 48 del TUE que era un proceso único, que involucraba a las instituciones comunitarias y que para su entrada en vigor requiere la ratificación por todos los Estados Miembros de acuerdo con sus normas constitucionales⁴.

¹ En este sentido se anticipo de una manera muy clara a los eventos que hoy presenciamos: Urrea Corres, M.:

« *El dilema de la Convención la búsqueda de una solución alternativa al modelo clásico de reforma de los tratados* » Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 14, 2003.

² Liñán Nogueras, D.: « *La difícil reconducción del discurso de la simplificación en el debate sobre el futuro de la Unión Europea* », en García de Enterría, E. (Dir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid 2002, p. 297.

³ *Ibid.* 298

⁴ *Artículo 48 Tratado de la Unión Europea*

El Gobierno de cualquier Estado miembro, o la Comisión, podrá presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión. Si el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, ésta será convocada por el Presidente del Consejo, con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en



Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el procedimiento de reforma sigue regulado por el artículo 48 del TUE, y guarda algunas similitudes con el previsto con anterioridad, no obstante cuenta con particularidades tales como el establecimiento de un procesos de revisión ordinario o uno simplificado, que involucra a las instituciones comunitarias y que para su entrada en vigor requiere que sean ratificadas por todos los Estados Miembros de acuerdo con sus normas constitucionales, la diferencia radica en la necesidad o no de la convocatoria de una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros que se requiere en el procedimiento ordinario y que debe examinar la recomendación enviada por una Convención compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión ésta última puede no convocarse cuando el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo consideren que la importancia de las modificaciones no lo justifica.

Los recientes problemas que se presentaron por la necesaria reforma de los tratados de la Unión Europea demostró lo que la doctrina había venido señalando en los últimos tiempos referente a la necesidad de un cambio en el sistema de revisión de los tratados, se presenta un agotamiento del sistema de reforma clásico de los tratados constitutivos y por lo tanto debe procederse a un cambio, las dificultades en el proceso de revisión están a la orden del día, lo que se comprende por la gran diversidad de Estados que conforman la Unión Europea lo que trae aparejado diversas concepciones que sirven como mecanismo de alimentación del proceso integrador, pero pueden encontrarse las distintas concepciones de cada uno, originando retrasos en el proceso de integración por lo que debe pensarse en otras formulas que permitan avanzar el en el proceso de integración a aquellos Estados que así lo deseen, dado que cada vez se hace mucho más difícil, debido a la ampliación, mantener la necesidad de que se produzcan de manera exitosa la ratificación de los tratados por parte de los Estados Miembros, y más si a esta ratificación se le suma lo complicado que puede resultar si se hace por *referéndum*⁵.

dichos Tratados. En el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Consejo del Banco Central Europeo.

Las enmiendas entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

⁵ En este sentido, véase: Urrea Corres, M.: «Los procedimientos de Reforma de los Tratados comunitarios y la entrada en vigor del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 13, 2007, p.43.



En el pasado ya se han barajado diversas ideas respecto a la necesidad del acuerdo unánime de los Estados para la entrada en vigor de las reformas, así en el proyecto del tratado de la Unión Europea presentado por el Parlamento Europeo en 1984 se proponía que se condicionara la entrada en vigor del Tratado a ratificación por una mayoría de Estados que representaran al menos dos tercios de la población comunitaria⁶ así como el proyecto *Penélope*⁷ que se propuso la adopción de un acuerdo sobre la entrada en vigor del tratado y sería vinculante tras un tiempo determinado si lo hubieses ratificado una mayoría de cinco sextos de los Estados y solo sería vinculante para estos.

Dentro de las opciones se establece la posibilidad de que el tratado entre en vigor si lo ratifican una mayoría de Estados que represente al menos dos tercios de la población comunitaria esto supondría ventajas respecto de la posibilidad de que no se bloqueen las reformas por la negativa de un Estado, pero trae nuevos inconvenientes respecto de la regulación de las relaciones mutuas entre los Estados que lo hayan ratificado presentándose así problemas en la aplicación práctica.

Así mismo se han planeado alternativas para superar estos escollos, como sería el uso de la geometría variable o la utilización de mecanismos de distintas velocidades, pero ¿realmente estas soluciones pueden ser consideradas como alternativas reales, dentro de una Unión Europea cada vez más grande y perspectivas de ampliación que no cesan? En este punto el tratado de Lisboa dentro de la revisión ordinaria incluyó un apartado que previsiblemente contempla la situación de no ratificación así, *Si, transcurrido un plazo de dos años desde la firma de un Tratado modificativo de los Tratados, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión*⁸ esta posibilidad dada por el tratado no es una solución concreta sino que encarga al Consejo Europeo para que examine la cuestión y busque una alternativa y podría ser una aplicación de una de las alternativas que presentaron en el pasado, pero realmente no logra resolver de forma profunda la situación, o se complicaría el funcionamiento de la Unión, porque en el escenario en el cual una gran mayoría de los Estados miembros ratificara la modificación de los tratados y otros no, ¿qué solución novedosa o diferente a las

⁶ DOCE C 77 de 19.03.1984, p.52

⁷ Constitution of the European Union, working document, 4 de December de 2002.

⁸ Artículo 48 TUE.



actuaciones llevadas a cabo recientemente para la obtención de la nueva ratificación puede ser realmente efectiva? La mejor sería la negociación de las peticiones de los Estados miembros reticentes, porque no parece práctico o probable, aunque jurídicamente de alguna forma podría encajar, que se inicien las reformas para unos Estados a la espera de la ratificación de los otros pues se tendría una situación compleja sobre todo si se trata de aspectos que afectan directamente a los aspectos fundamentales de la Unión.

REFORMA AL MARGEN DE LOS TRATADOS

Entonces, la opción a los planteamientos anteriores sería recurrir al Derecho Internacional que ha servido en el pasado como fuente de solución. No obstante, las disposiciones respecto a la revisión de los tratados que prevé el derecho comunitario son más rígidas que el contemplado en el Derecho Internacional, entonces surge la cuestión de si los tratados pueden ser modificados por este mecanismo o si son de obligatorio cumplimiento las disposiciones del TUE en la materia.

Entonces ¿es el ordenamiento jurídico comunitario algo cualitativamente diferente del Derecho Internacional Público, y, consecuentemente, el poder de los Estados para reformarlo está limitado aún cuando se siga leyendo en los tratados que es el acuerdo unánime de estos el que posibilita las enmiendas?⁹ La discusión gira entorno a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión con respecto al Derecho internacional

Respecto a este punto las opiniones están divididas en la doctrina, así, hay un sector que considera que los procedimientos de revisión previstos por los tratados comunitarios no son ni obligatorios ni exclusivos, ya que, en virtud de las reglas imperativas del Derecho Internacional público el acuerdo de todos los Estados parte del tratado baste para su revisión¹⁰. Y En sentido contrario, hay otra parte que considera

⁹ Rodríguez-izquierdo Serrano, M.: «La reforma de los tratado europeos: ¿es posible otra lectura constitucional?», en Carrillo López, M., López Bofill, H.: *Constitución Europea: Actas del III Congreso Nacional de constitucionalistas de España*, 2006, P.889.

¹⁰ En este sentido Deliege-Sequaris M. «Révision des traites européens en dehors des procédures prévues», *Cahiers de droit européen*, núms. 5-6., 1980. afirma que la CE puede acogerse al procedimiento clásico de de revisión de los tratados según las disposiciones de la Convención de Viena, utilizando los principios de *pacta sunt servanda* (artículo 26), los principios de extinción de los tratados por el acuerdo unánime de las partes (artículo. 39 y 54) y la aplicación de la convención al acto constitutivo de las organizaciones internacionales (Art. 5).



que toda modificación del tratado ha de realizarse de conformidad con el procedimiento previsto en el tratado.

El primer sector considera que los procedimientos de revisión previstos por los tratados comunitarios no son obligatorios ni exclusivos, los Estados Miembros son los señores de los tratados y en virtud de las reglas imperativas del Derecho Internacional público, especialmente el principio de la libertad de las formas, que establece que los Estados pueden convenir libremente los cambio que estimen oportunos siempre que consientan en los mismos unánimemente y manifiesten esa voluntad a través de un instrumento jurídico válido y *no están obligados a utilizar el mismo procedimiento seguido al concluir el primer tratado, ni tampoco están obligados a seguir el procedimiento de revisión establecido en el primer tratado si acuerdan usar otro distinto.*

Entonces el acuerdo de todos los Estados partes del tratado basta para su revisión, y pueden proceder a ésta a través del acuerdo mutuo en cualquier momento y respecto de cualquiera de sus disposiciones, y el hecho de que esta tenga lugar al margen del procedimiento prescrito por el tratado no cuestiona la validez del acuerdo internacional al que lleguen los Estados Miembros¹¹.

Además, si se tiene en cuenta que el procedimiento de revisión previsto en el Tratado de la Unión Europea, no difiere en gran medida del procedimiento clásico del Derecho internacional y las disposiciones coinciden con lo dispuesto en el Convenio de Viena en lo referente a la enmienda y modificación de los tratados¹².

Debe tenerse en cuenta que el tratado es un acuerdo internacional, que puede ser modificado por los Estados, además su procedimiento de reforma incluye aspectos claramente intergubernamentales, así mismo, es un proceso que hunde sus raíces en el Derecho internacional público.

De esta forma, uno de los requisitos fundamentales sería la necesidad del acuerdo de los Estados Miembros, de forma concordante con lo dispuesto en el artículo 39 del Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, lo que confirma que los tratados comunitarios siguen estando en manos de los Estados Miembros que conservan plenamente el poder de revisión que afecta incluso a la cláusula de revisión de los tratados, en este sentido, conforme al Derecho Internacional no puede negarse

¹¹ Campins Eritja, M: « La revisión del tratado de la Unión Europea», Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia, Serie D, D-24, octubre de 1995. 20 y ss.

¹² Ibid. 25



que los tratados pueden ser modificados válidamente por un acto posterior, de naturaleza idéntica a la del acto que les dio vida, ya que la hipótesis de que constituya un derecho propio, perderían su carácter de tratado internacional y podría sostenerse que los Estados Miembros quedan liberados de las normas de derecho internacional público.

Y de esta forma y si se tiene en cuenta el carácter facultativo y no obligatorio de la disposición comunitaria que se explica en la existencia de una norma de derecho imperativo, según la cual el acuerdo de todos los Estados es suficiente para proceder a la revisión del tratado es posible la revisión de los tratados de la Unión Europea al margen del procedimiento previsto en estos¹³.

Concretamente, los principios de Derecho Internacional sobre los que se fundamenta la anterior posibilidad, son los que se encuentran en la Convención de Viena tales como el principio de *pacta sunt servanda*, Los principios de extinción de los tratados por el acuerdo unánime de las partes, la aplicación de la convención del acto constitutivo de las organizaciones internacionales¹⁴.

Y respecto a lo que contempla el artículo 40 de esta Convención que establece que la reforma se puede llevar a cabo a menos que los tratados dispongan de otro mecanismo, debe ser visto como permisivo de las partes de una convención para hacer otras modificaciones sin que esto permita dudar del principio de la modificación de acuerdo entre las partes, porque, la puesta en marcha de un procedimiento particular de revisión no implica necesariamente que las partes se han puesto de acuerdo para excluir el examen por el procedimiento clásico.

Así mismo, establecen que no es cierto que por ser la Unión Europea una comunidad internacional las disposiciones de sus actos constitutivos siempre prevalecen, porque las disposiciones de un tratado no pueden ser superiores a las normas del derecho internacional, entonces, *los actos constitutivos de las organizaciones internacionales pueden ser válidamente modificadas por el simple acuerdo entre las partes de acuerdo con el jus cogens*¹⁵, de igual forma, *las disposiciones de tratados que prevén procedimientos de revisión que van más allá y la exigencia del consentimiento unánime o que enuncian que estos tratados son de duración ilimitada valen sólo en la medida en que los Estados no decidan, por acuerdo unánime, hacer caso omiso en virtud de las normas del derecho internacional público,*

¹³ Deliege-Sequaris M. « Révision des traites européens...», op. cit. p.543.ss

¹⁴ Ibid. p. 543

¹⁵ Ibid. p. 546



*los tratados europeos pueden ser modificadas o incluso derogada en cualquier momento sólo por el acuerdo unánime de las partes*¹⁶.

Entonces es válido desde el derecho internacional la conclusión de un nuevo tratado al margen de los procedimientos del artículo 48, dado que los Estados son sujetos de derecho internacional y los tratados fundacionales se encuentran regidos por el derecho internacional, y el acuerdo de los estados partes es suficiente para poner fin al tratado o modificarlo lo que es válido desde el derecho internacional.

Y en este sentido, el Tribunal de Justicia no sería competente para anular una convención concluida sin el respeto a las cláusulas de revisión, dado que el hecho de que los estados hayan previsto la intervención de las instituciones comunitarias en el procedimiento de revisión no implica en absoluto que la ausencia de intervención de las instituciones pueda invalidar una revisión, porque el derecho de intervenir en la revisión opera según el procedimiento clásico del derecho internacional que no está reconocida a las instituciones comunitarios¹⁷.

Así mismo en el pasado se han dado casos de reforma de los tratados al margen del procedimiento establecido en ellos y que darían fundamentan a lo anteriormente expuesto, así se encuentra el caso de revisión del tratado CECA por medio del tratado Franco Alemán de 1956 que versaba sobre la vinculación del Sarre a la República Federal Alemana y que modifico el Tratado CECA respecto de las ponderaciones de voto previstas por el artículo 28.5 del CECA respecto del Consejo.

De igual forma el Convenio de 1957 de unificación de asambleas realizó una revisión del tratado CECA si atender a su mecanismo de revisión, respecto de ciertas instituciones de las Comunidades Europeas para armonizarlo con las disposiciones del tratado de Roma para la creación de instituciones comunes.

En sentido contrario, hay otra parte de la doctrina, que no está a favor de los anteriores puntos y argumenta en favor de la naturaleza específica de los tratados, y sostiene que aunque su conclusión y entrada en vigor originaria se desarrolló en el marco del derecho internacional convencional, su evolución posterior trasciende este origen y cada vez más se desliga del ordenamiento jurídico internacional y se aproxima al derecho interno¹⁸.

¹⁶ *Ibíd.* p. 550.

¹⁷ *Ibíd.* p. 543.

¹⁸ García Gestoso, N.: « Una prueba del carácter confederal de la Unión Europea. El mantenimiento de la unanimidad estatal en el proceso de revisión del tratado por el que se instituye una Constitución para Europa». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 112, 2005. P. 25



Así con la previsión del artículo 48 TUE se establece un procedimiento distinto para la reforma de los tratados comunitarios frente al principio general de libertad de las formas que rige la modificación de los tratados internacional en general.

Entonces toda modificación del tratado ha de realizarse de conformidad con el procedimiento previsto en el tratado, llevar a cabo un procedimiento al margen de este constituye una violación del artículo de reforma del tratado y puede darse por la no participación de las instituciones comunitarias en el proceso de reforma, así como la elaboración de un tratado que no tuviera en cuenta las formalidades previstas, además el artículo 48 TUE puede ser considerado como ley especial ante el artículo 46 de la convención de Viena que prevé los mecanismos de reforma de los tratados.

De igual forma, establece que estos tratados han creado un orden jurídico que va mas allá de lo meramente contractual y de la cooperación internacional, dado que se ha cedido soberanía y *«Seria por tanto absurdo exigir la aplicabilidad de reglas concebidas para la cooperación internacional entre Estados soberanos cuando los mismos Estados Miembros, por voluntad propia, se han conferido un sistema de revisión de los tratados comunitarios, es decir un sistema de revisión propio y peculiar»*¹⁹.

Entonces, no se puede realizar una reforma de los tratados por parte de los Estados Miembros sin contar con la participación de las instituciones, dado la naturaleza misma de los tratados comunitarios que al ser acuerdos de integración tienen una estructura institucional desarrollada que luego realizarán las tareas que se confían a la Unión²⁰.

En este sentido, la intervención de las instituciones esta prevista en la primera fase de revisión de los tratados, que tiene una naturaleza indisponible de la cláusula de revisión de los tratados, lo que se traduce en la autonomía del derecho comunitario respecto del internacional público, esto se justifica por la limitación al poder soberano de los Estados Miembros y la creación de una comunidad de derecho, que tiene un ordenamiento jurídico propio y autónomo, cuya particular naturaleza implica una situación especial respecto del derecho internacional que impide a los estados miembros liberarse de sus compromisos comunitarios y actuar al margen de los tratados.

¹⁹ Respecto al tema: Martín y Pérez de Nanclares J.: «El sistema de reforma de los tratados y la cuestión danesa», *Comunidad Europea Aranzadi*, No. 3, Marzo de 1993. , p. 38 y ss.

²⁰ Louis, J.V.: «Quelques considérations sur la révision des traités instituant les communautés européennes?», *Cahiers de droit européenne*, 1980, núms. 5-6, p-554.



Esto supone la remoción de la norma de derecho internacional y traduce en el fondo la ineptitud de este ordenamiento para regular las relaciones de los Estados Miembros cuando se producen en el marco comunitario, así la cláusula de revisión actúa como ley esencial que excluye la aplicación de las normas de derecho internacional²¹.

Entonces los acuerdos que se realicen por parte de los Estados Miembros y que sean contrarios al tratado pueden ser objeto de anulabilidad dado que no es válido dentro de la Comunidad los acuerdos de revisión del tratado efectuados al margen del procedimiento previsto en estos, pero el TJCE no está facultado para iniciarlos porque no son actos de las instituciones, pero podría entenderse que procede recursos contra este, aunque lo que obviamente no implica la nulidad del acuerdo internacional²².

La necesidad de recurrir a los tratados para su revisión ha sido reiterada por el Tribunal de Justicia así ha establecido que: “*en efecto una modificación del tratado únicamente puede producirse, sin perjuicio de disposiciones específicas mediante una revisión practicada conforme al artículo 236*”²³ (posterior artículo N y actual 48 TUE), en este sentido las modificaciones del tratado, únicamente pueden producirse, por este procedimiento, sin perjuicio de las disposiciones específicas. En este caso en concreto no se consideró válida la modificación de un plazo establecido por el tratado y que fue realizada por medio de una resolución de los Estados Miembros, porque no se había realizado por medio del procedimiento previsto en los tratados. Esta argumentación ha sido ha servido para argumentar la autonomía del derecho comunitario con respecto al ordenamiento jurídico internacional²⁴.

Así el abogado general de este caso expone que esta resolución de los Estados Miembros es un acto esencialmente político y no constituye una fuente de obligaciones autónoma para los Estados, tales obligaciones tienen su origen únicamente en el artículo del tratado.

En este mismo sentido, no puede obviarse el procedimiento de reforma del art 48 TUE, porque en este se exige la ratificación parlamentaria para la entrada en vigor de la modificación de los tratados comunitarios, lo que va en concordancia con las normas constitucionales de los Estados Miembros que exigen la aprobación parlamentaria de

²¹ Campins Eritja, M: «La revisión del tratado... », op. cit., p. 18 y ss.

²² En este sentido: Martín y Pérez de Nanclares J.: « El sistema de reforma de los tratados... » op.cit. p. 40.

²³ Sentencia del TJCR de 8 de abril de 1976, Asunto 43/75 Rec. 1976 (I), Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.

²⁴ Luis da Cruz Vilaça, J, Piçarra, N.: « Y-a-t-il des limites matérielles a la révision des Traités instituant les Communautés européennes? » Cahiers de droit européen, 1993, núms. 1-2. p. 13



ciertas clases o de todos los acuerdos internacionales y no dejan libertad de elección al gobierno para someter o no el acuerdo a la aprobación parlamentaria. *Por tanto no solo por razones de la UE sino también por razones de derecho constitucional nacional los gobiernos están obligados a seguir el procedimiento de revisión establecido en el artículo 48 TUE sin poder apartarse de él salvo para las excepciones contempladas en el propio tratado*²⁵.

Otra alternativa de reforma se presenta en el caso en el que haya consenso ente unos Estados para avanzar en las modificaciones pero no en la totalidad, entonces podría ponerse en marcha la reforma sin el consentimiento de los demás estados Miembros y esperar a que estos lo ratifiquen? Esto se fundamenta en la afirmación de que uno o varios Estados Miembros no deberían impedir a los demás avanzar– y al propio proceso de integración europea por su incapacidad de ratificar un texto aprobado por amplio consenso en la convención.²⁶

De acuerdo con lo establecido en las normas de derecho internacional en el que se prevé la posibilidad de que los tratados puedan entrar en vigor tras la ratificación de un cierto número de partes dándose la posibilidad al resto de estados de ratificar el tratado con posterioridad pero esto crearía dificultades prácticas en el desarrollo del las disposiciones, *Las instituciones europeas no podrían funcionar simultáneamente bajo las nuevas normas y las antiguas, así que la revisión debe ser necesariamente de aplicación a todos los Estados o a ninguno, no se dispone de una opción flexible intermedia*²⁷.

No obstante solo debe permitirse si esa modificación no afecta a los derechos de los Estados no participantes derivados del Tratado original, lo que no es el caso de los Tratados comunitarios cuya aprobación inexcusablemente afecta y modifica los derechos existentes de todos los miembros de la UE, por tanto bajo las actuales reglas del artículo 48 TUE todos los Estados Miembros deben dar su aprobación a los cambios.²⁸

Aun cuando ese improbable consenso se diese, la solución continuaría siendo inviable desde un punto de vista jurídico-institucional, ya que habría que prever un marco normativo e institucional para los Estados Miembros que quedasen fuera del

²⁵ De Witte, B.: «La dimensión nacional de la reforma de los tratados europeos: evolución y debates recientes», en Cartabria, M.; De Witte, B.; Pérez Tremps, P. (dirs), *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, Valencia, 2005, p. 199.

²⁶ *Ibíd.* p. 213.

²⁷ *Ibíd.* p. 206.

²⁸ *De Ibíd.* p. 216.



“núcleo duro”, que debería ser distinto del contemplado en los tratados en vigor. En todo caso, no es una solución política aceptable para la situación actual²⁹.

Además esto significaría un retroceso del proceso de integración. Un tratado de esa naturaleza equivaldría a la consolidación de una parte Estados de la Unión, dejando para el resto de los Estados la aplicación de los tratados en vigor. Desde el punto de vista jurídico la solución no es viable a la luz de los tratados vigentes, porque éstos no admiten “tratados de modificación” entre algunas de sus partes.

Entonces la opción de revisión de los tratados de la Unión Europea por medio de un acuerdo internacional posterior es una posibilidad que cuenta con grandes argumentos en pro y en contra, pero hay que tener en cuenta que los Estados Miembros han accedido a someterse a un procedimiento especial para la revisión del tratado, esto afecta su capacidad de actuación en este sentido y no obstante su carácter internacional es innegable que los tratados comunitarios cuentan con características especiales, que hacen que para su modificación los Estados Miembros cuenten con un mecanismo establecido en ellos a través del cual pueden expresar su voluntad de cambio. Y dado que la revisión de los tratados es un procedimiento específico que se aparta del derecho de revisión de los Estados de acuerdo con las formas propias del derecho internacional, en este sentido los Estados Miembros aceptaron limitar el ejercicio de la soberanía en los asuntos que transfirieron a la Unión por lo que deben cumplir con las obligaciones prescritas en el tratado y una actuación leal respecto de la Unión.

ALTERNATIVAS A LA NEGATIVA DE UN ESTADO MIEMBRO DE RATIFICAR UNA REVISIÓN DE LOS TRATADOS

La consulta al pueblo irlandés tuvo un resultado negativo por temas indirectamente relacionados con el tratado, tales como las negociaciones en el seno de la OMC, en particular, las importaciones de carne brasileña y su efecto sobre los ganaderos irlandeses, la eventual armonización del tipo del impuesto de sociedades en Europa y su impacto sobre la inferior fiscalidad irlandesa, la derogación de las limitaciones constitucionales al aborto supuestamente permitidas por el Tratado de Lisboa, el supuesto compromiso irlandés con un ejército europeo, junto a otras

²⁹ Diez-Hochleitner, J, Espósito, J. «El sino de La Constitución Europea» en Los Procesos de Integración en la Encrucijada: perspectivas de Futuro Santiago de Chile, 21-22 noviembre 2006. - Santiago de Chile: CEPAL, 2006. disponible, en: www.obreal.unibo.it/file.aspx?IdFile=153&Type=NewsFile.



cuestiones sí relacionadas con el tratado como la pérdida de una plaza permanente para un nacional irlandés en la futura Comisión³⁰.

Entonces deben buscarse alternativas pero no explorar las que estén al margen de los tratados porque si es necesario avanzar en el proceso pero no se puede hacer obviando las disposiciones de los tratados ya en vigor.

Ante este panorama el caso irlandés debe resolverse como se ha hecho en el pasado,

debe buscarse como reintegrar a Irlanda en el proceso, por medio de mecanismos como la repetición del *referéndum* tal como se hizo con Dinamarca en la ratificación del tratado de Maastricht en 1992, y por la propia Irlanda en Niza (1991) por medio de la elaboración de que busque responder a las peticiones de los irlandeses. Y de esta forma lograr la entrada en vigor del tratado de Lisboa.

De hecho se acordó en el Consejo Europeo de diciembre de 2008 realizar compromisos para lograr la ratificación que por disposición constitucional requiere que cada reforma de los tratados sea construida como una reforma de la propia constitución, lo que significa la necesidad de un referéndum.

Pero la labor no es únicamente de concesión por parte de la UE que debe oír a Irlanda sino que el gobierno de este Estado debe cumplir un labor de difusión del verdadero sentido del tratado de Lisboa, es de nuevo el punto del acercamiento de la UE al ciudadano que ha sentido los beneficios de la integración pero en los últimos años se ha alejado de este proceso de integración.

En este sentido las conclusiones del Consejo Europeo de 12 y 13 de diciembre de 2008 establecieron el compromiso de Irlanda de intentar la ratificación del Tratado de Lisboa antes de que se termine el mandato de la actual Comisión dado que se establecieron garantías jurídicas con respecto a los siguientes tres puntos principalmente como son la no modificación para ningún Estado miembro, respecto del alcance o el ejercicio de las competencias de la Unión en materia de fiscalidad, además, el Tratado de Lisboa se entiende sin perjuicio de la política de seguridad y defensa de los Estados miembros, incluida la tradicional política de neutralidad de Irlanda y de las obligaciones de la mayoría de los demás Estados miembros; además de la garantía de que las

³⁰ Closa, C.: «Tras Irlanda: referéndum y unanimidad», Real Instituto Elcano, ARI Nº 62/2008, 16/06/2008,



disposiciones de la Constitución irlandesa en relación con el derecho a la vida, la educación y la familia no se ven afectadas en modo alguno por la atribución de estatuto jurídico que hace el Tratado de Lisboa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni por las disposiciones de dicho Tratado relativas a la justicia y los asuntos de exterior.

Entonces parece probable la aprobación del Tratado de Lisboa por parte de Irlanda, además porque las encuestas realizadas a finales de 2008 daban como resultado un “sí” siempre y cuando se garantizaran los aspectos sobre los que había informalidad en el estado Irlandés.

El compromiso con Irlanda se dio en el Consejo Europeo de junio de 2009 en el cual se convinieron una serie de puntos con el objeto de devolver la confianza y responder a las preocupaciones del pueblo irlandés respecto del Tratado de Lisboa como sería una posible afectación de política de neutralidad, así como modificaciones en los preceptos constitucionales sobre el derecho a la educación, vida, la educación y la familia y así como cambios respecto de las competencias de la Unión en lo referente a la fiscalidad.

La solución con Irlanda fue la mejor desde el escenario que se planteó así sea tildado de “solución de dudosos efectos jurídicos aunque más rápida y posiblemente menos traumática a corto plazo, pero quizás también con graves consecuencias a largo plazo³¹” porque como se reconoce si el referéndum irlandés hubiese resultado negativo, los esfuerzos realizados mediante el compromiso adoptado en junio de 2009 perdería su importancia y hubiese conllevado a la necesidad de una renegociación del Tratado.

En conclusión, el caso de la negativa del Pueblo de Irlanda a ratificar el Tratado de Lisboa no es nuevo en los procesos de ratificación de los tratados, y una vez más se ha puesto en evidencia la dificultad para la reforma de los tratados debido a la diversidad de intereses y recelos que se entremezclan en el proceso de integración europeo.

Pero la negativa a la aprobación de alguna reforma a los tratados no debe llevar a analizar de nuevo alternativas de modificaciones al margen de lo previsto en el derecho originario, pues con las disposiciones del artículo 48 se establece un procedimiento distinto y diferenciado para la revisión de los tratados comunitarios frente al principio general de libertad de las formas del Derecho Internacional. La revisión de los tratados

³¹ Alcoceba, M.: «Irlanda y el tratado de Lisboa: un nuevo compromiso de Edimburgo» RGDE 19 2009, 1-20.



comunitarios cuenta con un mecanismo que los Estados Miembros deben seguir, constituye una actuación leal respecto de la Unión Europea. La solución dada a las peticiones de Irlanda ha demostrado que en una balanza es preferible en la medida de lo posible hacer las concesiones de los Estados miembros, dado que las otras opciones no ofrecen soluciones eficientes para avanzar en los procesos necesarios de reforma. Aunque el tratado de Lisboa establece la posibilidad de que el Consejo Europeo examine la cuestión en caso de que no haya unanimidad en la ratificación de las reformas por parte los Estados miembros, parece poco probable o práctico la iniciación de una reforma al derecho originario que solo incluya a unos pocos miembros y deje al margen a los otros, pues no es de modo alguno comparable la situación en otros temas tales como el Acuerdo de Schengen o la puesta en marcha del Euro, actuaciones en las cuales no participan todos los Estados que por mas importantes que sean no se dejan de ser políticas que se pueden manejar de forma diferenciada entre los Estados miembros y no de principios o reformas institucionales como los que se prevén los Tratados, pues no se puede desconocer que es Derecho originario del que se está hablando.



LA PROPRIETÀ INDUSTRIALE IN CINA

Aurora Vidal Álvarez

Master in Commercio Internazionale

Facoltà di Scienze Politiche

Università' Di Padova (Italia)

RESUMEN

Las hipótesis realizadas por los economistas en el pasado sobre una “China futura equiparada a una potencia mundial” se están convirtiendo en realidad en el siglo XXI con el espectacular crecimiento económico de los últimos treinta años. La China no puede competir con la superpotencia de los Estados Unidos, pero no cabe duda que estamos ante un interlocutor escuchado y muchas veces temido en diferentes puntos críticos, como de actual relevancia, el medio ambiente. Por consiguiente, China ha dejado de ser como venia etiquetado hasta los años setenta, un gigante político y un enano económico. Son nuestras empresas que han observado la oportunidad de expansión y de mercado en China. La mayor preocupación de estas empresas, y no sólo éstas, sino de todas las empresas occidentales que han decidido establecer estrategias en China, son los derechos de propiedad intelectual. Las ideas y las innovaciones que están a la base de los productos deben estar protegidas, garantizando una protección a través de la adopción y aplicación de un marco normativo. La protección de la propiedad intelectual en China ha sido un largo proceso y fue con el ingreso a la Organización Mundial del Comercio en el 2001 que el gigante asiático ha tenido la necesidad de adaptarse a las directrices establecidas por la OMC. El marco jurídico chino está en fuerte cambio. En este contexto, las autoridades chinas son muy conscientes de la importancia de garantizar la protección de los derechos de propiedad intelectual para sus propias industrias y para aquellos que invierten en el país. La publicación examina las fuentes normativas y cómo tutelar un producto en china.



INTRODUZIONE

La Cina è stato un paese che durante gli anni sembrava essere addormentato e situato ai margini dello scenario economico globale, ma ora è diventato un attore a pieno titolo della scena internazionale. La spettacolare crescita economica degli ultimi trent'anni ha messo la Cina all'interno di una ristretta élite di potenze alla quale aveva avuto un accesso limitato a causa della sua dimensione politica abbandonando così l'etichettata, affidatagli fino agli anni Settanta, di *gigante politico e nano economico*. Alla fine degli anni Settanta la Cina si trovava ai margini della comunità internazionale e diviene consapevole della necessità di adottare nuove politiche per sostenere l'economia e la società cinese. *“L'obiettivo è di promuovere le “Quattro Modernizzazioni” nei settori dell'agricoltura, industria, difesa e scienza/tecnologia.”*¹ La Cina ancora non può gareggiare con l'unica superpotenza, ma rimane un interlocutore ascoltato e spesso temuto sui differenti versanti di crisi.² Anche sul piano militare e strategico, sui temi caldi dell'ambiente e degli approvvigionamenti energetici, nessun paese può ignorare l'emersione della Cina, se non a rischio di creare delle tensioni internazionali.

L'atto che ha avvicinato maggiormente questo stato al mercato internazionale è stato l'adesione al WTO, nel 2001. Grazie a questo accordo non solo i paesi che fanno parte dell'organizzazione potranno entrare nel mercato cinese ma anche la Cina dovrà rendere la propria legislazione e i propri standard conformi a quelli internazionali. Si deve pretendere che la tutela sia garantita dagli altri, attraverso l'adozione e l'applicazione di un quadro normativo di riferimento in grado di proteggere a livello internazionale le idee e le innovazioni che sono alla base dei prodotti. A questo riguardo, Italia e Cina sono da tempo impegnate a livello istituzionale in un costruttivo confronto tecnico in materia di marchi e brevetti. Il quadro di riferimento cinese subisce forti cambiamenti. Dopo la fase in cui la quantità della crescita è stata anteposta alla sua qualità, si percepisce un cambio di direzione, ora orientata a uno sviluppo maggiormente sostenibile. La crescita economica resta la priorità, ma affiancata dall'esigenza di tenere in maggiore considerazione le esigenze ambientali e sociali. E' in questo quadro, che il

¹ [Fabio Musso](#) ed altri, *Competere e radicarsi in Cina. Aspetti strategici e operativi*, FrancoAngeli, 2005

² http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid_4295000/4295839.stm

Para Yan, en un futuro previsible China no será rival para Estados Unidos, aunque eso no significa que esté a gusto con el papel que le toca jugar, ya que todo país tiene el deseo de convertirse en líder mundial.



governo cinese è consapevole dell'importanza della tutela dei diritti di proprietà intellettuale tanto per le proprie industrie come per coloro che investono nella Cina. Gli altri paesi del G8, tranne la Russia, soffrono di meno il problema dell'imitazione e contraffazione, perché l'intero sistema industriale è da più tempo attrezzato a difendersi. Avendo presente che la Cina è il maggior ricettore mondiale di investimenti diretti esteri (IDE) questi aspetti diventano ancora più importanti. Quest'ultima dovrà, quindi, da un lato, aprire le porte del proprio mercato interno (servizi bancari, assicurazioni, industrie e settore agricolo), e dall'altro, agendo sulle normative commerciali, dovrà impegnarsi a tutelare i possibili investitori stranieri.

In particolare, la Cina ha adottato gli standard di tutela dei diritti di Proprietà Intellettuale previsti dai TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), fornendo, a coloro che intendono entrare nel proprio mercato, gli strumenti legislativi per difendere marchi e brevetti; la registrazione presso l'Ufficio Marchio e Brevetti è un passaggio essenziale per salvaguardarsi.

La Cina, che era conosciuta come paese senza diritto, si è dotata negli ultimi venticinque anni di un apparato giuridico sempre più complesso, soprattutto in materia di investimenti e commercio con l'estero. Dal 1979, anno in cui hanno cominciato le grandi riforme denghiste, ad oggi abbiamo assistito ad una sempre più grande produzione di diritto scritto e ad un'avanzata giuridica della Cina, e soprattutto dall'ingresso della Cina nel Wto, ma già prima, ad una marcata occidentalizzazione ed internazionalizzazione del corpus di regole privatistiche e commercialistiche ed è nel 1982 quando viene emanata la prima legge cinese sui marchi, poi modificata nel 1993 e nel 2001, che riconosce il diritto di proprietà intellettuale. Questo è il primo passo per l'avvicinamento, da parte della Cina, all'ordinamento internazionale inerente al commercio, un punto che raggiungerà la sua meta più efficace con l'ingresso del Paese nel WTO.



CAPITOLO 1: IL QUADRO GIURIDICO DELLA PRIVATIVA BREVETTUALE.

1.1. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

Gli scambi commerciali sono aumentati sempre di più nella misura in cui i paesi sono entrati in una crescente interdipendenza. Storicamente, gli scambi commerciali tra le nazioni sono generati dalla necessità di collocare i beni, servizi e ibridi in eccesso, presenti in una regione scambiandole con quelle che ne sono prive.

Negli anni '30, quando il mondo attraversò un periodo di profonda crisi economica, molti governi pensarono di proteggersi attraverso la creazione di diverse forme di ostacoli al commercio: tasse elevate, controlli di cambi, etc. Durante la Seconda Guerra Mondiale fu evidente il rischio che queste restrizioni apportavano a tutti i paesi, in maniera permanente, se non si escogitava, mediante sforzi strategici, di ristabilire al più possibile il sistema d'interscambio multilaterale che univa le diverse nazioni prima della profonda crisi. Il GATT è prodotto finale degli sforzi realizzati in questa direzione. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, molte nazioni si trovavano di fronte alle macerie dovute alla guerra, e necessitavano acquistare beni di consumo e di altro genere nei mercati internazionali, poiché difficilmente potevano produrre questi prodotti date le particolari circostanze.

1.1.1. *Antecedenti e origine*

Fra la Prima e la Seconda Guerra Mondiale, il commercio internazionale crebbe in misura minore rispetto alla produzione. I principali paesi industrializzati hanno aumentato le tariffe, hanno introdotto le restrizioni quantitative, i controlli di cambio e moltiplicarono gli accordi bilaterali degli scambi commerciali. Dalla Conferenza di Bretton Woods del 1944 nascono il Fondo Monetario Internazionale (FMI) e la Banca Mondiale, e hanno gettato le basi per la creazione di un'organizzazione che disciplinasse la materia commerciale, in termini di scambio di merci e prodotti, la cosiddetta Organizzazione Internazionale di Commercio (OIC), e che si sarebbe occupata di vigilare e di applicare le disposizioni di una convenzione internazionale in materia. Nel 1946 il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite convoca una Conferenza Internazionale sul Commercio e Impiego. Si cercò di trasferire gli accordi della conferenza nella "Carta dell'Habana per un'Organizzazione Internazionale del Commercio" con 106 articoli e 16 annessi. Da un lato, la Carta ha l'obiettivo di



raggiungere l'impiego e dall'altro lato promuovere il commercio internazionale. Per raggiungere questi due obiettivi utilizza quattro modi:

1. Sviluppo economico e ricostruzione
2. Accesso per tutti gli Stati, in condizioni di uguaglianza, ai mercati, alle fonti di approvvigionamento e ai mezzi di produzione
3. Riduzione degli ostacoli al commercio
4. Consulenze e cooperazione nell'Organizzazione Internazionale di Commercio.

Parallelamente alla Carta nel 1947 si stavano effettuando negoziazioni sulle tariffe multilaterali con l'obiettivo di mostrare in anticipo quelle che potrebbero essere le negoziazioni sulle tariffe previste dalla Carta. In sette mesi, 23 paesi diminuirono le tariffe sul volume di scambio, che presentava la metà del commercio internazionale. Questi paesi, dunque, decidono di mettere in vigore una parte della Carta prima che la Conferenza si concludesse. Questa parte della Carta prende il nome di Accordo Generale sulle Tariffe Doganali e il Commercio (GATT); sottoscritto da 23 paesi il 30 di ottobre de 1947, e in vigore dall'1 gennaio 1948, in forma provvisoria, fino al 31 dicembre 1994.

Con il fallimento della Carta de La Habana e la sua relativa istituzione, la OIC, il GATT (General Agreement of Tariffs and Trade) è emerso come l'unico strumento per regolare il commercio mondiale, la cui filosofia pragmatica è incline a promuovere il commercio libero senza barriere e ostacoli. Sotto questi parametri, il GATT inizia la sua attuazione nel 1948 con 23 paesi membri. Originariamente era costituito da 35 articoli, a cui sono stati annessi 3 articoli sui paesi in via di sviluppo, costituendo così un totale di 38 articoli, che sono la base del commercio internazionale. Come organizzazione formale del commercio, il GATT rappresenta uno strumento internazionale incaricato di promuovere gli scambi tra i suoi membri, sulla base dell'eliminazione delle restrizioni, riduzione delle tariffe e dell'applicazione generale e obbligatoria della clausola della nazione più favorita per tutti. Il nodo centrale nell'ambito delle negoziazioni del GATT, sono le concessioni delle tariffe tra i membri, che s'impegnano a non aumentare le tariffe al di sopra di quelle negoziate, che sono considerate consolidate, vale a dire che ha un valore limite. Fin dalla sua istituzione il GATT è stato concepito come un semplice accordo commerciale, tuttavia, è diventato una vera organizzazione internazionale, presentando tutte le caratteristiche per essere tale:

- Un trattato: l'Accordo Generale



- Organi permanenti: le riunioni delle parti contraenti, il Consiglio dei rappresentanti e il Segretariato Generale con un direttore generale
- Un presupposto: ogni parte contraente contribuisce in funzione della sua partecipazione nel commercio internazionale.

I diritti e le obbligazioni delle parti contraenti del GATT si possono riassumere nei seguenti punti:

- Soppressione della discriminazione
- Stabilità nelle concessioni tariffarie
- Eliminazione delle restrizioni quantitative
- Soppressione delle altre forme di protezione
- Soluzione di controversie.

1.1.2. Principi fondamentali

Il GATT costituisce un codice di principi che devono essere osservati dai suoi membri. I suoi fondamenti sono: la clausola della nazione più favorita, la reciprocità, la non discriminazione, l'uguaglianza formale di tutti gli stati e, per ultimo, le tariffe come unici mezzi per regolare gli interscambi commerciali con i suoi membri.

a) La non discriminazione

Non esiste la possibilità teorica di dividere il paese fra amici o nemici. Nessuno può utilizzare rappresaglie o punizioni commerciali per ragioni razziali, politici o religiosi. Tutti i membri sono disciplinati dalla stessa impostazione commerciale, qualunque sia il loro sistema di economia e di governo. Questo principio si ha principalmente nel:

- a. Trattato della nazione più favorita. Fa riferimento affinché qualsiasi concessione o beneficio da un paese all'altro, sia data anche a terzi con cui abbia rapporti commerciali, cioè, quando un paese riduce un ostacolo al commercio oppure apre un mercato, deve fare lo stesso riguardo a tutti gli altri paesi membri della OMC.
- b. Trattato nazionale. Tanto per la merce nazionale così come per quella importata si deve ricevere lo stesso trattamento una volta entrata nel mercato. Cioè, una volta che la merce ha pagato i suoi oneri nella dogana, questa merce è considerata di origine nazionale, non potendo essere soggetta a imposte o oneri speciali.

Esistono alcune eccezione riguardo questo principio, stabilito dall'art. 24 del GATT 47, adesso GATT 94:



- I trattati bilaterali (o plurilaterali) negoziati fra due o più paesi con l'obiettivo di creare un'area di libero scambio commerciale o un processo di integrazione simile, dove possono accedere ai benefici, derivati da questo, solamente i paesi che sottoscrivono patti o accordi, non subentrano a terzi paesi.
- L'opposizione delle barriere ai prodotti provenienti da alcuni paesi, che sono considerati sleali da un punto di vista commerciale.

b) La reciprocità

Implica che ogni concessione o beneficio che un paese membro raggiunge nello schema commerciale dell'Accordo deve essere compensato in qualche modo dal paese che ne ha beneficiato. Tutto è condiviso tra i membri in modo da non esserci né vincitori né vinti nell'ambito del GATT.

c) Uguaglianza degli Stati

L'accordo presuppone che tutti i membri hanno uno status uguale a prescindere dalla loro potenza economica e commerciale, in modo che i loro diritti e obblighi devono essere eseguiti erga omnes. A differenza del Fondo Monetario Internazionale, il GATT è più democratico, perché segue in parte la premessa di "un paese, un voto". E' ovvio che quest'uguaglianza formale trovi nella pratica commerciale dei contrasti, dato che non è la stessa cosa lo scambio di macchinari pesanti o il commercio delle materie prime o prodotti di prima necessità. Inoltre, il meccanismo principale fornitore del sistema del GATT si concentra in genere sui paesi industrializzati.

d) Riduzione ed eliminazione delle tariffe

Le tasse d'importazione sono inizialmente gli unici protettori delle industrie nazionali dei paesi che aderiscono all'accordo, le quali una volta consolidate dai membri devono essere negoziate e ridotte gradualmente e progressivamente, i governi di intervenire attraverso restrizioni quantitative degli interscambi di merce. Come eccezione, si permette l'esistenza di restrizioni temporali per ragioni chiaramente descritte nell'articolo del GATT. Si cerca di proteggere i consumatori finali e di promuovere l'efficienza produttiva, in modo che sussistano nel mercato dei membri quelle aziende che realmente sono efficienti e competitive.

L'espansione dei mercati regolati solo attraverso le tariffe o tasse doganali significa che le merci devono circolare liberamente nel territorio delle parti contraenti, senza distinzione di origine o di provenienza. Cioè, una volta che i beni hanno pagato le loro



tasse in dogana questo prodotto diventa come di origine nazionale e non può essere soggetto a imposte oppure oneri speciali. Questa clausola è un'espressione di non discriminazione nota come principio essenziale della disposizione di nazione più favorita.

Tuttavia, questi principi sono dei parametri da raggiungere, dato che al momento della pratica del GATT ci sono diverse interpretazioni ed eccezioni di ognuno di questi principi. Ogni paese assimila, applica e osserva questi principi in base al proprio punto di vista riguardo alla politica commerciale. Più che un quadro rigido di diritti e doveri, il GATT è un punto di negoziazione, un quadro normativo, che orienta le politiche commerciali dei suoi membri ed è anche un organismo per la risoluzione delle controversie commerciali e conflitti tra i membri.

1.2. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

L'accordo TRIPS è stato stipulato come parte della "Uruguay Round". In realtà, l'accordo TRIPS è l'allegato 1C di tale accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale di Commercio. Coloro che l'hanno stipulato provenivano da un gruppo iniziale costituito da circa 20 paesi, che poi sono diventati circa 30 paesi, quasi la metà di questi negoziatori provenivano da nazioni industrializzate, il resto proveniva da paesi in via di sviluppo. I rappresentanti delle nazioni in via di sviluppo sono stati spesso i negoziatori commerciali con poca o quasi nessuna conoscenza delle leggi di proprietà intellettuale, mentre altri avevano ricevuto una formazione giuridica riguardo le leggi di proprietà intellettuale. Questa asimmetria fu probabilmente la causa di un svantaggio quando si parlava dettagliatamente dei punti della bozza, in particolare, quelli legati alla specifica storia dei trattati esistenti, come le convenzioni di Berna e Parigi.

Nei primi mesi degli anni '90, un certo numero di paesi industrializzati ha presentato, con poco preavviso, una bozza di testi giuridici che hanno ritenuto il futuro dell'accordo TRIPS. Prima della presentazione di questi testi, le discussioni si erano concentrate sulla individuazione delle norme esistenti e delle possibili lacune riguardo al commercio, ma la bozza finale del possibile accordo TRIPS è stata essenzialmente a livello di principi e non di testi giuridici. La bozza di testi giuridici, emessa dalla Comunità Europea, dagli Stati Uniti, Giappone, Svizzera e Australia, faceva presagire un accordo dettagliato che tutelava tutti i diritti di proprietà intellettuale allora esistenti. Come reazione, più di una dozzina di paesi in via di sviluppo hanno proposto un nuovo testo giuridico, molto più limitato, con un numero minore di aspetti normativi specifici.



I paesi in via di sviluppo hanno insistito sulla necessità di mantenere la flessibilità necessaria per realizzare gli obiettivi dello sviluppo economico e sociale. Il Segretariato dell'Uruguay Round ha, quindi, preparato un testo “mescolato”, che raccoglieva tutte le proposte dei paesi industrializzati in un testo “A”, mentre le proposte dei paesi in via di sviluppo furono inserite nel testo “B”. L'accordo finale rispecchia il testo A. In quanto tale, in sostanza, raccoglie norme che erano state accettate da parte dei paesi industrializzati. Gli interessi dei paesi in via di sviluppo si riflettono in gran parte in due articoli, l'art. 7 e 8, e in una parte del preambolo (dove, per esempio, si afferma che i diritti di proprietà intellettuale sono “diritti privati”). Si può dire che il cosiddetto “Nord” abbia imposto le sue norme al “Sud”. I principali paesi industrializzati hanno fatto relativamente poche concessioni ai paesi in via di sviluppo. Questo era dovuto al fatto che vi erano divergenze su alcune questioni. Al contrario, i paesi in via di sviluppo hanno accettato sia un pacchetto di norme che forse alcuni di loro non comprendevano perfettamente, sia un pacchetto di norme sulla proprietà intellettuale che dovevano inserire nella propria legislazione nazionale. Inoltre, gli articoli 7 e 8, già citati, hanno ottenuto periodi di transizione per attivare questo accordo, i quali sono scaduti nel gennaio 2000. Il periodo transitorio per i brevetti farmaceutici è stato esteso fino al 2016 per i paesi meno sviluppati in base alla dichiarazione di Doha. Si può scorgere una certa ironia nell'accordo dei TRIPS. Le società multinazionali, che con successo hanno stabilito un legame tra i diritti di proprietà intellettuale e commercio, hanno fatto in modo di accrescere il profitto e aumentare il numero di territori stranieri, che rappresentano una possibile via di espansione. Imporre questo sistema ha danneggiato i paesi in via di sviluppo, creando situazioni difficili, soprattutto nelle nazioni più povere. Inoltre, porta alla crescita di nuovi concorrenti, poiché più nazioni in via di sviluppo, al fine di ricevere il trasferimento di tecnologie e di investimenti esteri diretti (IDE), sviluppano la capacità di innovare e competere. Combinata con una buona dose di nazionalismo economico, l'impatto a medio termine dei TRIPS e le relative misure, come ad esempio accordi di libero scambio e di trattati bilaterali sugli investimenti, il cui scopo è di portare i paesi in via di sviluppo nel sistema occidentale del diritto di proprietà intellettuale, sono da tenere attentamente in considerazione. Considerando il Giappone dopo la Seconda Guerra Mondiale sino a oggi è come considerare la Cina dal 1990 sino 2020.

Le multinazionali, che adesso sono sotto pressione per aumentare il loro profitto e il valore delle loro azioni, considerano i paesi in via di sviluppo come nuovi mercati di



esportazione, e come centri di produzione “a basso costo”. Tutto questo ha comportato la superiorità tecnologica dell’Occidente in ricerca e sviluppo, e di conseguenza un predominio economico. Ma se la ricerca e lo sviluppo raggiungono nei paesi in via di sviluppo un livello paragonabile a quello dei laboratori occidentali, ci sarà uno scarso incentivo a mantenere le attività in ambienti dove i prezzi sono più elevati.

Ciò evidenzia ancor di più la necessità dei paesi in via di sviluppo di escogitare una strategia di ottimizzazione delle conoscenze. Una volta raggiunto questo obiettivo, se adeguatamente supportati, i poteri dell’innovazione possono escludere il dominio attuale dell’Occidente. Per ora, comunque, le grandi imprese di esportazione sono i principali beneficiari dei TRIPS.

1.3. L’adesione della Cina al GATT ed all’Accordo TRIPS

Le riforme economiche e politiche associate all’ingresso della Cina nel WTO fanno parte di un lungo processo, iniziato già durante gli anni ’70, che ha portato sempre più la Cina a inserirsi nell’economia globale e ad assumere sempre più un ruolo centrale all’interno della stessa. La strada verso la membership, culminata con l’ingresso nel WTO l’11 Dicembre del 2001, ha richiesto alla Cina un adeguamento a quella che era una normativa internazionale inerente non solo riguardo alla materia commerciale, ma anche alla legislazione e agli assetti politici interni. Tale processo ha comportato un mutamento radicale dello stato cinese ed è stato portato avanti attuando le riforme necessarie atte a promuovere lo sviluppo. L’ingresso nel WTO è stato, poi, una sorta di “ritorno”, in quanto la Cina fu una delle 23 nazioni fondatrici del sistema multilaterale di regolamentazione degli scambi internazionali facente riferimento al GATT (General Agreement on Tariff and Trade), sottoscrivendo nel 1947 il protocollo di applicazione provvisoria per divenirne poi membro nel 1948. Il partito nazionalista cinese decise però di distaccarsi dall’accordo nei primi anni ’50. Fu il presidente Deng Xiaoping nel 1978, con la “politica della porta aperta”, a inaugurare la strada dell’apertura economica e raggiungere un progresso economico ineguagliabile creando un sistema di protezione dei diritti di proprietà intellettuale volto ad incoraggiare l’innovazione tecnologica, accelerare la modernizzazione ed accrescere il benessere del paese nella nuova economia di mercato socialista. Il passo successivo fu l’adesione al Fondo Monetario Internazionale nel 1980. Le negoziazioni verso la membership al WTO, invece, iniziarono nel 1987 quando fu presentata ufficialmente la richiesta. Fu redatto il memorandum sul regime del commercio estero ed un mese dopo venne



istituito un working party per la negoziazione e la redazione del Protocollo di accesso. Inizialmente questo gruppo di lavoro fu creato sotto l'ambito GATT e riguardava, quindi, solo il regime degli scambi delle merci in Cina. Nel 1995, con l'istituzione del WTO (World Trade Organization), l'azione del gruppo di lavoro fu estesa anche allo scambio dei servizi e agli altri ambiti di applicazione dell'organizzazione internazionale. Come risultato delle negoziazioni, la Cina ha accettato di sottoscrivere una serie d'importanti impegni volti a liberalizzare la sua economia, inserendola in un contesto meglio integrato a livello globale e più capace di promuovere lo sviluppo economico. La strategia seguita dalla Repubblica popolare cinese nel realizzare le riforme imposte dal sistema del commercio internazionale è stata attuata a più livelli: da una parte le negoziazioni multilaterali con gli altri membri del WTO che si concretizzavano con il lavoro svolto dal working party e le riforme attuate durante il corso degli anni; dall'altra gli accordi bilaterali stretti con diversi paesi. Sul piano multilaterale, ovvero sulle riforme interne attuate durante la prima fase delle negoziazioni, si è in linea con gli orientamenti del working party, il quale, in quanto organo del WTO, rappresenta la posizione di tutti gli stati membri. Il lavoro svolto dalla classe politica cinese è stato notevole, basta pensare al fatto che la Cina viene da una gestione centralizzata dello stato, di stampo sovietico, dove il diritto e la certezza del diritto non esistevano, e dove l'economia era fortemente influenzata dalla presenza dello stato nel mercato. Lo sviluppo cinese, durante la prima fase delle negoziazioni ovvero quando l'accesso nel WTO sembrava ancora lontano, riguarda quattro dimensioni: incrementare il numero ed il tipo di imprese idonee a commerciare e quindi l'imprenditorialità; ridurre, per poi eliminare, le distorsioni e gli ostacoli agli scambi; creare una maggiore certezza del diritto e, infine, orientarsi verso un'economia di mercato. Riguardo al primo punto, furono emesse molte autorizzazioni per commerciare con le imprese straniere, divenendo sempre meno soggette all'influenza e al controllo sia dello stato sia dei governi locali. La presenza di imprese straniere aumentò, così come le joint venture tra aziende locali ed estere, concentrate soprattutto nelle zone economiche speciali. Però, rimasero fuori da tale processo i settori in cui operavano le imprese statali, le quali continuarono a detenere quasi tutto il monopolio del mercato. Per quanto riguarda, invece, i cambiamenti nel mercato e negli scambi sono stati fatti molti passi avanti. Il mercato cinese era dominato da fenomeni quali il contrabbando, la corruzione, la contraffazione e l'evasione fiscale. Oggi questi fenomeni non sono stati ancora eliminati del tutto, ma i progressi fatti hanno segnato una svolta nella vita



economica del paese. Gli sforzi maggiori sostenuti dal governo cinese sono stati nella riforma dello stato di diritto. In Cina vige ancora oggi il principio dell'unità dei poteri dello stato, ed il potere giudiziario viene considerato come uno dei tanti settori in cui il potere amministrativo statale si esplica. La questione del sistema giudiziario cinese è stata centrale nell'evolversi delle trattative, e ancora oggi rappresenta un punto chiave. Un tale assetto giudiziario è, infatti, incompatibile con le esigenze di una società sviluppata, di un sistema commerciale multilaterale come quello del WTO. Questo non significa che non siano state attuate delle riforme. Raramente è accaduto, invece, che i diversi stati stipulassero convenzioni internazionali di diritto uniforme. L'Istituzione della Organizzazione mondiale del commercio (OMC) è, appunto, un'eccezione: a partire dal 1° gennaio 1995 assorbendo il General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) che sin dal 1947 aveva costituito il principale strumento di cooperazione multilaterale in materia di commercio internazionale.

L'adesione all'Organizzazione mondiale del commercio ha comportato l'accettazione di un pacchetto unico, dove erano presenti gli accordi allegati in materia di protezione internazionale dei diritti di proprietà intellettuale, il cosiddetto Accordo Trips (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). L'accordo TRIPS ha così raccolto gli accordi istitutivi dell'Organizzazione Mondiale sulla Proprietà Intellettuale (OMPI)³ e delle varie convenzioni intergovernative relative ai diritti di proprietà intellettuale, in particolare la Convenzione di Parigi del 20 marzo 1883 sulla protezione della proprietà industriale, ristrutturando quella del 14 luglio 1967.

A tale sistema multilaterale l'Italia ha aderito ratificando l'Accordo TRIPS con la legge 29 dicembre 1994, n. 747⁴. Con l'adesione della Cina all'Organizzazione mondiale del commercio si è compiuto un passo storico, facendo così ingresso nella comunità degli stati che tutelano i diritti di proprietà industriale e privata brevettuale.

Entrambi gli Stati hanno, successivamente, adottato leggi regolatrici della tutela delle invenzioni e dei modelli d'utilità basate sui principi fondamentali del menzionato Accordo.

³ <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>

⁴ http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1994/lexs_331155.html



Nell'ambito del diritto industriale, Italia e Cina condividono la categoria della privativa brevettuale e la tutela delle invenzioni, che sono soluzioni per problemi tecnici e funzionali dei prodotti.

La soluzione originale, che è l'innovazione, è protetta legalmente e questo trova la sua giustificazione nel costo delle risorse economiche impiegate nella ricerca e nello sforzo profuso dall'inventore. In cambio dello sfruttamento in esclusiva, per un determinato periodo della propria invenzione, che decorre dalla data di deposito della domanda del brevetto, l'inventore descrive immediatamente la stessa, garantendone l'acquisizione al patrimonio delle idee innovative.

Nella società della post-industrializzazione il marchio e il brevetto sono diventati beni immateriali che costituiscono un oggetto autonomo di tutela, lo scambio di licenza, circolando in modo indipendente dall'azienda e del loro originario creatore.

La Cina, diversamente dall'Italia che ha realizzato con ritardo che la tutela dei beni immateriali si è mossa abilmente in questa strada che rappresenta un fondamentale fattore competitivo per le proprie aziende.

L'attenzione cinese al brevetto non deve stupire. Tradizionalmente la cultura cinese guarda alla qualità e la tutela. Ne coglie la consistenza patrimoniale anche nel suo aspetto immateriale, qual è, appunto, la privativa brevettuale. Ne sottolinea l'importanza data all'economia della conoscenza, in cui la Cina è all'avanguardia.

In Cina – diversamente da quanto accade in Italia, ove il conseguimento dell'esclusiva brevettuale risponde quasi sempre ad un'esigenza di certezza di data ai fini della priorità – la proprietà intellettuale è considerata come ricchezza, oltre che come costo. Il brevetto è uno strumento commerciale, utilizzabile anche come garanzia nei confronti delle banche al fine di ottenere un finanziamento. In Cina, riguardo alla privativa brevettuale è spesso articolata una complessa strategia di profitto, diversamente da quanto accade di solito in Italia, dove l'unica esigenza avvertita è quella di guadagnare nel breve periodo.

1.4. Il brevetto nell'ordinamento italiano

In Italia la normativa di riferimento, divisa fino al 2005 fra disposizioni del codice civile e leggi speciali, è stata raccolta in un unico testo – il decreto legislativo n. 30 del 10 febbraio 2005, detto il Codice dei Diritti di proprietà industriale⁵, emanato in virtù della

⁵ <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/05030dl.htm>



legge delega 12 dicembre 2002 n. 273, relativa alle misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza.

Quest'opera normativa, con la creazione di un corpus unitario di disposizioni che regolano l'intera materia, ha posto l'Italia tra i paesi più all'avanguardia in Europa.

Due sono state le scelte di politica legislativa che caratterizzano il Codice dei diritti di proprietà industriale, riprendendo quanto già era emerso nella normativa italiana e internazionale.

In primo luogo la decisione di ispirarsi allo schema dell'Accordo TRIPS. La seconda scelta è stata il ricorso a sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, allo scopo di concentrare le cause in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con l'esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale e intellettuale, nonché in materia di illeciti afferenti all'esercizio di diritti di proprietà industriale (art. 134 del Codice)⁶.

1.4.1. I principi generali

Nel sistema italiano l'invenzione industriale è definita dalla dottrina tradizionale come la soluzione originale di un problema tecnico⁷, una definizione che costituisce un patrimonio comune di tutta la dottrina della tradizione europea. Ma non si trova nel sistema italiano, una definizione legislativa di invenzione industriale.

L'innovazione è uno dei momenti fondamentali dell'attività d'impresa. L'imprenditore che riesce a realizzare un'idea nuova e a introdurla all'interno della propria attività economica, realizza un vantaggio concorrenziale, rispetto ad altri operatori del settore, che può essere decisivo ai fini del proprio successo sul mercato. Il brevetto per invenzione è l'istituto giuridico attraverso il quale l'ordinamento assicura all'inventore il diritto di utilizzazione esclusiva dell'invenzione per un certo periodo di tempo. Una distinzione alle differenti fonti normative consente di distinguere quattro tipi di brevetto:

- a) Brevetto nazionale
- b) Brevetto internazionale
- c) Brevetto europeo

⁶ <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/05030dl1.htm#Art.131>

⁷ <http://www.mi.camcom.it/show.jsp?page=182820>



d) Brevetto comunitario

La disciplina giuridica del brevetto nazionale è contenuta nella sezione IV del capo II del Codice (art. 45 – art. 81). Il brevetto, alla luce della normativa attualmente vigente, non è uno strumento capace di proteggere tutte le innovazioni, copre soltanto le innovazioni tecnologiche: è rivolto, cioè, solo verso le innovazioni che sono qualificabili come invenzioni industriali, ovvero verso le idee creative che appartengono al campo della tecnica. Sul punto, si è soliti operare una distinzione fra invenzioni di prodotto, invenzioni di procedimento ed invenzioni derivate, che si presentano come sviluppo tecnologico di una precedente invenzione. Queste ultime possono consistere: nell'ingegnosa combinazione d'invenzioni precedenti in modo da ricavarne un trovato tecnicamente nuovo (invenzioni di combinazione); nel migliorare un'invenzione precedente modificandola (invenzioni di perfezionamento); in una nuova utilizzazione di una sostanza o di una composizione di sostanze già conosciute (invenzioni di traslazione).

Ai fini della concessione del brevetto, le invenzioni devono poi possedere i seguenti requisiti:

- Liceità (art. 50 del Codice della proprietà industriale)

1. Non possono costituire oggetto di brevetto le invenzioni la cui attuazione è contraria all'ordine pubblico o al buon costume.

2. L'attuazione di un'invenzione non può essere considerata contraria all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto di essere vietata da una disposizione di legge o amministrativa.⁸

- Novità (art. Art. 46 del Codice della proprietà industriale)

Un'invenzione è considerata nuova se non è compresa nello stato della tecnica.

2. Lo stato della tecnica è costituito da tutto ciò che è stato reso accessibile al pubblico nel territorio statale o all'estero prima della data del deposito della domanda di brevetto, mediante una descrizione scritta od orale, una utilizzazione o un qualsiasi altro mezzo.

3. È pure considerato come compreso nello stato della tecnica il contenuto di domande di brevetto nazionale o di domande di brevetto europeo o internazionali designanti e aventi effetto per l'Italia, così come sono state depositate, che abbiano una data di deposito anteriore a quella menzionata nel comma 2 e che siano state pubblicate o rese accessibili al pubblico anche in questa data o più tardi.

⁸ <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/05030dl.htm>



4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 non escludono la brevettabilità di una sostanza o di una composizione di sostanze già compresa nello stato della tecnica, purché in funzione di una nuova utilizzazione.

- Implicare un'attività inventiva (art. 48 del Codice della proprietà industriale)
 1. Un'invenzione è considerata come implicante un'attività inventiva se, per una persona esperta del ramo, essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica. Se lo stato della tecnica comprende documenti di cui al comma 3, dell'articolo 46, questi documenti non sono presi in considerazione per l'apprezzamento dell'attività inventiva.
- Industrialità (art. 49 del Codice della proprietà industriale).
 1. Un'invenzione è considerata atta ad avere un'applicazione industriale se il suo oggetto può essere fabbricato o utilizzato in qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola.

Al riguardo della liceità l'art. 50 stabilisce che non possono costituire oggetto di brevetto le invenzioni la cui attuazione è contraria all'ordine pubblico o al buon costume. L'attuazione di un'invenzione non può essere considerata contraria all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto di essere vietata da una disposizione di legge o amministrativa.

Il legislatore non configura in termini tassativi la fattispecie astratta dell'invenzione illecita, prevedendo soltanto criteri di valutazione all'apprezzamento di circostanze concrete. Alla fine di evitare applicazioni arbitrarie del divieto contenuto nella disposizione espressa precedentemente, occorre individuare criteri e principi in grado di orientare la portata delle predette clausole generali.

Il requisito della novità è delineato dall'art. 46 del Codice. Un'invenzione è dotata di novità se è diversa dallo stato della tecnica. Lo stato della tecnica comprende quattro categorie di nozioni, che sono la *common general knowledge*, la *enhanced knowledge*, la *hidden knowledge*, la *prior secret application*. Questa distinzione di questi quattro tipi di conoscenza ha rilevanza a fini giuridici per la valutazione di novità. La *common general knowledge* è la conoscenza posseduta da un buon esperto. Questo tipo di conoscenza la possiamo trovare nei manuali, nelle pubblicazioni di consultazione corrente e nella letteratura brevettuale che un buon esperto consulta.

La *enhanced knowledge* è quella conoscenza che il ricercatore, a cui viene affidato il compito di fare indagini nel settore di interesse, e riesce a fare una ricerca accurata. Ovviamente, l'impiego delle nuove tecnologie ha ampliato questa categoria.



La *hidden knowledge* è quella conoscenza che il ricercatore fa fatica a trovare anche facendo una ricerca accurata. In questa categoria vi sono quelle conoscenze che troviamo in libri di testo pubblicate in lingue poco conosciute.

La *prior secret application* è costituita dalle domande le cui date di deposito sono anteriori alla data di deposito della domanda del brevetto di cui se valuta la novità.

Una circostanza che impedisce la concessione di un brevetto potrebbe essere costituita dall'uso che altri abbia già fatto dell'invenzione al momento del deposito della domanda. L'uso, infatti, impedisce il conseguimento del brevetto solo nella misura in cui abbia reso conoscibile l'invenzione alla collettività. Il creatore può utilizzare la sua invenzione senza brevettarla e mantenendola segreta. Corre però il rischio che l'invenzione non sia mantenuta in segreto e che altri soggetti vengano alla sua conoscenza, chiedendo l'esclusiva brevettuale per prima. L'esclusiva di diritto chiesta dal secondo inventore prevale sull'esclusiva del primo. La legge prevede il diritto di preuso, che tutela chi ha impiegato nella propria azienda un'invenzione, mantenendola segreta e la stessa viene successivamente brevettata da altri, permettendo al primo inventore a continuare a sfruttare l'invenzione, entro i limiti in cui già faceva. Il diritto di preuso viene soltanto concesso se è stato fatto uso dell'invenzione nei dodici mesi precedenti dalla domanda di brevetto. Il primo creatore non può impedire a nessuno di utilizzare l'invenzione, giacché tale diritto di esclusiva se ottiene solo dal brevetto, e non può cedere il diritto di preuso ad altri, tranne che non lo faccia unitamente all'azienda o al ramo d'azienda cui l'invenzione appartiene. Il diritto di preuso viene anche concesso a chi ha iniziato preparativi per usare un'invenzione dopo di aver ottenuto una licenza obbligatoria, successivamente revocata.

La novità di un'invenzione non può essere predivulgata, cioè, che l'invenzione venga messa a conoscenza del pubblico prima del deposito della domanda. Questo avviene quando il creatore descrive la sua invenzione in articoli giornalistici, conferenze e colloqui privati.

L'art. 47 stabilisce che:

1. Per l'applicazione dell'articolo 46, una divulgazione dell'invenzione non è presa in considerazione se si è verificata nei sei mesi che precedono la data di deposito della domanda di brevetto e risulta direttamente o indirettamente da un abuso evidente ai danni del richiedente o del suo dante causa.



2. Non e' presa altresì in considerazione la divulgazione avvenuta in esposizioni ufficiali o ufficialmente riconosciute ai sensi della Convenzione concernente le esposizioni internazionali, firmata a Parigi il 22 novembre 1928, e successive modificazioni.

3. Per le invenzioni per le quali si e' rivendicata la priorità ai sensi delle convenzioni internazionali, la sussistenza del requisito della novità deve valutarsi con riferimento alla data alla quale risale la priorità.

La divulgazione dell'invenzione, se avvenuta nei sei mesi precedenti il deposito della domanda, è inopponibile al richiedente, nel senso che non viene presa in considerazione per escludere la novità e la non ovvietà dell'invenzione.

Ci sono due presupposti perché la divulgazione non sia opponibile:

- Il presupposto, cosiddetto, *soggettivo*; la divulgazione è avvenuta contro la volontà del titolare
- Il presupposto, cosiddetto, *oggettivo*; la divulgazione si è dovuta verificare nei sei mesi precedenti il deposito della domanda di brevetto.

Nel primo presupposto si considera abusivo la divulgazione che è avvenuta contro la volontà del titolare dell'invenzione, violando la segretezza. Questo impegno può essere implicito o esplicito. Il secondo presupposto decorre quando l'informazione ha raggiunto un numero indeterminato di persone.

L'art 48 del Codice di proprietà industriale stabilisce che:

1. Un'invenzione e' considerata come implicante un'attività inventiva se, per una persona esperta del ramo, essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica. Se lo stato della tecnica comprende documenti di cui al comma 3, dell'articolo 46, questi documenti non sono presi in considerazione per l'apprezzamento dell'attività inventiva.

L'invenzione non deve risultare in modo evidente dallo stato della tecnica. L'art. 49 del Codice della proprietà industriale definisce il significato della industrialità dell'invenzione:

1. Un'invenzione e' considerata atta ad avere un'applicazione industriale se il suo oggetto può essere fabbricato o utilizzato in qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola.

Il significato di industrialità distingue la scoperta dall'invenzione brevettabile. La scoperta mette in luce le relazioni esistenti tra le cose, svelando caratteristiche nascoste dalla natura o del mondo costruito dall'uomo. Ci arricchisce, ma non modifica



direttamente il mondo. L'invenzione, invece, apporta una regola di operare, di intervenire e di trasformare lo stato esistente delle cose.

L'invenzione ha una tutela giuridica morale e patrimoniale. La tutela morale è che l'inventore ha il diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione, l'utilizzazione economica in esclusiva dell'invenzione, è invece, la tutela patrimoniale. Il brevetto conferisce una facoltà di vietare. Questo consiste in che il titolare può far valere il suo potere di divieto contro i terzi che compiano attività interferenti con l'ambito del diritto. L'art. 62 stabilisce che:

Il diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione può essere fatto valere dall'inventore e, dopo la sua morte, dal coniuge e dai discendenti fino al secondo grado; in loro mancanza o dopo la loro morte, dai genitori e dagli altri ascendenti ed in mancanza, o dopo la morte anche di questi, dai parenti fino al quarto grado incluso.

L'identificazione dell'inventore non è sempre agevole quando l'invenzione è dovuta alla collaborazione di più persone.

Il brevetto per invenzione industriale è concesso dall'Ufficio brevetti, avendo precedentemente depositato una domanda in cui la descrizione dell'invenzione venga *"...descritta in modo sufficientemente chiaro e completo perché ogni persona esperta del ramo possa attuarla e deve essere contraddistinta da un titolo corrispondente al suo oggetto"*⁹ (Art. 51 Codice della proprietà industriale), nonché dai disegni necessari alla sua conoscenza. La sufficienza di descrizione deve consentire all'esperto di riprodurre agevolmente l'invenzione, senza richiedere opera di ricerca.

La legge stabilisce che l'avente diritto al brevetto può redigere e depositare la domanda personalmente o avvalersi di un dipendente o farsi rappresentare da un mandatario abilitato iscritto all'albo dei consulenti in proprietà industriale, che sia avvocato o consulente in brevetti, iscritti nei relativi albi.

La domanda rimane segreta per diciotto mesi, solo dopo questo periodo la domanda verrà pubblicata e quindi resa accessibile al pubblico. Questo periodo di tempo consente al richiedente constatare il valore dell'invenzione e decidere se procedere con la brevettazione. Ma nella stessa domanda il richiedente può richiederne la pubblicazione anticipata e in tale ipotesi sarà accessibile al pubblico tre mesi dopo del deposito. Il deposito della domanda di brevetto risolve il problema tra più inventori che

⁹ <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/05030dl.htm>



siano giunti alla stessa soluzione tecnica: il brevetto sarà concesso non al primo che è giunto materialmente all'invenzione, ma che prima ha depositato la domanda.

Ogni domanda deve avere per oggetto una sola invenzione e deve specificare ciò che s'intende debba formare oggetto del brevetto (Art. 52 Comma 1)¹⁰. Non viene protetto il procedimento o il prodotto in sé, ma la soluzione originale di un problema tecnico, cioè, l'uso e la funzione, è possibile che terzi ottengano un brevetto per lo stesso prodotto in relazione ad un uso diverso, alla soluzione di un problema tecnico differente da quello per cui era stato elaborato. L'oggetto e la funzione del brevetto sono l'ambito sostanziale dell'esclusiva.

L'esame dell'Ufficio Brevetti è quasi esclusivamente di tipo formale e amministrativo. Non garantisce la validità, che rimane tema di competenza dei giudici ordinari e in particolare delle sezioni specializzate. Se la procedura ha esito positivo e l'Ufficio Brevetti accoglie la domanda, viene rilasciato il brevetto al richiedente e del nuovo brevetto viene dato avviso sul Bollettino Brevetti modelli e marchi¹¹.

Il brevetto è trasferibile, indipendentemente dal trasferimento dell'azienda. Sul brevetto possono essere costituiti diritti reali di godimento o di garanzia e lo stesso può anche formare oggetto di esecuzione forzata o di espropriazione per pubblica utilità. Il titolare del brevetto può anche concedere licenze di uso dello stesso, con o senza esclusiva di fabbricazione a favore del licenziatario. L'invenzione brevettata è tutelata con sanzioni civili penali.(Art. 473 del Codice Civile e Penale):

Art. 473 Contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali
Chiunque contraffaccia' o altera i marchi o segni distintivi, nazionali o esteri, delle opere dell'ingegno o dei prodotti industriali, ovvero, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali marchi o segni contraffatti o alterati, e' punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a lire quattro milioni.

¹⁰ 1. La descrizione deve iniziare con un riassunto che ha solo fini di informazione tecnica e deve concludersi con una o più rivendicazioni in cui sia indicato, specificamente, ciò che si intende debba formare oggetto del brevetto.

2. I limiti della protezione sono determinati dal tenore delle rivendicazioni; tuttavia, la descrizione e i disegni servono ad interpretare le rivendicazioni.

3. La disposizione del comma 2 deve essere intesa in modo da garantire nel contempo un'equa protezione al titolare ed una ragionevole sicurezza giuridica ai terzi.

¹¹ <http://www.ricercagiuridica.com/codici/vis.php?num=4331>



Alla stessa pena soggiace chi contraffatta' o altera brevetti, disegni o modelli industriali, nazionali o esteri, ovvero, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali brevetti, disegni o modelli contraffatti o alterati. Le disposizioni precedenti si applicano sempre che siano state osservate le norme delle leggi interne o delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale.

Il rilascio del brevetto per invenzione attribuisce un diritto di esclusiva solo sul territorio nazionale. Per estendere all'estero l'efficacia di un brevetto ottenuto in Italia, dobbiamo ottenere di ciascuno stato straniero, il rilascio di un brevetto nazionale. Questo sistema è molto costoso e complicato da gestire, comportando il rischio che nel tempo decorso tra il primo deposito ed i successivi, sia stato ostacolato dai terzi una valida registrazione, mediante ad esempio predivulgazioni. Inoltre, il richiedente sarebbe costretto di depositare la domanda nello stesso giorno, altrimenti non compiere il requisito di novità.

La soluzione è consistita nell'adozione di convenzioni interstatali con l'obiettivo di unificare le procedure di conseguimento del brevetto. Una di queste convenzioni è quella di Parigi del 1883 sulla protezione della proprietà industriale.

1.5. Il brevetto europeo

Un altro passo fondamentale è stato compiuto con il sistema brevettuale europeo, che consente con un unico procedimento, di ottenere un brevetto efficace in più stati europei, scelti dal richiedente fra quelli aderenti alla Convenzione di Monaco di Baviera sul brevetto Europeo¹²¹³, che fu sottoscritto il 5 ottobre 1973 e ratificato dall'Italia con la legge 26 maggio 1978 n. 260 – con cui è stata creata l'Organizzazione Europea dei brevetti.

Il brevetto europeo si basa sul principio di territorialità e nazionalità dell'esclusiva. Si tratta di uno dei brevetti nazionali degli stati scelti dal richiedente, soggetti alle leggi ed alla giurisdizione dei singoli stati designati dal richiedente. Il contenuto del diritto di esclusiva resta regolato dalle legislazioni nazionali degli Stati designati. La differenza intercorrente fra le due tipologie brevetto è rappresentata

¹² <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/e/ma1.html>

¹³ http://it.wikipedia.org/wiki/Convenzione_di_Monaco_sul_brevetto_europeo



unicamente dalla procedura e concessione della privativa e dalla possibilità di ottenere una ricerca e un esame preliminare internazionali. Il brevetto europeo ha, come quello italiano, una durata di venti anni a decorrere dalla domanda e conferisce al richiedente, in ciascuno stato in cui hanno ottenuto la concessione del brevetto, i diritti che gli conferirebbero un brevetto nazionale concesso in quello stato. Il procedimento per il rilascio di brevetto avviene presso l'Organizzazione europea dei brevetti, che si compone di un consiglio di amministrativo e un Ufficio europeo dei brevetti, competente per il rilascio del brevetto, e avendo sede a Monaco di Baviera (Germania). La procedura si caratterizza per la presenza di un esame approfondito circa i requisiti sostanziali di brevettabilità.

1.6. Il brevetto internazionale (PCT)

Un altro strumento che può agevolare la tutela dell'invenzione industriale al di fuori del territorio nazionale è il brevetto internazionale detto Patent Cooperation Treaty (PCT) che, diversamente dal brevetto europeo, non unifica la procedura di concessione del brevetto, ma semplifica ed accentra la fase iniziale di deposito della domanda, che potrà poi essere estesa ai paesi che interessano. Il Patent Cooperation Treaty (PCT), firmato a Washington il 19 giugno 1970, ratificato in Italia con la legge 26 maggio 1978, n. 260 ed entrato in vigore il 28 marzo 1985. Il brevetto internazionale è gestito dall'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale con lo scopo di offrire una procedura che consenta il deposito di un'unica domanda di brevetto internazionale per tutti i paesi aderenti che siano designati, con una notevole semplificazione delle procedure e la riduzione dei costi. L'ufficio internazionale esegue una ricerca di novità e dove richiesto, un esame preliminare internazionale a seguito del quale fornisce al richiedente una valutazione in merito alla possibilità di accoglimento della domanda di brevetto.

Il grande vantaggio della procedura sta nel fatto che agevola la prosecuzione nelle fasi nazionali, giacché l'esame formale, la ricerca documentale internazionale e l'esame internazionale preliminare sono effettuati una volta sola per tutti i paesi.

Le domande PCT depositate in Italia o da residenti in Italia devono essere redatte in una delle tre lingue ufficiali dell'Ufficio europeo dei brevetti.



1.7. Il brevetto nell'ordinamento cinese

Con la open door policy promossa dal presidente Deng Xiaoping, la Cina ha fatto un grande progresso economico che ha comportato allo sviluppo di un sistema di protezione dei diritti di proprietà intellettuale. Nel 1912 è stato pubblicato per la prima volta un Regolamento per la tutela del brevetto d'invenzione o innovazione, volto a promuovere la ricerca tecnologica, a quale segue nel 1944 la prima vera legge sui brevetti.

Sin dagli anni Settanta del XX secolo, la Cina ha ratificato i principali trattati in materia IP, come la Convenzione di Parigi, gli Accordi TRIPS, Patent Cooperation Treaty (PCT) e Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Micro-organism for the Purposed Patent Procedure.

Accade così che, fra il 1984 e il 1985, la Cina adotta una legge sul brevetto e i relativi regolamenti attuativi e, come già menzionata, aderisce alla Convenzione di Parigi per la protezione dei diritti industriali. Con l'adesione al Trattato dell'Unione di Parigi del 1883, la quale è stata rivista da ultimo nel 1967, il sistema cinese amplia la tutela del titolare del diritto di brevetto ed estende la protezione anche ai modelli di utilità.

Negli anni Novanta, la politica di riforma e di allineamento agli standard dell'Occidente, si evolve nell'ambito dell'Uruguay Round con la redazione dell'Accordo TRIPS. La Cina è presente e partecipa attivamente al negoziato. E' anche negli anni novanta, concretamente nel 1992, che è stata approvata la prima riforma della legge sul brevetto e nel 1993 dei regolamenti attuativi, che rafforzano ed estendono la protezione del brevetto per invenzione industriale e modificano i presupposti della licenza obbligatoria. La legge sul brevetto, entrata in vigore l'1° gennaio 1993, e anche i regolamenti attuativi, allungando anche il periodo di protezione e ridefinendo le condizioni della licenza obbligatoria. In questo modo la Cina si allinea ai TRIPS, condizione richiesta ai fini dell'ingresso nell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Il protocollo dell'entrata della Cina nella OMC sarà approvato ed adottato al quarto incontro ministeriale tenuto a Doha. Questo ha comportato all'approvazione di un emendamento alla legge sul diritto d'autore proprio in prossimità dell'entrata formale della Cina in detta Organizzazione, avvenuto l'11 dicembre 2001, oltre all'approvazione di due riforme, l'una sul marchio, l'altra sul brevetto.

L'1° gennaio 1994 la Cina ha sottoscritto il Patent Cooperation Treaty (PCT) ed è da tale data che lo State Intellectual Property Office (SIPO), il cosiddetto Ufficio



Brevetti cinese, può ricevere le domande internazionali presentate da richiedenti di qualunque altro paese contraente del Trattato PCT. La Cina ha aderito nel 1997 all'Accordo di Strasburgo sulla classificazione internazionale dei brevetti.

Infine, nell'anno 2000 la Cina emenda per la seconda volta la sua legge sul brevetto, che entra in vigore dall'1° luglio 2001, e provvede all'emanazione ed entrata in vigore della modifica dei relativi regolamenti attuativi. Per chiarire l'effettiva applicazione della nuova legge sui brevetti, da un lato, nel 2001 la Corte suprema cinese ha emanato due interpretazioni giurisprudenziali: *Several Provisions of the Supreme People's Court for the Application of Law to Pre-trial Cessation of Infringement of Patent Right* e *Several Provisions of the Supreme People court on Issues Relating to Application of Law to Adjudication of Fases of Patent Disputes*; dall'altro, sempre nel 2001 lo State Intellectual Property Office (SIPO) ha emesso le *SIPO Patent Examination Guidelines*, successivamente emendate nel 2005 e da, ultimo, nel 2006.

Questi interventi normativi precedono l'adesione formale all'Accordo TRIPS e segnano la rimozione delle ultime difformità ancora inesistenti. Ora, con la globalizzazione dell'economia e dell'informazione tecnologica propria del XXI secolo, la Cina dovrà affrontare nuove sfide e problematiche; perciò sarà necessario innalzare il livello di tutela dei diritti IP. In quest'ottica, sin dal 2005 i vertici del governo cinese, tra cui il presidente Hu Jintao e il primo ministro Wen Jiaobao hanno affermato che sarà essenziale adottare strategie nazionali efficaci per accrescere la capacità d'innovazione tecnologica e scientifica del paese ed aumentare così la propria capacità competitiva a livello internazionale. Nel corso del XVII Congresso Nazionale del Partito comunista cinese, tenutosi il 15 ottobre 2007, il presidente Hu ha ribadito l'importanza di investire sulla ricerca al fine di incentivare l'innovazione tecnologica.¹⁴

La procedura amministrativa prevista dal sistema brevettuale cinese è largamente simile a quella dei principali Stati europei e risulta congeniale alla procedura prevista dal Patent Cooperation Treaty, così da fare di quest'ultima la via assolutamente preferibile per l'estensione in Cina dei brevetti ottenuti in Europa. E', infatti, alla ricezione della domanda di brevetto il SIPO effettua solo un esame di natura formale volto alla verifica dei requisiti di legge e del pagamento delle tasse di deposito; ma, dopo la pubblicazione, il depositante è tenuto a chiedere un esame di natura sostanziale, finalizzato ad escludere la presenza di brevetti precedenti.

¹⁴ <http://spanish.peopledaily.com.cn/31621/6283289.html>



1.8. Gli accordi bilaterali fra Italia e Cina

Al riguardo degli accordi bilaterali italo-cinesi occorre rammentare, in riferimento al riconoscimento reciproco delle sentenze definitive, il Trattato per l'assistenza giudiziaria in materia civile, sottoscritto a Pechino nel 1991 ed entrato in vigore l'1° gennaio 1995.

Bisogna poi, menzionare, in questo quadro, l'Accordo per la cooperazione italo-cinese in materia di proprietà intellettuale, sottoscritto a Pechino nel 2004. La firma dell'Accordo di cooperazione in materia di proprietà intellettuale ha dato avvio ad iniziative nell'ambito dei sistemi di appello contro le decisioni di diniego di tutela, da parte degli uffici brevetti nazionali, dell'esclusiva brevettuale.

A tale Accordo, incentrato sugli aspetti procedurali che hanno un impatto diretto sulla tutela dei prodotti italiani e sulla lotta alla contraffazione, le parti hanno fatto seguire un secondo programma di iniziative congiunte – chiamato Action Plan 2007 – volto a rafforzare la tutela dei brevetti e dei modelli d'utilità per le piccole e medie imprese dei due stati.

CAPITOLO 2: TUTELARE L'INVENZIONE IN CINA

2.1. Requisiti per tutelare l'invenzione

Conformemente ai TRIPS, l'art. 2 della legge sui brevetti¹⁵ include le invenzioni e i modelli d'utilità. I regolamenti attuativi chiariscono che per *invenzione* s'intende qualsiasi soluzione tecnica nuova concernente un prodotto, procedimento o un miglioramento relativo. La protezione è estesa sia all'invenzione-prodotto, sia all'invenzione-procedimento-uso.

Sono inclusi nelle invenzioni-prodotto strumenti, macchine, impianti, installazioni o qualunque oggetto tangibile inventato dall'uomo in stato liquido, gassoso o solido e i procedimenti tecnologici, strumenti produttivi, metodi tecnici o utilizzazione sperimentale relativi ad uno specifico prodotto o nel procedimento di realizzazione di specifico risultato tecnico nelle invenzioni-procedimenti-uso.

¹⁵http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/laws/lawsregulations/200804/t20080416_380327.html

Article 2 In this Law, "inventions-creations" mean inventions, utility models and designs.



Con riguardo al *modello d'utilità* ci si riferisce a qualsiasi soluzione tecnica nuova riguardante la forma, struttura o la combinazione della forma o struttura di un prodotto, che sia adatto all'utilizzazione pratica. I diritti di brevetto in un modello d'utilità devono essere strettamente connessi a un prodotto avendo forma fissa e design.

In merito al modello industriale si fa riferimento a qualsiasi design nuovo della forma, modello o loro combinazione, forma o design di un prodotto, che crea un effetto estetico e sia adatto all'applicazione industriale.

Diversamente dall'Italia, in Cina le invenzioni-creazioni si distinguono in:

- invenzioni- creazioni di servizio
- invenzione- creazioni non connessa al rapporto di lavoro
- invenzione realizzata congiuntamente o su commissione

In linea con i TRIPS, l'art 6 della legge sui brevetti¹⁶ definisce *l'invenzione-creazione di servizio* quella realizzata dal prestatore di lavoro in esecuzione delle proprie funzioni presso la persona giuridica cui appartiene oppure quella realizzata dal lavoratore usando principalmente il materiale o i mezzi tecnici della persona giuridica medesima.

In tale ipotesi, al datore di lavoro sarà attribuito il diritto di utilizzazione patrimoniale della privativa, a condizione che paghi al proprio dipendente una ragionevole remunerazione entro i limiti della diffusione, applicazione e vantaggi economici ottenuti; mentre al lavoratore sarà riconosciuto il diritto morale di inventore o creatore.

Da altra parte, se l'invenzione-creazione sia stata realizzata utilizzando il materiale e i mezzi tecnici forniti dal datore di lavoro, il diritto di utilizzazione economica del relativo brevetto sarà dato all'inventore o creatore conformemente al contratto stipulato tra il datore di lavoro e il dipendente, a condizione che il dipendente risarcita in denaro il compenso ricevuto oppure paghi le spese sostenute dal datore di lavoro. Il contratto fissa le condizioni secondo cui l'invenzione-creazione sarà ritenuta *non connessa al rapporto di lavoro*.

¹⁶ An invention-creation, made by a person in execution of the tasks of the entity to which he belongs, or made by him mainly by using the material and technical means of the entity is a service invention-creation. For a service invention-creation, the right to apply for a patent belongs to the entity. After the application is approved, the entity shall be the patentee. For a non-service invention-creation, the right to apply for a patent belongs to the inventor or creator. After the application is approved, the inventor or creator shall be the patentee. In respect of an invention-creation made by a person using the material and technical means of an entity to which he belongs, where the entity and the inventor or creator have entered into a contract in which the right to apply for and own a patent is provided for, such a provision shall apply.



Al riguardo, dell'invenzione-creazione realizzata congiuntamente o su commissione, l'art 8 della legge sul brevetto¹⁷ prevede che il diritto di utilizzazione economica della privativa sarà attribuito, salvo diverso accordo, alla persona fisica o giuridica che ha creato o alle persone fisiche o giuridiche che hanno realizzato congiuntamente l'invenzione-creazione.

Con il rilascio del brevetto per invenzione o modello d'utilità, salvo che sia diversamente disposto dalla legge, il titolare acquista un diritto esclusivo di utilizzazione economica della privativa industriale e, pertanto, senza il suo consenso, nessuna persona fisica o giuridica potrà sfruttare il brevetto, incluso imitare, utilizzare, offrire per la vendita, vendere o importare il prodotto brevettato, oppure utilizzare, offrire per la vendita, vendere o importare il prodotto direttamente ottenuto dal procedimento brevettato per la produzione o per scopo commerciale¹⁸.

Conformemente ai TRIPS, la nuova disposizione offrire per la vendita include anche la vendita di prodotti attraverso campagna pubblicitaria, vetrine di un negozio o esposizione.

Con l'art. 22¹⁹ comincia la sezione II sui requisiti di brevettabilità per invenzioni e modelli d'utilità. L'art. 22 della legge sui brevetti stabilisce che qualsiasi invenzione o

¹⁷ http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/laws/lawsregulations/200804/t20080416_380327.html

For an invention-creation jointly made by two or more entities or individuals, or made by an entity or individual in execution of a commission given to it or him by another entity or individual, the right to apply for a patent belongs, unless otherwise agreed upon, to the entity or individual that made, or to the entities or individuals that jointly made, the invention-creation. After the application is approved, the entity or individual that applied for it shall be the patentee.

¹⁸ After the grant of the patent right for an invention or utility model, except where otherwise provided for in this Law, no entity or individual may, without the authorization of the patentee, exploit the patent, that is, make, use, offer to sell, sell or import the patented product, or use the patented process, and use, offer to sell, sell or import the product directly obtained by the patented process, for production or business purposes.

After the grant of the patent right for a design, no entity or individual may, without the authorization of the patentee, exploit the patent, that is, make, sell or import the product incorporating its or his patented design, for production or business purposes.

¹⁹ Any invention or utility model for which patent right may be granted must possess novelty, inventiveness and practical applicability. Novelty means that, before the date of filing, no identical invention or utility model has been publicly disclosed in publications in the country or abroad or has been publicly used or made known to the public by any other means in the country, nor has any other person filed previously with the Patent Administration Department Under the State Council an application which described the identical invention or utility model and was published after the said date of filing. Inventiveness means that, as compared with the technology existing before the date of filing, the invention has prominent substantive features and represents a notable progress and that the utility model has substantive features and represents progress. Practical applicability means that the invention or utility model can be made or used and can produce effective results.



modello d'utilità, per cui si chiede la concessione del brevetto, deve possedere i requisiti di novità, originalità e applicazione industriale.

La novità significa che, prima della data di deposito della domanda, nessuna identica invenzione o modello d'utilità è stato reso accessibile al pubblico mediante pubblicazioni nel territorio o all'estero o è stato pubblicamente utilizzato o reso accessibile al pubblico mediante qualsiasi altro mezzo nel territorio, né qualunque altra persona ha anteriormente depositato presso l'Ufficio Cinese Brevetti una domanda, la cui descrizione è uguale all'invenzione o modello d'utilità o è stata già pubblicata alla data di deposito della predetta domanda.

Le linee guida per l'esame sui brevetti della SIPO evidenziano i principi di giudizio sulla novità di un'invenzione. E' stato introdotto il nuovo principio di "essenzialmente uguali" che difetterà del requisito di novità. Da questo concetto s'intende che i problemi da risolvere e le soluzioni sono essenzialmente uguali, così come sono uguali gli effetti dell'invenzione.

Per originalità s'intende che rispetto alla tecnologia esistente prima della data deposito della domanda, l'invenzione ha caratteristiche sostanziali importanti e rappresenta un progresso notevole; similmente il modello d'utilità ha caratteristiche sostanziali e rappresenta un progresso. Le caratteristiche sostanziali importanti significa che l'invenzione non è ovvia ad una persona esperta nell'arte così come riferito allo stato della tecnica. Ciò è considerato in relazione ad un problema tecnico e approccio risolutivo, nel seguente modo:

- 1) Trovare l'arte precedente più vicina
- 2) Determinare il problema tecnico
- 3) Giudicare se la soluzione è ovvia ad una persona esperta nell'arte.

Il progresso notevole denota che l'invenzione può produrre un effetto vantaggioso. La valutazione è effettuata secondo i seguenti parametri:

- 1) Comparta con la precedente arte più vicina, l'invenzione ha un effetto tecnico migliore.
- 2) L'invenzione consegue una soluzione con un'idea tecnica differente e il suo effetto generalmente raggiunge il livello della precedente arte.
- 3) L'invenzione rappresenta qualunque nuova tendenza di sviluppo tecnico.
- 4) L'invenzione ha effetti negativi in qualche aspetto, e altri positivi ovvi in qualche altro aspetto.

L'applicazione industriale significa che l'invenzione o modello d'utilità può essere realizzata o utilizzata e può produrre risultati effettivi.



Secondo l'art. 5 della legge sui brevetti²⁰, nessun diritto di brevetto sarà concesso per qualunque invenzione-creazione, contrario alle leggi dello stato o all'etica sociale o pregiudizievole al pubblico interesse. In conformità ai TRIPS, i nuovi regolamenti attuativi dispongono che le invenzioni-creazioni contrarie alle leggi dello stato non includono le invenzione-creazioni, lo sfruttamento delle quali è proibito dalle leggi dello stato.

Secondo le Linee guida, un'invenzione-creazione non è esclusa dalla brevettabilità per contrarietà alle leggi dello stato, se essa non è contraria alle leggi dello stato, ma potrebbe essersi abusato dell'uso, così da renderla contraria alle leggi dello stato, oppure se la vendita del prodotto di un'invenzione-creazione o di un prodotto ottenuto direttamente da un procedimento d'invenzione-creazione è limitata dalle leggi dello stato.

Infine le Linee guida hanno previsto anche una sezione dedicata al tipo d'invenzione-creazioni che sono pregiudizievoli al pubblico interesse, incluse le invenzioni-creazioni che possono costituire lesione personale, danno patrimoniale o inquinamento ambientale, oppure le caratteristiche che coinvolgono importanti eventi politici nazionali, sentimenti delle persone o credenze religiose.

La legge sui brevetti esclude espressamente la concessione del diritto di brevetto nei seguenti casi:

- 1) Scoperte scientifiche
- 2) Regole e metodi per attività mentali
- 3) Metodi per la diagnosi o per il trattamento di malattie
- 4) Varietà d'animali e piante
- 5) Sostanze ottenute da strumenti di trasformazione nucleare.

Tuttavia, ai sensi del secondo comma dell'art 25 della legge sui brevetti, per i procedimenti usati nella produzione di prodotti di cui al n. 4, il diritto di brevetto può essere concesso in conformità con le disposizioni di questa legge²¹.

²⁰ No patent right shall be granted for any invention-creation that is contrary to the laws of the State or social morality or that is detrimental to public interest.

²¹ For any of the following, no patent right shall be granted:

- (1) scientific discoveries;
- (2) rules and methods for mental activities;
- (3) methods for the diagnosis or for the treatment of diseases;
- (4) animal and plant varieties;



2.2. La procedura di brevettazione

I richiedenti stranieri non aventi la residenza abituale o l'ufficio d'affari in Cina devono depositare la domanda per il brevetto o trattare questioni concernenti al brevetto attraverso una *patent agency*, designata ufficialmente dalla SIPO. Le persone fisiche o giuridiche cinesi possono avvalersi di agenti cinesi ufficialmente designati, sia per la domanda per brevetto direttamente all'Ufficio cinese Brevetti.

Le disposizioni che riguardano il trattamento dello straniero sono stabilite dalla presente legge sui brevetti in conformità a qualsiasi accordo concluso tra il paese al quale appartiene lo straniero e la Cina, o in conformità a qualsiasi trattato internazionale al quale entrambi i paesi hanno aderito, o in base al principio di reciprocità. Ad esempio, se le disposizioni del diritto cinese sono contrarie a quelle della Convenzione di Parigi, queste ultime prevalgono.

L'art. 9 della legge sui brevetti²² stabilisce che quando due o più richiedenti depositano domande per un'identica invenzione-creazione, il diritto di brevetto sarà rilasciato al richiedente, la cui domanda è stata presentata per prima. Nell'ipotesi d'identica invenzione-creazione sarà concesso solo un diritto di brevetto. I regolamenti attuativi chiariscono che se due o più richiedenti depositano, nello stesso giorno, domande per brevetto per un'identica invenzione-creazione, dopo la comunicazione da parte della SIPO, le parti in consultazione tra loro dovranno decidere la persona che avrà diritto di depositare la domanda-

Secondo l'art. 29 della legge sui brevetti²³, un richiedente ha diritto di priorità se, entro dodici mesi dalla data in cui ha depositato per prima una domanda per brevetto per invenzione o modello d'utilità in un paese straniero, deposita una domanda per brevetto

(5) substances obtained by means of nuclear transformation.

For processes used in producing products referred to in items (4) of the preceding paragraph, patent right may be granted in accordance with the provisions of this Law

²² Where two or more applicants file applications for patent for the identical invention-creation, the patent right shall be granted to the applicant whose application was filed first.

²³ Where , within twelve months from the date on which any applicant first filed in a foreign country an application for a Patent for invention or utility model, or within six months from the date on which any applicant first filed in a foreign country an application for a patent for design, he or it files in China an application for a patent for the same subject matter, he or it may, in accordance with any agreement concluded between the said foreign country and China, or in accordance with any international treaty to which both countries are party, or on the basis of the principle of mutual recognition of the right of priority, enjoy a right of priority. Where, within twelve months from the date on which any applicant first filed in China an application for a patent for invention or utility model, he or it files with the Patent Administration Department Under the State Council an application for a patent for the same subject matter , he or it may enjoy a right of priority.



per lo stesso oggetto in Cina. Tale diritto è soggetto all'esistenza di un accordo tra il paese straniero in questione e la Cina, un trattato internazionale al quale entrambe le parti hanno aderito oppure un principio di reciproco riconoscimento della priorità. Si tratta di una priorità straniera.

Similmente, un richiedente gode di un diritto di priorità se, entro dodici mesi dalla data in cui ha presentato per prima una domanda per brevetto per invenzione o modello d'utilità in Cina, richiede alla SIPO una domanda per brevetto per lo stesso oggetto. Si parla di priorità domestica.

Ai fini della priorità prescritta, il richiedente deve presentare una dichiarazione scritta unitamente ad una copia del documento della prima domanda entro tre mesi, altrimenti la rivendicazione di priorità è inesistente. L'art. 32 (2) regolamenti attuativi²⁴ specifica che, quando è rivendicata la priorità straniera, il duplicato della domanda precedentemente depositato dal richiedente deve essere certificato dall'autorità competente del paese straniero, mentre il documento rivendicante la priorità domestica deve essere preparato dall'Ufficio cinese Brevetti.

L'art. 31 stabilisce che²⁵:

una domanda per un brevetto per un'invenzione o modello d'utilità è limitata ad un'invenzione o modello d'utilità. Due o più invenzioni o modelli d'utilità appartenenti ad un singolo concetto inventivo generale possono essere presentati come una domanda.

Questo principio dell'unità dell'invenzione che è stato anche affermato dalla Convenzione del Brevetto europeo è stato chiarito dai nuovi regolamenti attuativi, ai sensi dei quali due o più invenzioni o modelli d'utilità appartenenti a un singolo concetto inventivo generale devono essere tecnicamente correlati e contenere una o più uguali o corrispondenti specifiche caratteristiche tecniche.

²⁴ Where the foreign priority is claimed, the copy of the earlier application documents submitted by the applicant shall be certified by the competent authority of the foreign country in which the application was filed. Where in the certifying material submitted, the name of the earlier applicant is not the same as that of the later one, the applicant shall submit document certifying the assignment of priority. Where the domestic priority is claimed, the copy of the earlier application document shall be prepared by the Patent Administration Department under the State Council

²⁵ An application for a patent for invention or utility model shall be limited to one invention or utility model. Two or more inventions or utility models belonging to a single general inventive concept may be filed as one application. An application for a patent for design shall be limited to one design incorporated in one product. Two or more designs which are incorporated in products belonging to the same class and are sold or used in sets may be filed as one application.



Il richiedente cinese può depositare una domanda per brevetto internazionale avendo come oggetto un'invenzione-creazione realizzata in Cina anche oltre le frontiere nazionale, sempre e quando rispetta le formalità prescritte dalla legge.

Ai sensi del primo comma, art. 20 della legge sui brevetti²⁶ il richiedente cinese dovrà depositare prima la domanda per brevetto internazionale all'Ufficio cinese Brevetti (SIPO), nominare una patent agency che sia ufficialmente riconosciuta con osservanza delle norme sulla segretezza, qualora l'invenzione-creazione possa pregiudicare la pubblica sicurezza o possa produrre importanti vantaggi di cui all'art. 4 della legge sui brevetti²⁷.

La domanda verrà trattata dall'ufficio cinese conformemente alle disposizioni degli accordi internazionali ratificati dalla Cina, alla legge sui brevetti ed ai relativi regolamenti attuativi.

Mediante le procedure del *Patent Cooperation Treaty* il richiedente straniero può decidere di estendere la protezione della propria privativa al di fuori del confine nazionale. Questo vuole dire che alla data di deposito di una domanda per brevetto internazionale PCT, il richiedente straniero potrà rivendicare la priorità acquisita anche in Cina. Alla data di deposito della domanda per brevetto internazionale PCT presso l'Ufficio cinese Brevetti la stessa sarà equiparata ad una domanda nazionale senza alcuna disparità di trattamento di cui alla Convenzione di Parigi.

L'art. 101 dei regolamenti attuativi²⁸ prevede che qualsiasi richiedente che vuole estendere la protezione della propria domanda per brevetto internazionale PCT nel

²⁶ Where any Chinese entity or individual intends to file an application in a foreign country for a patent for invention-creation made in China, it or he shall file first an application for patent with the patent administration department under the State Council, appoint a patent agency designated by the said department to act as its or his agent, and comply with the provisions of Article 4 of this Law. Any Chinese entity or individual may file an international application for patent in accordance with any international treaty concerned to which China is party. The applicant filing an international application for patent shall comply with the provisions of the preceding paragraph. The patent administration department under the State Council shall handle any international application for patent in accordance with the international treaty concerned to which China is party, this Law and the relevant regulations of the State Council.

²⁷ Where an invention-creation for which a patent is applied for relates to the security or other vital interests of the State and is required to be kept secret, the application shall be treated in accordance with the relevant prescriptions of the State.

²⁸ Any applicant for an international application entering the Chinese national phase shall, within 20 months from the priority date as referred to in Article 2 of the Patent Cooperation Treaty (referred to as "the priority date" in this chapter), go through the following formalities at the Patent Administration Department under the State Council ; where an international application elects China within 19 months from "the priority date", and where the election remains valid, the applicant of the said application entering the Chinese national phase shall go through the following formalities at the Patent Administration Department under the State Council within 30 months from "the priority date": (1) submitting a written statement concerning the entry of his or its international application into the



territorio cinese dovrà entro 30 mesi dalla data di priorità adempiere alle formalità prescritte dall'Ufficio cinese Brevetti come descritto a continuazione:

- 1) Il richiedente deve presentare una dichiarazione scritta che riguarda l'estensione della propria domanda internazionale nel territorio cinese. E' importante che su questa dichiarazione ci sia scritto il numero della domanda internazionale, e specificato in lingua cinese il tipo di protezione per brevetto richiesto, il nome dell'invenzione-creazione, il nome o titolo del richiedente, l'indirizzo del richiedente così come il nome dell'inventore. Questi dati devono corrispondere con quelli registrate presso l'International Bureau;
- 2) Deve pagare la tassa per il deposito, la tassa aggiuntiva per la domanda di deposito e la tassa per la pubblicazione della domanda;
- 3) sarà richiesta una traduzione della descrizione, delle rivendicazioni, del testo e riassunto contenuti nei disegni, sempre e quando la domanda internazionale è stata presentata in lingua diversa dal cinese. Invece se la domanda internazionale è stata presentata in lingua cinese, sarà richiesta una copia del riassunto reso accessibile nella pubblicazione internazionale;
- 4) sarà richiesta una copia dei disegni se la domanda internazionale li contiene. Se la domanda internazionale è presentata in lingua cinese, sarà richiesta una copia dei disegni allegati e resi accessibili nella pubblicazione internazionale.

Se il richiedente non adempie le formalità richieste entro il termine stabilito, questo potrà con previo pagamento di una sovrattassa per il ritardo, ottemperare le prescritte formalità entro 32 mesi dalla data di priorità.

Chinese national phase. The statement shall indicate the international application number, and also indicate in Chinese the kind of patent protection sought, the title of the invention-creation, the name or title of the applicant, the address of the applicant and the name of the inventor. Such indications shall be the same as those recorded by the International Bureau; (2) paying the filing fee, the additional fee for filing application and the printing fee for publishing the application as provided in Rule 90, paragraph one of these Implementing Regulations; (3) where an international application is filed in a language other than Chinese, the Chinese translation of the description, the claims, the text matter of the drawings, and the abstract of the initial international application shall be furnished; where an international application is filed in Chinese, a copy of the abstract published in the international publication shall be furnished. (4) where an international application contains drawings, a copy of the drawings shall be furnished. Where an international application is filed in Chinese, a copy of the figure of the drawings in the abstract as published in the international publication shall be furnished. If the applicant fails to go through the relevant formalities for entering the Chinese national phase within the time limit prescribed in the preceding paragraph, he or it may, after paying a surcharge for the late entry, go through these formalities before the expiration of the respective time limit of 22 months or 32 months respectively from "the priority date".



Si osserva che il termine di due mesi aggiuntivi previsto dal secondo comma dell'art. 10 dei regolamenti attuativi²⁹ non è una proroga del termine per estendere un brevetto internazionale PCT in Cina, purché nel sistema brevettuale cinese è ammessa la proroga del termine per l'esercizio di un diritto da parte del richiedente, nel caso in cui tale esercizio sia stato impedito da forza maggiore o ragioni giustificabili di cui all'art. 7 dei regolamenti attuativi. Dall'altra parte, la disposizione del secondo comma, art. 101 dei regolamenti attuativi è contrario al PCT, anche se il trattato non dispone un principio restrittivo in tal senso.

L'art. 102 dei regolamenti attuativi³⁰ precisa che se il richiedente di un brevetto internazionale PCT non adempie le formalità prescritte nella fase nazionale cinese entro il termine previsto dal secondo comma dell'art. 101 dei regolamenti attuativi, oppure si verificano alcune delle circostanze alla scadenza del termine, il brevetto internazionale PCT perderà efficacia in Cina. In tale ipotesi, non sarà possibile alcuna proroga disposta dall'art. 7 dei regolamenti attuativi.

L'ufficio cinese nell'esaminare la conformità alle disposizioni di legge di una domanda internazionale PCT prenderà esclusivamente in considerazione i 30 mesi piuttosto che trentadue dalla data di priorità.

Le disposizioni del trattato e relativi regolamenti di esecuzione del PCT prevedono per una domanda di brevetto internazionale un periodo suddivisibile in due fasi, una internazionale ed una nazionale. In tutte le due fasi sono ammesse le eventuali rettifiche alla domanda internazionale PCT. Nella fase internazionale sono possibili due tipi di rettifica. L'art. 19 del Patent Cooperation Treaty stabilisce che il richiedente potrà entro due mesi dalla data di trasmissione del rapporto di ricerca internazionale dello

²⁹ The date of filing referred to in the Patent Law, except for those referred to in Articles 28 and 42, means the priority date where priority is claimed. The date of filing referred to in these Implementing Regulations, except as otherwise prescribed, means the date of filing prescribed in Article 28 of the Patent Law.

³⁰ Where the applicant fails to go through the formalities for entering the Chinese national phase, within the time limit prescribed in Rule 101, paragraph two of these Implementing Regulations or any of the following circumstance occurs at the expiration of the said time limit, the effect of his or its international application shall cease in China:

- (1) where the international application number is not indicated in the statement concerning entry into the Chinese national phase;
- (2) where the filing fee, the printing fee for publishing the application prescribed in Rule 90, paragraph one of these Implementing Regulations, or the surcharge for the late entry as prescribed in Rule 101, paragraph two of these Implementing Regulations is not paid;
- (3) where the international application is filed in a language other than Chinese, the Chinese translation of the description and the claims of the initial international application are not furnished.

Where the effect of an international application has ceased in China, the provisions of Rule 7, paragraph two of these Implementing Regulations shall not apply.



stesso richiedente ed International Bureau oppure entro sedici mesi dalla data di priorità, effettuare modifiche. Queste rettifiche saranno rese accessibili al pubblico mediante pubblicazione da parte dell'International Bureau. L'Ufficio Cinese ricevente procederà alla pubblicazione delle rettifiche insieme alla traduzione in lingua cinese della domanda internazionale originale nella fase nazionale. Se sono state effettuate delle rettifiche, il richiedente potrà scegliere se queste rettifiche saranno oggetto di valutazione ai fini dell'esame da parte dell'ufficio cinese designato, salvo espressa dichiarazione contraria. Se esiste una dichiarazione, le rettifiche non influiranno sulla decisione degli esaminatori cinesi. Un'altra possibilità di rettifica della domanda internazionale nella sua fase internazionale è stabilito nell'art. 34 PCT, secondo cui prima della trasmissione del report sull'esame preliminare internazionale, il richiedente potrà eventualmente modificare le rivendicazioni, la descrizione e i disegni entro il termine prescritto dall'esaminatore dell'Autorità dell'esame preliminare. Se l'esaminatore ritiene che le modifiche non vadano oltre lo scopo di divulgazione dell'invenzione contenuta nella domanda internazionale, trasmetterà il rapporto dell'esame preliminare internazionale da parte dell'Ufficio cinese ricevente solo su espressa dichiarazione dell'istante. Ai sensi delle disposizioni del PCT il report sull'esame preliminare internazionale ha natura di esame sostanziale, giacché contiene una valutazione sui requisiti di novità, originalità ed applicazione industriale di una domanda per brevetto internazionale. Se un richiedente dichiara espressamente di avvalersi delle rettifiche fatte conformemente agli artt. 34 e 19 PCT ai fini dell'esame, oppure deposita la traduzione in lingua cinese del report sull'esame preliminare sostanziale prima della pubblicazione nella fase nazionale, l'ufficio cinese sarà tenuto ad accettarli. Se l'ufficio cinese riceve l'originale di detto report con gli allegati delle rettifiche dall'International Bureau dopo un lungo periodo di tempo, l'ufficio cinese procederà all'apposizione di un sigillo rosso recante l'avvertimento che queste rettifiche sono state fatte ai sensi dell'art. 41 PCT e non l'art. 34 PCT. Non sarà necessario attendere la ricezione di questo report, se il richiedente ha chiesto che queste rettifiche non siano prese in considerazione dagli esaminatori cinesi.

Il richiedente potrà modificare le rivendicazioni, la descrizione e i disegni ai sensi degli artt. 28 e 41 della Patent Cooperation Treaty entro lo scopo di divulgazione indicata nella domanda internazionale originale quando si deposita la traduzione in cinese della domanda internazionale divulgata al momento in cui questa entra nella fase



nazionale. L'art. 109 dei regolamenti attuativi³¹ stabilisce che il richiedente potrà effettuare una modifica, entro i termini prescritti, dopo che la domanda internazionale è entrata in fase nazionale.

Le condizioni per la rettifica sono differenti per una domanda per invenzione rispetto a quelli per una domanda per modello d'utilità, tipico del sistema brevettuale cinese.

Ai sensi dell'art. 51 dei regolamenti attuativi³², se il richiedente presenta una richiesta per l'esame sostanziale della domanda internazionale, quando quest'ultima entra nella fase nazionale cinese, questo potrà rettificare la sua domanda. Ci saranno due possibili due rettifiche della domanda ai sensi degli artt. 41 PCT e 51 dei regolamenti attuativi, dando luogo ad un'eventuale sovrapposizione di norme. Come regola generale, il richiedente potrà entrare nella fase nazionale entro trenta mesi dalla data di deposito della domanda internazionale, includendo la data di priorità, mentre in conformità all'art. 35 della legge sui brevetti³³, il richiedente potrà domandare l'esame sostanziale in qualsiasi momento, purché entro tre anni dalla data di deposito. Ciò, al momento dell'entrata nella fase nazionale, il richiedente avrà a disposizione sei mesi per decidere se richiedere o meno l'esame sostanziale della domanda. Con altre parole, se il

³¹ With regard to an international application for a patent for utility model, the applicant may file a request with the Patent Administration Department under the State Council to amend the description, the drawings and the claims within one month from the date of going through the formalities for entering the Chinese national phase. With regard to an international application for a patent for invention, the provisions of Rule 51, paragraph one of these Implementing Regulations shall apply.

³² When a request for examination as to substance is made, and that, within the time limit of three months after the receipt of the notification of the Patent Administration Department under the State Council, the application has entered into examination as to substance, the applicant for a patent for invention may amend the application for a patent for invention on its or his own initiative. Within two months from the date of filing, the applicant for a patent for utility model or design may amend the application for a patent for utility model or design on its or his own initiative. Where the applicant amends the application after receiving the notification of opinions of the examination as to substance of the Patent Administration Department under the State Council, he or it shall make the amendment as required by the notification. The Patent Administration Department under the State Council may, on its own initiative, correct the obvious clerical mistakes and symbol mistakes in the documents of application for a patent. Where the Patent Administration Department under the State Council corrects mistakes on its own initiative, it shall notify the applicant.

³³ Upon the request of the applicant for a patent for invention, made at any time within three years from the date of filing, the Patent Administration Department Under the State Council will proceed to examine the application as to its substance. If, without any justified reason, the applicant fails to meet the time limit for requesting examination as to substance, the application shall be deemed to have been withdrawn.

The Patent Administration Department Under the State Council may, on its own initiative, proceed to examine any application for a patent for invention as to its substance when it deems it necessary.



richiedente domanda l'esame sostanziale al momento d'ingresso nella fase nazionale perderà la possibilità di fare una modifica di propria iniziativa.

Una volta che la domanda internazionale PCT è entrata nella fase nazionale, la modifica effettuata equivale ad una modifica fatta ad una domanda nazionale. In conformità con l'art. 51 dei regolamenti attuativi, l'istante ha due possibilità di modificare la domanda di propria iniziativa: potrà effettuare la modifica della domanda al momento della richiesta di esame sostanziale e potrà modificare la propria iniziativa entro tre mesi dalla data di ricezione della notifica d'inizio della procedura di esame sostanziale. Le rettifiche la non dovranno essere contrarie alla disposizione dell'art. 33 della legge sui brevetti e dovranno essere effettuate entro lo scopo della divulgazione iniziale.

Il richiedente potrà rettificare la propria domanda nella fase internazionale in base ai principi disposti dal PCT. Quando questo presenta la domanda nella fase nazionale, dovrà fare attenzione a specificare in un apposito modulo quali modifiche dovranno essere valutate ai fini dell'esame. Solo nel caso in cui il richiedente ha intenzione che alcune rettifiche siano rilevanti ai fini dell'esame sostanziale nella fase nazionale, sarà opportuno che traduca il testo delle modifiche in lingua cinese e lo depositi presso l'ufficio cinese ricevente.

L'Ufficio cinese Brevetti nel giudizio di novità adotta due standard, da un lato, il requisito della novità assoluta di cui all' art. 22 della legge sui brevetti e, dall'altro, il requisito della novità relativa di cui all'art. 24 della legge sui brevetti.

Novità assoluta significa che la divulgazione di un'identica tecnologia attraverso la pubblicazione in qualsiasi lingua nel o al di fuori del territorio cinese, prima della data di deposito della domanda per brevetto per invenzione o modello d'utilità, ha capacità distruttiva del requisito di novità, qualora l'identica tecnologia costituisca arte precedente rispetto alla domanda cinese.

Per novità relativa s'intende che la divulgazione di un'identica tecnologia attraverso forme diverse dalla pubblicazione, quali la vendita, l'utilizzazione o la descrizione orale, prima della data di deposito, ha capacità distruttiva del requisito di novità della domanda per brevetto cinese, solo se l'atto di divulgazione si verifica nel territorio cinese. Se un'identica invenzione di un terzo è resa accessibile al pubblico attraverso la vendita, l'utilizzazione o altra forma diversa dalla pubblicazione in un paese straniero, ciò non costituirebbe arte precedente avente capacità distruttiva della domanda cinese successivamente depositata. Questo principio trova riscontro anche



nelle Linee guida che specificano che qualsiasi contenuto tecnico divulgato al momento del deposito non è considerato arte precedente.

Ai sensi dell'art.24 della legge sui brevetti la divulgazione di un'invenzione-creazione per cui si richiede il rilascio del brevetto non ha capacità distruttiva della novità, se sei mesi prima del deposito della domanda si sono verificate le seguenti condizioni:

- 1) l'invenzione-creazione è stata mostrata precedentemente presso un'esposizione internazionale sponsorizzata o riconosciuta dal governo cinese;
- 2) l'invenzione-creazione è stata resa pubblica precedentemente presso una conferenza in materia scientifica o tecnologica;
- 3) l'invenzione-creazione è stata divulgata da un terzo senza il consenso del richiedente.

Se capitano queste circostanze, il richiedente dovrà dichiarare entro sei mesi dal verificarsi di una di queste condizioni che la divulgazione non ha capacità del deposito della domanda cinese e produrre prove entro due mesi dalla data di deposito.

Nella prassi, il richiedente straniero raramente riesce a produrre prove che possano giustificare l'applicazione dello standard della novità relativa.

Le Linee guide interpretano questa regola così: da un lato per esposizione s'intende l'esposizione internazionale sponsorizzata o fiera tenutasi all'estero ma riconosciuta dal governo cinese; dall'altro, però conferenza in materia scientifica s'intende un convegno in materia scientifica o tecnologica sponsorizzata dall'autorità competente governativa o associazione accademica nazionale o organizzazione.

Secondo l'art. 26 della legge sui brevetti, quando si richiede una domanda per un brevetto per invenzione o modello d'utilità, devono essere depositate richiesta, descrizione, riassunto e rivendicazioni. Tutti documenti presentati devono essere redatti in forma scritta o altra forma prescritta dalla SIPO ed essere in lingua cinese.

La richiesta deve indicare titolo dell'invenzione o modello d'utilità, nome dell'inventore o creatore, nome e indirizzo del richiedente e altre informazioni generali. La descrizione deve evidenziare l'invenzione o modello d'utilità in modo sufficientemente chiaro e completo, in modo che permetta ad un esperto nel settore pertinente realizzarlo. Solo in caso di bisogno possono essere richiesti i disegni. La necessità di disegni dipende dal tipo d'invenzione o modello d'utilità. Secondo la legge cinese i titoli degli elementi dell'invenzione o modello d'utilità non possono comparire sui disegni. Si richiede la traduzione in cinese del termine d'identificazione dei disegni delle domande straniere, come Fig.1, etc. Il riassunto deve spiegare brevemente i punti



tecniche essenziali dell'invenzione o modello d'utilità. Le rivendicazioni devono essere accompagnate dalla descrizione ed affermare l'estensione della protezione richiesta. Le rivendicazioni costituiscono la base per definire lo scopo tecnico delle invenzioni brevettate.

La legge sui brevetti cinese prevede un sistema d'esame preliminare, formale, della domanda di brevetto per invenzione-creazione, seguita dalla pubblicazione nella gazzetta del brevetto in caso di conformità con le disposizioni della presente legge. L'art. 34 della legge sui brevetti dispone che l'Ufficio cinese Brevetti, all'esito di un esame preliminare alla legge, pubblica la domanda per invenzione allo spirare dei diciotto mesi dalla presentazione della domanda. Su richiesta dell'istante, l'ufficio cinese può anticipare la pubblicazione di questa. Nel caso di domanda per brevetto per invenzione, all'esame preliminare formale può seguire l'esame sostanziale, su richiesta dell'istante, entro tre anni dal deposito della domanda. Questo termine non è suscettibile di proroga, senza giustificazione. Se il richiedente chiede l'esame sostanziale della domanda per brevetto per invenzione, deve fornire i materiali riguardanti l'invenzione prima del deposito della domanda. In conformità ai TRIPS, se la domanda per brevetto per invenzione è stata fatta in un paese straniero, l'Ufficio cinese brevetti può richiedere all'istante la presentazione di qualunque ricerca fatta allo scopo di esaminare tale domanda, oppure i risultati di qualunque esame fatto nel paese straniero. Se dopo l'esame sostanziale, l'ufficio cinese riscontra la non conformità della domanda per brevetto per invenzione alle disposizioni di legge, questa notifica al richiedente le osservazioni e lo invita a rispondere o fare correzioni. L'inottemperanza di quello descritto precedentemente entro il termine stabilito comporta la presunzione di rinuncia.

In assenza di cause ostative al rilascio del brevetto per invenzione, l'ufficio cinese provvederà all'emanazione del relativo certificato, alla registrazione ed alla pubblicazione. I regolamenti attuativi precisano che, se il richiedente non osserva le formalità di registrazione entro due mesi dalla notifica della SIPO riguardanti la concessione del brevetto, tale diritto sarà considerato rinunciato.

Nella fase di esame sostanziale della domanda per brevetto per invenzione, è ammessa la correzione su iniziativa del richiedente, ma anche da parte della SIPO. Nel primo caso, la rettifica è effettuata al momento della richiesta del futuro titolare del brevetto oppure tre mesi dalla notifica della SIPO riguardo alle osservazioni da presentare al riguardo delle osservazioni da presentare in fase d'esame posteriore. Se la



correzione è ammessa su iniziativa della SIPO, questa riguarda errori ovvi, come quelli lessicali o grafici.

Secondo l'art. 38 della legge sui brevetti, se dopo le correzioni effettuate dal richiedente, la SIPO ancora riscontra una non conformità della domanda per brevetto per invenzione, la domanda viene rifiutata. Se, in tale ipotesi, il richiedente non fosse soddisfatto con questa decisione della SIPO, può, entro tre mesi dal ricevimento della notifica, chiedere il riesame alla *Patent Reexamination Board* (PRB). Il PRB, dopo aver effettuato il riesame e aver preso una decisione, lo notifica al richiedente. Se questa decisione è negativa, e quindi non soddisfa all'istante, questo può, entro tre mesi dal ricevimento dalla notifica, esercitare l'azione legale davanti alla Corte del Popolo.

Per quanto riguarda la procedura di riesame del PRB, l'art. 59 dei regolamenti attuativi stabilisce che il richiedente deve presentare la domanda di riesame assieme con le ragioni e i documenti necessari.

Secondo l'art. 62 dei regolamenti attuativi, se il Patent Reexamination Board dopo il riesame, trova la domanda non conforme alle disposizioni della legge o i suoi regolamenti attuativi chiede al richiedente a fare osservazioni entro il termine stabilito. Se la difformità persiste, il PRB accoglie l'iniziale decisione di rigetto emesso dalla SIPO. Se invece, il PRB dopo il riesame, non accoglie l'iniziale decisione di rigetto emesso dalla SIPO, sia perché la decisione di rigetto della SIPO non è conforme alla legge, oppure il documento corretto della domanda per un brevetto ha eliminato i difetti, viene revocata l'iniziale decisione di rigetto in modo che il dipartimento d'esame della SIPO continua la procedura d'esame.

La durata del diritto esclusivo del brevetto per invenzioni è di venti anni, mentre la durata della privativa del brevetto per modelli d'utilità è di dieci anni, contati dal giorno di presentazione della domanda.

Secondo l'art. 22 della legge sui brevetti, si ha la cessazione anticipata del diritto di brevetto nel caso di mancato pagamento della tassa annuale prescritta oppure di rinuncia espressa da parte del titolare del brevetto.

2.3. Cessione e licenza del brevetto e licenza obbligatoria

L'art. 10 delle leggi sui brevetti permette sia la cessione del diritto di presentare domanda per un brevetto sia la cessione del diritto di brevetto. Quando la cessione è incorsa tra cedente individuo o persona giuridica cinese e cessionario straniero, la legge prevede l'approvazione del dipartimento competente del Consiglio di Stato. E'



necessaria la stipulazione di un contratto scritto tra le parti interessate e la registrazione con la SIPO che dispone la pubblicazione.

L'art. 12 della legge sui brevetti stabilisce che qualsiasi persona giuridica o fisica che intende sfruttare il brevetto altrui deve concludere con il titolare del brevetto un contratto scritto di licenza per lo sfruttamento e pagare al titolare del brevetto una tassa per l'utilizzazione economica. La legge proibisce espressamente al licenziatario di autorizzare qualsiasi persona giuridica o fisica diversa da quella indicata nel contratto a sfruttare il brevetto.

L'art. 31 dell'accordo TRIPS dispone di dodici condizioni sui diritti di brevetto riguardante alle licenze obbligatorie. Questi requisiti sono generalmente soddisfatti dalla legge sui brevetti cinese. La legge cinese prevede tre tipi di licenze obbligatorie:

a) Licenza obbligatoria in caso di mancato ottenimento dell'autorizzazione del titolare di brevetto. In conformità con l'accordo TRIPS, dopo il decorrere dei 3 anni dalla data di concessione del brevetto per invenzione o modello d'utilità, se un'entità, che è qualificata a sfruttare l'invenzione o modello d'utilità al fine di sfruttare il brevetto in termini e condizioni ragionevoli e tali sforzi non hanno avuto successo entro un periodo ragionevole, può chiedere alla SIPO la concessione di una licenza obbligatoria per lo sfruttamento di tale brevetto.

b) Licenza obbligatoria in caso d'uso per pubblico interesse. Quando ricorre un'emergenza nazionale o un affare di stato straordinario, o quando il pubblico interesse così lo richiede, la SIPO può concedere una licenza obbligatoria per sfruttare il brevetto per invenzione o modello d'utilità. Questa disposizione è conforme ai TRIPS.

c) Licenza obbligatoria in caso di brevetti dipendenti. L'art. 50 della legge sui brevetti è conforme ai TRIPS.

Quando l'invenzione o modello d'utilità per cui è stato concesso il brevetto costituisce un importante avanzamento tecnico di considerevole significato economico in relazione ad un'altra invenzione o modello d'utilità per il quale è stato concesso precedentemente un brevetto e lo sfruttamento dell'invenzione o modello d'utilità successivo dipende dallo sfruttamento dell'invenzione o modello d'utilità precedente, la SIPO può, su richiesta del titolare di brevetto successivo, concedere una licenza obbligatoria per sfruttare l'invenzione o modello d'utilità successivo.



Secondo l'art. 52 della legge sui brevetti³⁴, il titolare del brevetto riceve la notifica della decisione fatta dalla SIPO per la concessione di una licenza obbligatoria per lo sfruttamento e quindi, la stessa decisione sarà registrata e pubblicata e deve indicare lo scopo e la durata dell'utilizzazione.

Quando il titolare del brevetto non è soddisfatto della decisione della SIPO di concedere una licenza obbligatoria per lo sfruttamento, questo può entro tre mesi dalla notifica, esercitare azione legale davanti alla Corte del popolo.

CONCLUSIONE

I diritti di proprietà intellettuale sono spesso un sinonimo di remunerazione di una ricerca e di un investimento fatto. Ma non solo, la tutela di un'invenzione, incoraggia l'innovazione e la creatività, che sono essenziale per la vita di un'impresa. I diritti di proprietà intellettuale acquisiscono sempre più importanza come strumenti che promuovono la crescita economica per la tutela che offrono ai titolari di una nuova idea. Questo alimenta un ciclo essenziale di sviluppo di attività commerciali, di conoscenze, di nuove tecnologie e ulteriori innovazioni. La Cina consapevole dei vantaggi di avere un sistema di protezione dei diritti di proprietà intellettuale si è aggiornata.

Le riforme legislative in materia di tutela della privatistica brevettuale hanno eliminato le divergenze prima esistenti rispetto ai TRIPS, allineandosi agli standard internazionali. Il diritto di proprietà intellettuale in Cina offre una protezione sostanzialmente coerente con l'esigenza di TRIPS. La Cina ha un sistema brevettuale moderno ed efficiente che incoraggia l'innovazione scientifica e il progresso tecnologico, che permette uno sviluppo economico sostenibile nel lungo termine.

Senza un adeguato grado di protezione dei diritti di proprietà intellettuale, lo sviluppo economico non si verificherà a livello ottimale, anche se non è chiaro se le regole proprietà intellettuale hanno alcun effetto positivo sullo sviluppo delle nazioni più povere. Anche se oggi sappiamo che la proprietà intellettuale è un mezzo essenziale,

³⁴ The decision made by the patent administration department under the State Council granting a compulsory license for exploitation shall be notified promptly to the patentee concerned, and shall be registered and announced. In the decision granting the compulsory license for exploitation, the scope and duration of the exploitation shall be specified on the basis of the reasons justifying the grant. If and when the circumstances which led to such compulsory license cease to exist and are unlikely to recur, the patent administration department under the State Council may, after review upon the request of the patentee, terminate the compulsory license.



non è di per sé un piano economico. Molti più elementi sono richiesti. L'esistenza di una violazione dei diritti di proprietà intellettuale non significa che il diritto di proprietà intellettuale o la sua applicazione ha un problema. Il sistema della protezione della proprietà intellettuale cinese è migliorato. Nel processo di implementare i trattati internazionali, la Cina ha mostrato la sua affidabilità come nazione responsabile. Oltre a soddisfare i requisiti dell'allineamento ai TRIPS, le leggi cinesi di proprietà intellettuale hanno bisogno anche di essere adeguate alle necessità di sviluppo della società e al progresso tecnologico. Cioè, in un'era di rapide trasformazioni socio-economiche la Cina è sempre attenta ad innalzare il livello di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, realizzando delle revisione.



BIBLIOGRAFIA

Valentina Frediani, 2006, *Commentario al nuovo Codice della proprietà industriale*, Halley Professionisti

Paul Torremans, Hailing Shan, Johan Erauw, *Intellectual Property and TRIPS Compliance in China, Chinese and European Perspectives*, New Horizons in Intellectual Property

Fabio Musso ed altri, 2005, *Competere e radicarsi in Cina. Aspetti strategici e operativi*, Franco Angeli

Paula A. Herbig, 2003, *Marekting Interculturale*, Apogeo

Andrew Delios, Kulwant Singh, 2005, *Strategy for success in Asia*, Wiley – Wiley Executive MBA

Vanzetti, 2009, *Manuale di diritto industriale*, Milano.

[Maurizio Beraldo, 2007, Brevetti e innovazioni. La difesa della proprietà industriale dall'Europa alla Cina, Franco Angeli](#)

http://www.wto.org/spanish/news_s/pres01_s/pr243_s.htm

<http://www.reuters.com/article/ousivMolt/idUSTRE56L60G20090722?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0>

<http://www.ilsecondorinascimento.it/Pages/Cit18Bec.htm>

http://it.wikipedia.org/wiki/Accordo_TRIPs

http://www.sice.oas.org/trade/Punta_e.asp

http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/laws/lawsregulations/200804/t20080416_380326.html

http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/laws

http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/examination/

http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/laws/lawsregulations/200804/t20080416_380327.html

<http://spanish.peopledaily.com.cn/31621/6283289.html>



<http://www.uibm.gov.it/it/>

<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/05030dl.htm>

<http://www.stats.gov.cn/english/>

