

**EL CONTROL DE LOS ACUERDOS
INTERNACIONALES POR EL TRIBUNAL
JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

por JOSE MANUEL SOBRINO HEREDIA

SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. EL CONTROL POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE LOS ACUERDOS INTERNACIONES CELEBRADOS POR LA COMUNIDAD EUROPEA
 - 1. Aspectos generales
 - 2. El control previo de la legalidad de los acuerdos internacionales
 - 3. El control con posterioridad a la entrada en vigor de los acuerdos internacionales
- III. LA INTERPRETACION DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
 - 1. Aspectos generales
 - 2. Alcance y significado del artículo 228-2 del Tratado de la Comunidad Económica Europea en el ámbito de la interpretación de los acuerdos internacionales por el Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas
 - 3. La invocabilidad de los acuerdos internacionales en vía judicial
- VI. CONSIDERACIONES FINALES



I. INTRODUCCION

Las organizaciones internacionales son un hecho cada vez más presente en la vida internacional, como también lo son los acuerdos internacionales concluidos por ellas, como refleja la práctica convencional internacional. Ahora bien, a diferencia del Estado que encuentra el fundamento de su capacidad para concluir tratados en la noción de soberanía, la capacidad contractual de la organización va a depender fuertemente de las características de su naturaleza jurídica secundaria y derivada respecto de la voluntad común de sus Estados miembros, así como del carácter funcional y del principio de especialidad que informan su personalidad jurídica internacional.

Por lo que la existencia de una personalidad jurídica diferenciada en las organizaciones, la definición de su capacidad contractual, o la presencia en las mismas de *mecanismos de control e interpretación de los acuerdos internacionales* celebrados por éstas, son asuntos que deben resolverse para cada organización en concreto, con plena autonomía y en íntima relación con las reglas que la rigen.

Creadas generalmente por tratados internacionales, las organizaciones internacionales, y entre ellas las Comunidades Europeas (CE), son instrumentos y actores de las relaciones internacionales, e igualmente sujetos del Derecho internacional. Situándose por tanto en el interior del Ordenamiento jurídico internacional. Ello no obsta, sin embargo, para que cada organización posea un sistema jurídico propio, que en algunos supuestos ha desembocado en un verdadero ordenamiento jurídico evolucionado.

En efecto, la incorporación de las organizaciones internacionales a la vida internacional ha provocado el que junto al ordenamiento jurídico internacional y a los órdenes jurídicos de los Estados se haya ido progresivamente perfilando un *orden jurídico particular a cada organización*. Este orden variará de una a otra de ellas, manifestándose en atención a ello más o menos rico en reglas ge-

nerales, más o menos homogéneo y más o menos rigurosamente definido y jerarquizado (1).

El derecho particular de la organización ha recibido *diversas denominaciones*, todas ellas cargadas de un fuerte contenido, pues como destaca Reuter, el vocabulario que se utilice no puede ser neutro. Así, calificar este derecho de derecho interno es destacar la analogía que presenta con los órdenes jurídicos estatales y consiguientemente alejarlo de la esfera del orden internacional, en cambio, calificarlo de derecho internacional particular viene a subrayar que, salvo ciertas circunstancias, va a participar de los caracteres que informan el orden jurídico internacional (2).

El derecho codificado de los tratados, plasmado en esta materia en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 21 de marzo de 1986, ha preferido apuntar en favor de la prudencia, de manera que ha retenido una fórmula descriptiva y ejemplificativa: *reglas de la organización*. La CDI al comentar esta elección, hacía hincapié en la dificultad de referirse al «derecho interno», pues ese derecho, si bien tiene un aspecto interno, desde otros puntos de vista también tiene un carácter internacional (3).

Por reglas de la organización se entiende, según el artículo 2.1.º, j del mencionado texto convencional «en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y su práctica establecida». En su comentario a este artículo, que en términos similares figuraba en el Proyecto final de artículos, la CDI señalaba que las reglas de una organización comprenden en primer lugar, las normas incorporadas en su carta constitutiva, en segundo lugar, las normas que se han ido desarrollando a partir o en ejecución de éstas, en forma escrita o en la práctica. Con la expresión práctica establecida se quería prescindir de toda práctica vacilante o indirecta, pero sin pretender inmovilizarla en un momento determinado de la vida de la organización (4). Por añadidura, tal práctica debería ser conforme, como establece el preámbulo de la Convención, con los instrumentos constitutivos de la organización (5).

(1) REUTER: «L'ordre juridique international et les traités des organisations internationales», *Fest. H. Mosler*, Berlin, 1983, p. 746. Sobre la necesidad de un orden jurídico, el prof. Cahier, constataba que «toute communauté, qu'elle soit composée d'individus ou de personnes morales, ne peut exister que si elle possède un certain nombre de normes destinées à régler son organisation interne, la vie de ses membres et par conséquent la satisfaction de leurs besoins. Toute communauté est amenée à posséder un ordre juridique qui peut se définir comme un ensemble de normes organisées et unies dans un tout harmonieux et autonome en vue de régler une société donnée. Il se caractérise par son individualité qui se manifeste par la existence de règles qui lui sont propres et qui s'appliquent à une catégorie de sujets donnés», CAHIER, Ph.: «L'ordre juridique interne des organisations internationales», *Manuel sur les organisations internationales*, (DUPUY, R. J., dir), Dordrecht, 1988, p. 237.

(2) REUTER: «L'ordre...», *cit.*, p. 746.

(3) *ACDI*, 1981, p. 130.

(4) *ACDI*, 1982, vol. II (2p.), p. 22 (comentario al art. 2).

(5) «No obstante —advierte Remiro—, la localización de esta consideración y el tiempo potencial en que se expresa sugieren las amenazas a que está permanentemente expuesta la primacía formal de aquéllos (los instrumentos constitutivos)», REMIRO: *Derecho internacional público. Vol. II. Derecho*

La expresión consagrada, reglas de la organización, tiene la ventaja de, por un lado, *salvaguardar la originalidad de cada organización* en función de sus necesidades particulares; y, por otro lado, no prejuzgar sobre el *grado de sistematización requerido* para que dichas reglas puedan constituir un verdadero orden jurídico interno de la organización.

De todas formas, independientemente de su denominación, en lo que hay un acuerdo generalizado es en que cada organización al actuar *va a ir engendrando un cuerpo de derecho* más o menos desarrollado; cuerpo de derecho que ha sido definido por Cahier como «un conjunto de normas jurídicas organizadas y unidas en un todo armónico y autónomo con el fin de reglamentar una sociedad dada» (6). A veces el sistema jurídico de la organización posee con toda claridad las cualidades de un ordenamiento jurídico, esto es lo que ocurre en el supuesto que nosotros examinamos, el de las *Comunidades europeas*, donde a su ordenamiento cabe definirlo, con el profesor ISAAC, como «un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos e interpretarlos a la vez que hacerlos confirmar y sancionar, llegado el caso, las violaciones» (7).

El carácter autónomo y diferenciado del Ordenamiento jurídico comunitario ha sido recientemente reafirmado con toda claridad por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), al declarar en su Dictamen 1/91, de 15 de diciembre de 1991, relativo al Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo (8), que:

«... el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la *carta constitucional de una Comunidad de Derecho*. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales (véase, en especial, la sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Rec. 1963, p. 1). Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos».

de los tratados, Madrid, 1987, 57. Un análisis de la noción de práctica internacional de las OI puede consultarse en, REUTER, P.: «Quelques réflexions sur la notion de pratique internationale spécialement en matière d'organisation internationale», *Studi in on. G. Sperdutti*, 1984.

(6) CAHIER: «Le droit interne...», *cit.*, p. 574.

(7) ISAAC, G.: *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona, 1985, p. 111.

(8) Dictamen 1/91, de 15 de diciembre de 1991, relativo al Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo, Rec. p. I-6.079. punto 21. Este texto puede igualmente consultarse en DO, n.º 470, 29.4. 1992, p. 1.

La Comunidad europea ha ido pues conformando un sistema jurídico propio, cerrado sobre sí mismo, pero que *mantiene relaciones con el exterior*, bien con otras organizaciones, bien con terceros Estados. Estas relaciones pueden canalizarse a través de *tratados*. En estos casos corresponde a las reglas de la organización, tal y como prescribe el artículo 6 de la Convención de Viena de 1986, decidir, de manera autónoma, que materias pueden ser objeto de acuerdo internacional por poseer la organización la adecuada competencia, que personas pueden representarla y obligarla internacionalmente (9), y como se ha de formar la voluntad que tales personas van a transmitir a los demás cocontratantes. Mientras que su *interpretación y control corresponderá al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)*, institución encargada de garantizar el respeto del Derecho comunitario.

Pero además, el acuerdo concluido por la organización *va a someterse a las normas del derecho de los tratados* y en primer lugar al principio *pacta sunt servanda*; la organización y las restantes partes en el acuerdo están obligados a cumplirlo de buena fe.

Las obligaciones y derechos derivados de tales tratados evolucionan en la esfera internacional, corolario de ello será por un lado, el que la organización no podrá invocar —tal y como establece el artículo 27 de la Convención de Viena de 1986— sus reglas particulares como justificación del incumplimiento del tratado, salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la citada Convención; y por otro lado, que corresponde a cada organización el modelar los efectos que, *dentro de su orden jurídico* van a desplegar los acuerdos concluidos por ella. Será pues a las reglas de la organización y no al Derecho internacional que regula el tratado, a quien compete el determinar qué efectos derivan del tratado y cómo afectan a los Estados miembros de la organización. Se trata, en suma, de un *asunto interno* a la organización que deberá resolverse acudiendo a una interpretación de sus reglas. Interpretación, que en su caso, se efectuará por el órgano jurisdiccional establecido al efecto.

Esta autonomía aparece por lo demás consagrada, en nuestra opinión, en el párrafo 13 del Preámbulo de la Convención de 1986, cuando declara que «nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará de modo que afecte a las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, que se rigen por las reglas de esa organización».

Corresponde, pues, a estas reglas el determinar, autónomamente, los procedimientos a través de los cuales la organización concluirá el tratado, y los efectos que del mismo se derivarán dentro de su orden jurídico.

(9) El art. 7, 3.º de la CV86 dispone «Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento de una organización en olibarse por un tratado, se considerará que una persona representa a esa organización internacional: a) si presenta los adecuados plenos poderes; o b) si se deduce de las circunstancias que la intención de los Estados y de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar a esa persona representante de la organización para esos efectos, de conformidad con las reglas de la organización y sin la presentación de plenos poderes».

Este telón de fondo jurídico internacional nos señala que para poder apreciar la *condición internacional de la CE* en tanto organización internacional y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales; así como para poder analizar las técnicas de control y de interpretación que de estos acuerdos existen, será necesario descender al análisis del ordenamiento jurídico comunitario.

En este sentido, el análisis que pretendemos efectuar a lo largo de estas páginas parte de la afirmación, con carácter previo, de la *existencia de una personalidad jurídica diferenciada de la CE* y de su capacidad para celebrar de manera autónoma acuerdos internacionales.

El punto de partida de esta afirmación se sitúa, como es bien sabido, en la escueta declaración contenida en el *artículo 210 TCEE* a tenor del cual «La Comunidad tendrá personalidad jurídica» (10), se prolonga luego en una serie de disposiciones del Tratado de Roma —sobre las que han incidido favorablemente el Acta Unica Europea— atribuyéndole expresamente la capacidad para suscribir acuerdos en algunos sectores del Tratado (11), y se amplía luego espectacularmente, gracias a la jurisprudencia del TJCE, al consagrarse la teoría de las *competencias implícitas* lo que ha llevado al reconocimiento de la existencia de un paralelismo entre las competencias internas e internacionales de la Comunidad.

Este progresivo deslizamiento hacia un *treaty-making power* comunitario casi genérico se refleja con claridad en los considerandos de las decisiones judiciales del Tribunal de Luxemburgo, que a título ejemplificativo, extraemos de una serie de dictámenes y sentencias que, sobre todo durante la década de los 70 y en la actual, han permitido clarificar la condición internacional de la Comunidad europea.

El TJCE en su sentencia de 31 de marzo de 1971 (Comisión c. Consejo (AETR), 22/70, Rec. p. 263) dio entrada a la teoría de los *Poderes implícitos* al considerar que la competencia para celebrar acuerdos resulta no solamente de

(10) Escueta en comparación a la contenida en el art. 6 del TCECA, según la cual «en las relaciones internacionales, la Comunidad gozará de la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones y la consecución de sus fines». De la afirmación contenida en el art. 210 TCEE, el TJCE ha deducido «que en las relaciones exteriores la Comunidad goza de la capacidad necesaria para establecer vínculos contractuales con terceros países» (AETR, 22/70, Rec. 1971, p. 263); mientras que en el asunto Kramer, ha afirmado igualmente que el art. 210 «colocado a la cabeza de la Sexta parte del Tratado, consagrada a las disposiciones generales y finales, significa que en las relaciones exteriores, la Comunidad goza de capacidad para contraer obligaciones internacionales, en todo lo que se refiere al campo de los objetivos definidos en la primera parte del Tratado» (Kramer, 3, 4 y 6/76, Rec. 1976, p. 1.279).

(11) Arts. 111 y 113 (acuerdos arancelarios y comerciales), 238 (acuerdos de asociación), 229-231 (relaciones con los OI), 130N (acuerdos de investigación y desarrollo), 130R (acuerdos de medio ambiente). Véanse, entre otros, DEWOST, J. L.: «Les compétences explicites: délimitation et mise en oeuvre», *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Bruxelles, 1986, pp. 1-14; SOBRINO HEREDIA, J. M.: «Aproximación a la cuestión de la delimitación de la competencia internacional de la CEE», *Gaceta Jurídica*, n.º 68, 1989, pp. 147-190.

una atribución explícita del tratado y de medidas adoptadas, en el marco de estas disposiciones, por las instituciones de la Comunidad. En particular:

«cada vez que, para la puesta en práctica de una política común prevista por el Tratado, la Comunidad ha adoptado disposiciones que establecen, bajo cualquier forma, reglas comunes, los Estados miembros dejan de tener derecho individual o colectivamente de contraer con terceros Estados obligaciones que afecten a estas reglas» (12).

Mientras que en su Dictamen de 26 de abril de 1977 (1/76, Rec. p. 741) el TJCE va a profundizar en esta línea y sentar la base de la teoría *in foro interno foro externo*, al establecer que:

«cada vez que el derecho comunitario ha establecido para las instituciones de la Comunidad competencias en el plano interno para el logro de un objetivo determinado, la Comunidad es competente para asumir los compromisos internacionales necesarios para la realización de dicho objetivo, incluso en ausencia de disposición expresa al respecto» (13).

Y finalmente el Dictamen 1/92, de 10 de abril de 1992, relativo al Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo, resume de modo claro y definitivo esta materia al recordar que:

«Tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión c. Consejo, Rec. p. 263, denominada AETR; sentencia de 14 de julio de 1976, Kramer, asuntos acumulados 3/76, 4/76 y 6/76, Rec. p. 1.279, y dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, Rec. p. 741, apartado 3), la competencia de la Comunidad para celebrar acuerdos internacionales se deriva no sólo de una atribución expresa del Tratado, sino también de otras disposiciones del mismo y de los actos adoptado, en el marco de dichas disposiciones, por las instituciones de la Comunidad» (13 bis).

(12) El análisis de esta sentencia ha dado lugar a una abundante literatura jurídica, véase así, entre otros, KOVAR, R.: «L'affaire de l'AETR devant la Cour de Justice des Communautés européennes et la compétence internationale de la CEE», *AFDI*, 1971, pp. 386-418; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J.: «Les relations extérieures de la CEE dans le domaine des politiques communes et l'arrêt de la Cour de Justice du 31 mars 1971», *CDE*, 1972, pp. 127-158; LOUIS, J. V.: «Observations sur l'arrêt de la Cour de Justice du 31 mars 1971 (Commission c. Conseil) 22/70», *RTDE*, 1971, pp. 796 ss.

(13) Sobre este dictamen, véanse, p.e., GROUX, J.: «Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté européenne», *CDE*, 1978, pp. 1 ss; PHILIP, Ch.: «A propos de l'avis 1/76 de la Cour de Justice des Communautés européennes: réflexions concernant le champ de la compétence externe de la Communauté», *RMC*, n.º 214, 1978, pp. 58 ss.; BOULOUIS, J.: «La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européenne relative aux relations extérieures de la Communauté», *RCADI*, 1978-IV, pp. 393 ss.

(13 bis) Esta afirmación se hace si cabe aún más rotunda en el reciente dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, sobre el Convenio n.º 170 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la segu-

A veces, no obstante, razones derivadas de la dificultad de determinar el ámbito de competencias (nacionales o comunitarias) que se ve afectado por el acuerdo, o consideraciones políticas o de pura oportunidad, han llevado a la Comunidad a recurrir al procedimiento de los acuerdos mixtos, en los que participan también junto a la organización sus Estados miembros —en tanto Estados soberanos— como partes en el acuerdo.

Esta interpretación que el TJCE ha hecho de las «reglas de la organización» (en el sentido del art. 2, 1.º, j de la CV86), claramente *favorable al fortalecimiento de la condición internacional de la CEE*, se ha reflejado también en las relaciones convencionales internacionales, donde una vasta urdimbre de acuerdos internacionales que la Comunidad ha venido tejiendo desde el ya lejano Acuerdo de Atenas de 9 de julio de 1961 —por el que se concertaba la asociación de Grecia a la «Pequeña Europa»—, evidencia la vitalidad de esta Organización en este ámbito de su actividad, de manera que se puede afirmar, sin riesgo de exageración, que los acuerdos comunitarios cubren, hoy en día, buena parte del espectro de las relaciones económicas internacionales (14).

Estos acuerdos, debidamente celebrados, vincularán a las instituciones de la Comunidad y a los Estados miembros (art. 228.2 TCEE), y *ante todo a la propia CE* dado que, como sujeto internacional diferenciado y autónomo, va a comprometerse a ejecutar correctamente dichos acuerdos (art. 26 CV86).

De esta afirmación se desprende que el acuerdo *no es sólo fuente de obligaciones internacionales, sino también de derecho interno*, por lo que todo acuerdo concluido por la Comunidad puede ser analizado tanto desde el punto de vista internacional como desde el punto de vista comunitario.

Desde la *primera perspectiva*, se puede constatar como la CEE, en el disfrute de su *ius contrahendi*, aparece frente a los sujetos internacionales con los

riedad en la utilización de los productos químicos en el trabajo (en particular, puntos 7, 8 y 9), aún no publicada en la Recopilación.

(14) La CEE ha concluido un gran número de tratados internacionales, estrictamente comunitarios unos y mixtos otros. La mayoría son de carácter comercial preferencial o no preferenciales, generales o sectoriales, pero también los hay de asociación y de cooperación, y otros que interesan los transportes, la pesca, la conservación del medio ambiente, los usos pacíficos de la energía atómica... Países y organizaciones regionales (EFTA, Pacto Andino, ASEAN, Consejo de Cooperación del Golfo, etc.) de todos los continentes tienen vínculos convencionales con la Comunidad. E, igual y progresivamente, la CEE ha ido participando en Conferencias y Convenios multilaterales, bien de vocación universal en el marco del GATT, de la UNESCO, de la UNCTAD, de la III CNUDM, de la Conferencia de Viena de 1986, o de alcance regional en el ámbito del Consejo de Europa, del Consejo de cooperación aduanera de la CEE de NU, etc. Sobre las relaciones internacionales de la CEE existe una amplia literatura, a título meramente ilustrativo, véanse, p.e., PESCATORE, P.: «Les relations extérieures des Communautés européennes», *RCA-DI*, 1961, pp. 1-244; RAUX, J.: *Les relations extérieures de la Communauté économique européenne*, Paris, 1966; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J.: «L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international», *RCADI*, 1975-V, pp. 1 ss.; LOUIS, J. V. y BRUCKNER, P.: *Les relations extérieures* (vol. 12 de le droit de la CEE), Bruxelles, 1981; GROUX, J. y MANIN, PH.: *Las Comunidades europeas en el orden internacional*, Luxemburgo, 1985; EVERLING; «The Law of the External Economic Relations of the European Community», *The European Community and the GATT*, Deventer, 1986; REMIRO: «Las relaciones...», *cit.*; BOURRINET, J. y TORRELLI, M.: *Les relations extérieures de la CEE*, 2.ª ed., Paris, 1987.

que negocia y concluye un acuerdo, como *otra persona jurídica internacional* responsable por tanto —en lo que le incumba— del buen funcionamiento y ejecución del mismo.

En este sentido, cabe afirmar que cada vez que esta Organización actúa en la esfera internacional, dicha actuación estará sujeta a las normas del ordenamiento internacional y entre ellas las referidas al derecho de los tratados (15).

En tales casos la obligación convencional que asume la Comunidad viene regulada por las normas generales del Derecho internacional (16), a cuyo tenor, un tratado va a vincular a las partes contratantes en el ámbito internacional a partir del momento en que los instrumentos de ratificación, confirmación formal, aceptación, aprobación o adhesión, sean intercambiados, depositados o debidamente notificados (17).

La obligación que se origina va a ser independiente de la obligación de ejecutar el acuerdo, que sólo se hará efectiva desde su entrada en vigor, lo que se producirán según establecen las normas generales de Derecho internacional (18), de la manera y en la fecha que se dispone en el tratado, o que acuerdan las entidades negociadoras. Si no se ha establecido nada de manera expresa, entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todas ellas en obligarse por el tratado.

Una vez en vigor el acuerdo, y en virtud del principio *pacta sunt servanda* (art. 26 CV86), nacerá para la Comunidad la obligación internacional de su ejecución conforme a la regla de la buena fe, unida a la imposibilidad de invocar una norma comunitaria como justificación de su no aplicación (art. 27 CV86). Pero al mismo tiempo, y a partir de este momento, el acuerdo, como veremos, se convierte en parte integrante del Ordenamiento jurídico comunitario, lo que deja ya entrever la *importancia de la labor del TJCE en este terreno*, pues, por un lado, será a él a quién corresponde determinar la conformidad del acuerdo con el orden constitucional comunitario a través de los oportunos controles, y, por otro lado, es a esta institución judicial a la que incumbe interpretar los acuerdos en tanto parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario, cuando sus disposiciones sean invocadas judicialmente, ora en vía contenciosa, ora en vía prejudicial. Ambito, este último, donde ocupa un lugar especialmente destacado el artículo 228-2 del TCEE puesto que va a fundar una obligación comunitaria a

(15) La jurisprudencia del TJCE reconoce tal vinculación de la CEE al Derecho internacional, p. e., Sta. de 12 de diciembre de 1972, International Fruit Co. III, 21-24/72, Rec. p. 1.226; Sta. de 14 de julio de 1976, KRAMER, 3-6/76, Rec. p. 1.279.

(16) En este sentido, entre otros, REUTER, P.: «La Cour de justice des Communautés européennes et le Droit international», *Mél. GUGGENHEIM*, Genève, 1961, pp. 68-69; MEESSEN, K. M.: «The application of rules of public international law within Community Law», *CMLR*, 1976, p. 488. De manera expresa, y esta línea, señala el prof. LOUIS que «sometidas al derecho internacional, la Comunidad lo está también, de forma especial, al derecho internacional convencional del que es parte contratante», LOUIS, J.V.: *El ordenamiento jurídico comunitario*, 2.ª ed., Luxemburgo, 1986, p. 87.

(17) Art. 16 CV86.

(18) Art. 24 CV86.

cargo de los componentes de la CEE, obligación que se desarrollará a través del necesario respeto por éstos de la primacía de los acuerdos sobre sus normas (actos normativos de las instituciones, normas nacionales).

Concluidos los acuerdos internacionales por la CE y entrados en vigor internacionalmente pasan, pues, a formar parte integrante del orden jurídico comunitario. *¿Pero qué acuerdos y cómo se concluyen estos?*

El artículo 228 TCEE, que constituye en esta materia la *norma procedimental general*, dispone que:

«1. En los casos en que las disposiciones del presente Tratado prevén la celebración de acuerdos entre la Comunidad y uno o más Estados o una organización internacional, dichos acuerdos serán negociados por la Comisión. Sin perjuicio de las competencias reconocidas a la Comisión en este ámbito, los citados acuerdos serán concluidos por el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo en los casos previstos en el presente Tratado.

El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar previamente el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas, según los casos, en el artículo 236.

2. Los acuerdos celebrados en las condiciones antes mencionadas serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros».

Esta disposición, como se ve, utiliza en tres ocasiones la expresión acuerdo, la primera en su n.º 1 al señalar la posibilidad de concluir acuerdos entre la CEE y terceros sujetos; la segunda en el n.º 1, párr. 2.º, al referirse a la posible participación del TJCE a través de un eventual dictamen sobre la compatibilidad del acuerdo previsto; y la tercera en su n.º 2, al señalar la fuerza obligatoria de los acuerdos válidamente concluidos.

Este artículo no proporciona, pues, ninguna precisión sobre la *noción de acuerdo*. Aunque parece desprenderse de su lectura el que los redactores estaban pensando solamente en los acuerdos de naturaleza internacional, excluyéndose los acuerdos regulados por normas de derecho nacional; o, como señalan Louis y Bruckner, esta disposición va a cubrir todas aquellas negociaciones por las que la CEE actuando *iure imperii* y no *iure gestionis* se compromete frente a otros sujetos internacionales (19).

Al respecto, cabe recordar que el TJCE, en su dictamen de 11 de noviembre de 1975, vino a señalar que la noción de acuerdo debe ser entendida en *sentido general*, para designar cualquier compromiso efectuado entre sujetos de Derecho

(19) LOUIS, J. V. y BRUCKNER, P.: *Relations extérieures (Le Droit de la CEE)*. vol. 12, Bruxelles, 1981, p. 228.

internacional con fuerza obligatoria e independientemente de su calificación formal (20).

En realidad la práctica nos muestra como el término acuerdo es de uso frecuente y general, mientras que otras expresiones como convenio o protocolo se han reservado para supuestos especiales, así la primera se aplica a aquellos acuerdos que tengan una dimensión y una continuidad especial, por ejemplo, los que regulan la asociación y cooperación para el desarrollo, y así se hablará de los Convenios de Yaundé I y II o de los cuatro Convenios de Lomé, mientras que la segunda se ha reservado a los acuerdos financiero o complementarios (p.e. los protocolos financieros en el Acuerdo de Ankara de 1964 entre la CEE y Turquía).

En cambio la expresión tratado no se refleja en la práctica convencional comunitaria. Su uso se ha limitado a los instrumentos constitutivos de las Comunidades europeas. En este sentido es muy oportuna la observación de Remiro, según el cual «el uso terminológico de las Comunidades es sugerente, en la medida en que aporta una cristalización semántica de una latente actitud psicológica que evidencia el designio de reforzar en el orden comunitario la superior jerarquía —constitucional— de los tratados, crisol para cualquier acuerdo concertado o por concertar por sus órganos, puesto bajo la tutela del Tribunal de Justicia, así como su adscripción a esa reserva especial a la que sólo tienen acceso los Estados» (21).

Tres son los rasgos que van a caracterizar al acuerdo en el sentido del artículo 228 TCEE. Uno derivado de la naturaleza de las partes: la Comunidad por un lado y uno o varios Estados u organizaciones por el otro. Esto es, se procede a un *intercambio de voluntades entre sujetos de Derecho internacional*. Lo que significa que no es la institución que representa a la CE a la hora de manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado en el sentido del artículo 7, 3.º de la Convención de Viena de 1986, ni sus Estados miembros, *qualita qua* —salvo que se trate de un acuerdo mixto—, los que se obligan internacionalmente por el acuerdo (21 bis).

El segundo procede de la fuerza obligatoria, del carácter vinculante del acuerdo, que será de *naturaleza internacional para la CE y de naturaleza comunitaria para las instituciones y los Estados miembros*.

Y el tercero viene determinado por la exigencia de que el acuerdo previsto forme parte de aquellos contemplados en una disposición del Tratado de Roma, si bien esta exigencia se interpreta a la luz de la jurisprudencia del TJCE y de la

(20) Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975, Rec. p. 1.360. Sobre la noción de acuerdo en el marco de este dictamen, véase, RAUX, J.: «L'Avis de la CJCE au titre de l'article 228 paragraphe 1 deuxième alinéa du TCEE (11 novembre 1975), RTDE, 1976, p. 484.

(21) REMIRO: *Derecho...*, cit., p. 180.

(21 bis) En relación con este aspecto se halla actualmente pendiente ante el TJCE un recurso de anulación presentado por Francia contra la Comisión por el que este Estado cuestiona la competencia de la Comisión para concluir un acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos sobre la aplicación del derecho de competencia. Nos estamos refiriendo al Asunto C-327/91, República francesa c. Comisión (el recurso fue presentado el 16.12.91, la fase escrita finalizó el 2.12.92, y en el momento en que redactamos este trabajo se desarrolla la fase oral ante el Gran Pleno del TJCE).

aceptación de unos poderes implícitos y una amplia competencia de la CE en la esfera internacional.

El artículo 228 TCEE va también a distribuir entre las diferentes instituciones comunitarias su participación en el *ius contrahendi* de la Comunidad. Así veremos como las cuatro instituciones fundamentales del orden jurídico comunitario (Consejo, Comisión, Parlamento y Tribunal de Justicia) tienen un papel reservado en el *treaty-making process* comunitario. Actuación, esta, que se producirá siempre, como es el caso del Consejo y de la Comisión, o tan sólo en determinados supuestos, como ocurre con el Parlamento (22) y el Tribunal (23).

Las relaciones entre las distintas instituciones vienen caracterizándose por la sujeción a un *principio de equilibrio*, motivado fundamentalmente por el carácter «bicéfalo» del ejecutivo comunitario (Comisión-Consejo) (24). Ahora bien, aunque es cierto que en bastantes aspectos se puede predicar un paralelismo entre la elaboración de actos internos e internacionales en la Comunidad —esto es, propuesta de la Comisión, dictamen del PE y conclusión del Consejo— como señala parte de la doctrina (25). Esto no siempre va a ocurrir, pues las relaciones convencionales no se acomodarán en todo momento a este equilibrio. Y así el derecho de iniciativa de la Comisión es inferior al que posee en la elaboración de actos internos: su actuación se ve supervisada por el Consejo, ocurriendo por tanto que la colaboración entre ambos órganos, como observa Ayberk, no se realiza sobre una base igualitaria, sino más bien jerárquica, lo que refuerza la posición del Consejo y produce a veces, un desequilibrio institucional (26).

En líneas generales, el *procedimiento de formación* de los acuerdos internacionales por la Comunidad es el siguiente: la Comisión propone y negocia, el Consejo decide y concluye, ambas instituciones cooperan a lo largo del proceso; el PE y, a veces, el CES, adoptan dictámenes al respecto, y el TJCE ejerce a instancias de la Comisión, el Consejo o algún Estado miembro, un control de legalidad del mismo.

En realidad la negociación se efectúa por la Comisión en el marco de una colaboración y control del Consejo. Los Estados miembros estarán presentes a

(22) Quien además de las preceptivas consultas en la generalidad de los acuerdos y los mecanismos de cooperación instaurados por los procedimientos «LUNS I» y «LUNS II», sólo, hoy en día tiene una cierta influencia en el terreno de los acuerdos de asociación y de cooperación, merced a la reforma introducida en el pár. 2 del art. 238 TCEE, por el art. 9 del AUE, leyéndose en la actualidad como sigue «Tales acuerdos serán concluidos por el Consejo, que decidirá por unanimidad, previo dictamen conforme del Parlamento europeo, el cual se pronunciará por mayoría absoluta de los miembros que lo componen». La participación del P.E. aparece sustancialmente reforzada en el Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, tal y como resulta del apartado 3.º del nuevo artículo 228.

(23) Estamos pensando en los controles previo (art. 228, 1.º pár. 2 TCEE) y a posteriori, que examinamos más adelante.

(24) «Perhaps the System could be described as one of checks and balance», BOT, R.: «Negotiating Community Agreements: Procedure and Practice», *CMLR*, 1970, p. 286.

(25) MELCHIOR: *op. cit.*, p. 189.

(26) AYBERK, U.: *Le mécanisme de la prise des décisions communautaires en matière de relations internationales*, Bruxelles, 1978, pp. 396-397.

lo largo de la misma a través del Comité de representantes, o de los Comités especiales ad hoc. Por lo que, incluso, en los acuerdos mixtos, suele ocurrir que sea la Comisión la que en nombre de todos lleve a cabo las negociaciones del acuerdo.

Desde la perspectiva que retiene nuestra atención en el presente trabajo, será el momento de la *conclusión del acuerdo* el que presente, por razones obvias, un mayor interés. En relación con ello cabe observar como el artículo 228, al igual que los artículos 114 y 238 TCEE, indican que los acuerdos son «concluidos por el Consejo», expresión ésta que es criticada por la doctrina (27), en la medida en que el término «conclusión» evoca en Derecho internacional la operación de obligarse por vía convencional. Sería pues la voluntad de la Comunidad de manifestar definitivamente su compromiso internacional, lo que en la práctica iusinternacional podría expresarse mediante la firma, el canje de instrumentos, un acto de confirmación formal, la aceptación, la aprobación o la adhesión (28).

La aprobación definitiva del acuerdo por el Consejo (29), se manifestará mediante una *decisión o un reglamento* en que se contendrá su voluntad junto con una disposición por la que el Consejo habilita a su presidente para que adopte las medidas pertinentes para que dicha voluntad sea conocida por las restantes partes. Lo que suele hacerse bien por medio de la notificación o a través del depósito o el intercambio de las actas previstas en las cláusulas finales del acuerdo (30).

Realizada la notificación y transcurrido un plazo variable, a veces el primer día del mes siguiente a la notificación (31), otras veces según una fecha prevista de antemano (32), el acuerdo entrará en vigor. La fecha de su entrada en vigor será publicada en el DOCE, y esta publicación será indispensable para que las disposiciones que contiene el acuerdo puedan ser oponibles frente a los particulares.

Celebrado debidamente el acuerdo, y con independencia de la naturaleza jurídica del acto del Consejo que permitió su conclusión, va introducirse —una vez entrado en vigor— en el orden jurídico comunitario vinculando a las instituciones y a los Estados miembros, y ocupando un lugar entre las normas comunitarias. Por lo que habrá que *determinar el rango* que estas disposiciones convencionales ocupan en la jerarquía de fuentes de la Comunidad.

En conexión con ello se han ido asentado dos ideas: la de la subordinación jerárquica de los acuerdos al Derecho comunitario originario, y la de la sumisión del Derecho comunitario derivado a la normativa convencional internacional.

(27) GANSHOF VAN DER MEERSCH: «L'ordre juridique...», *cit.*, p. 94.

(28) Art. 11. 2.ª CV86.

(29) El Consejo es un órgano colegiado, por lo que la autorización para la conclusión del acuerdo debe adoptarse bien con el consentimiento de todos sus miembros (p.e., acuerdo de asociación y cooperación para el desarrollo, art. 238; o ac. sobre medio ambiente, art. 130 R, 5), o por mayoría cualificada (ac. arancelarios y comerciales, arts. 111, 113 y 114; de pesca, art. 43; de transporte, art. 75; de investigación y desarrollo tecnológico, art. 130N).

(30) Art. 16 CV89.

(31) P.e., art. 21 del Acuerdo CEE-Egipto, JO L 251, 7.7.73.

(32) P.e., art. 36 del Acuerdo CEE-Suiza, JO L 300, 31.12.72.

La CE es una organización y como tal su naturaleza es funcional y sus poderes son de atribución; la inserción de los acuerdos que suscribe en su orden jurídico, ha de hacerse *respetando lo dispuesto en su instrumento constitutivo* y en los tratados que lo modifican y completan, que constituyen el denominado Derecho originario. Puesto que, estos acuerdos, al igual que los actos de las instituciones comunitarias, son instrumentos para la realización de los objetivos que figuran en el Tratado, de lo que se deriva que este va ser superior a los mismos dentro de la jerarquía normativa.

El Derecho originario *primará* pues sobre las normas convencionales internacionales suscritas por la CEE, y en este sentido un gran sector del corpus doctrinal (33), observando como la fuente de las competencias comunitarias es el Tratado constitutivo de la organización, considera que el acuerdo no podrá ser concluido en contradicción con el mismo, sea por que se refiera a un ámbito que escapa a la competencia comunitaria, sea porque contenga alguna disposición contraria a lo establecido en el Tratado.

Esta *preeminencia del Derecho comunitario originario sobre los acuerdos* se puede extraer también del propio texto del Tratado de Roma, y en concreto de sus artículos 228, 1, 2.º y 238, 3.º, que pone de manifiesto el carácter «constitucional» del TCEE, al instaurar, como veremos, la primera de estas disposiciones un control previo de conformidad de los acuerdos respecto del Derecho comunitario originario (34), principio éste que encuentra apoyo en el segundo artículo citado, a tenor del cual «Cuando estos acuerdos impliquen enmiendas al presente Tratado, estas últimas deberán ser previamente adoptadas según el procedimiento previsto en el artículo 236».

Significa ello que un acuerdo internacional concluido por la Comunidad infringiendo las normas de Derecho originario, o que se manifieste como incompatible con el Tratado de Roma, no podrá ser llevado a efecto sin una previa revisión del propio Tratado. Lo que deberá hacerse siguiendo el estricto *procedimiento descrito en el artículo 236 TCEE*, que dará la oportunidad a los Estados miembros de pronunciarse al respecto.

Hasta el momento no se ha concretado en la práctica esta eventualidad, que en caso de producirse algún día podría ocasionar, como señalara Pescatore, en el interior de la Comunidad la imposibilidad de ejecutar el acuerdo y, en las relaciones externas un problema de protección de la buena fe de los terceros interesados (35).

Sin embargo, antes de llegar a esta situación siempre habrá la posibilidad de utilizar el artículo 235 TCEE lo que permitirá a la Comunidad el ampliar el ámbito

(33) P.e., MEGRET, J.: «Conclusions, formes et effets des accords internationaux passés par la CEE», *RMC*, 1965, p. 26; PESCATORE: *L'ordre juridique...*, cit., p. 356; CONSTANTINESCO y SIMON: *op. cit.*, p. 451; PETRI: *op. cit.*, p. 199; CAEIROS, A.: «L'effet direct des accords internationaux conclus par la CEE», *RMC*, n.º 282, 1984, p. 526. En contra, destaca la postura del Prof. J. RIDEAU, véase, al respecto, su reciente comentario al art. 228 del TCEE en *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article* (CONSTANTINESCO, Vlad. e.a. dirs.), Paris, 1992, pp. 1.431-1.457 (en part., pp. 1.446-1.447).

(34) GROUX y MANIN: *op. cit.*, p. 121; KOVAR: «Les accords...», cit., p. 356.

(35) PESCATORE: *L'ordre juridique...*, cit., p. 156.

de sus competencias en sentido estricto y convertir en compatible el acuerdo si este permite la realización de los objetivos de la Comunidad (36).

En cuanto al *lugar que ocupan los acuerdos en relación con el Derecho comunitario derivado*, esto es, el derecho constituido por los actos normativos emanados de las instituciones comunitarias, la doctrina en general, como vamos a ir viendo, se inclina en favor de la *primacía de los acuerdos internacionales* sobre éste.

Ahora bien, este principio no puede ser extraído de ninguna disposición en concreto del Tratado, sino del «espíritu» que lo inspira (37), ya que no cabría retener para el orden jurídico comunitario el principio de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional y descartar la primacía del Derecho internacional sobre el comunitario.

Otro sector de la doctrina localiza el fundamento de esta primacía en el artículo 228, 2 TCEE, a través de una interpretación amplia de la expresión «serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad así como para sus Estados miembros» recogida en esta disposición. Lo que significaría que la norma internacional se impone a la norma comunitaria y a la norma nacional (38).

Pero, por lo general, la doctrina justifica esta primacía en el espíritu del TCEE y en la necesidad de salvaguardar la coherencia del sistema comunitario. Lo que, además, va a reflejarse en la jurisprudencia del TJCE que se ha decantado claramente en favor de tal preeminencia (39).

Las normas de Derecho convencional internacional desde que vinculan a la Comunidad *forman parte de la legalidad comunitaria*, de manera que los acuerdos que aquella celebre primaran sobre el Derecho comunitario derivado anterior o posterior que le sea contrario. *Correspondiendo al TJCE el asegurar el respeto del mismo*.

Tres son por otra parte los órdenes de problemas a los que se enfrenta el TJCE a la hora de examinar las disposiciones contenidas en los acuerdos celebrados por la Comunidad, tal y como se desprende de la práctica y ha sido destacado por la doctrina. El primero de ellos viene representado por las cuestiones relativas a la *delimitación de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad* a la hora de celebrar el acuerdo, esto es la determinación por el TJCE de si el acuerdo que se piensa concluir es un acuerdo puramente comunitario o un acuerdo mixto. El segundo de estos problemas es el constituido por la cuestión de saber si el acuerdo proyectado *respeto la «carta constitucional»* comunitaria, es decir, si es compatible con el Tratado CEE. Y el tercer tipo de cuestiones viene determinado por los problemas relacionados con la incorporación de los acuerdos desde su entrada en vigor al Derecho comunitario, y muy especialmente la *posibilidad de invocar* desde entonces sus disposiciones ante el TJCE.

(36) Sobre este particular, RAUX, J.: «Le recours a l'article 235 du traité CEE en vue de la conclusion d'accords externes», *Mél. P.H. Teitgen*, París, 1984, pp. 407-439.

(37) MEGRET: *op. cit.*, p. 25.

(38) RAUX: *Les relations extérieures...*, *cit.*, p. 89.

(39) Véanse, p.e., Stas. de 12 de diciembre 1972, *International Fruit Co.*, 21-24/72, Rec. p. 1.226, aps. 4 a 6; de 30 de abril 1974, *Haegeman*, 181/73, Rec. p. 459, aps. 3 y 5.

Por otro lado, hay que tener presente, tal y como señaló este Tribunal en su sentencia de 26 de octubre de 1982, Kupferberg que:

«los efectos de las disposiciones de un acuerdo celebrado por ella (la Comunidad) con un país tercero no pueden determinarse sin tener en consideración el origen internacional de las disposiciones de que se trata. Con arreglo a los principios del Derecho internacional, las instituciones competentes para negociar y concluir un acuerdo con un tercer país, gozan de libertad para concertar con éste los efectos que las disposiciones del acuerdo deben surtir en el ordenamiento jurídico interno de las partes contratantes. Sólo cuando dicha cuestión no haya sido regulada en el acuerdo, corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes y en especial al Tribunal de Justicia, en el marco de sus competencias con arreglo al Tratado, dirimirla, al igual que cualquier otra cuestión de interpretación referida a la aplicación del acuerdo en la Comunidad» (39 bis).

De lo dicho se desprende que el examen por el TJCE de las disposiciones contenidas en un acuerdo internacional negociado y/o concluido por la Comunidad podrá esencialmente desarrollarse en las *dos esferas* siguientes:

En primer lugar a través del control del acuerdo internacional, examinando el TJCE su conformidad con el Derecho comunitario, esto es con el orden «constitucional» comunitario. Estaremos, en este caso, ante lo que a escala nacional se denomina como control de la constitucionalidad de los tratados. Pudiéndose efectuar este, ora con carácter previo a su celebración, ora —excepcionalmente— en un momento posterior a esta (II. El control de la legalidad de los acuerdos internacionales).

Pero, también, el control por el TJCE de los acuerdos internacionales puede desplegarse en otro nivel, el derivado de la naturaleza de norma del ordenamiento jurídico comunitario que posee la disposición de un acuerdo internacional celebrado por la CE al entrar en vigor internacionalmente, y en este sentido cabe recordar de nuevo que, tal y como viene subrayando el TJCE desde su sentencia de 30 de abril de 1974 (Haegeman, 181/73, Rec. p. 459), las disposiciones de un acuerdo celebrado por el Consejo, de conformidad con los artículos 228 y 238 del Tratado, forman parte integrante a partir de la entrada en vigor de este acuerdo, del orden jurídico comunitario. Lo que significa que los sujetos de este ordenamiento podrán solicitar la actuación de la justicia para que en relación con el acuerdo se examine la validez de un acto comunitario o de una medida nacional. En este sentido corresponde igualmente al juez comunitario —quien debe asegurar el respeto del Derecho comunitario y por tanto también de las normas internacionales convencionales incorporadas al mismo— la facultad de interpretar el acuerdo internacional en tanto norma comunitaria (III. La interpretación de los acuerdos internacionales por el TJCE).

(39 bis) Sentencia del 26 de octubre de 1982, Kupferberg, 104/81, Rec. p. 3.662.

II. EL CONTROL POR EL TRIBUNAL DEL JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE LA LEGALIDAD DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LA COMUNIDAD EUROPEA

1. Aspectos generales

Parte integrante, como veíamos, del orden jurídico comunitario, los acuerdos internacionales ocupan un lugar en su jerarquía de fuentes. De este modo van a primar sobre el Derecho comunitario derivado, pudiendo ser invocados en vía judicial para determinar si los actos normativos de las instituciones o las medidas adoptadas por los Estados miembros se adecúan a lo dispuesto en los mismos.

Pero, además, al estar subordinados al Derecho comunitario originario, deberán ser conformes con el mismo. Su conformidad o no va a ser apreciada por el TJCE, que gozará al respecto de una facultad de control que podrá ejercer bien con *anterioridad* a la conclusión del acuerdo (acto de confirmación formal, aceptación, aprobación, adhesión..., y subsiguiente entrada en vigor), bien con *posterioridad* a ella. Aparece, pues, en estas situaciones el TJCE, como el intérprete supremo de la «Constitución comunitaria», o si se quiere, de la «carta constitucional de una Comunidad de Derecho», que es como el propio Tribunal definió al Tratado CEE en su Dictamen 1/91 de 15 de diciembre de 1991.

En estos casos el alto órgano jurisdiccional comunitario debe velar no sólo porque el Derecho comunitario sea respetado, sino también por que no se vean violados los derechos que las normas convencionales internacionales confieren a los *terceros cocontratantes* (40). De ahí la preocupación del Tribunal, en el terreno de la seguridad de las relaciones convencionales internacionales (41), por esclarecer cuanto antes toda controversia relativa a una eventual falta de conformidad del acuerdo proyectado con el TCEE, o toda discrepancia referente a la competencia para negociar y/o concluir un acuerdo; expresada esta última preocupación, con toda claridad, en su Dictamen 1/78, de 4 de octubre de 1978 (Rec. p. 2.871), al subrayar el TJCE que «...cuando se trata de decidir una cuestión de competencia, es evidente el interés de todos los Estados interesados, comprendidos asimismo los terceros Estados, en que dicha cuestión sea aclarada desde la apertura de una negociación dada».

(40) En este sentido Rideau menciona la necesidad de establecer un equilibrio entre la salvaguardia del orden jurídico comunitario, y las exigencias derivadas de las relaciones exteriores, RIDEAU, J.: «Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *RGDIP*, n.º 2, 1990, p. 297. Kovar, por su parte, hablando del control contencioso, se refiere a la necesidad de «dégager des solutions ne sacrifiant pas l'attention du à la sécurité des transactions internationales au souci de préserver l'intégrité de la "constitution" communautaire», KOVAR, R.: «La compétence consultative de la Cour de Justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne», *Mélanges P. Reuter*, París, 1981, p. 369.

(41) FLORY, TH.: «L'Avis 1-78 de la Cour de justice des Communautés européennes (accord international sur le Caoutchouc naturel)», *RTDE*, n.º 1, 1980, pp. 24-30.

De ahí el que, por un lado, la jurisprudencia muestre únicamente hasta el presente ejemplos de controles previos y sólo ciertos atisbos de control *a posteriori*; y que, por otro lado, una parte de la doctrina rechace la posibilidad de cualquier tipo de control con posterioridad a la entrada en vigor del acuerdo.

No obstante, como veremos, pensamos que ambas facultades están atribuidas al TJCE por el Derecho comunitario, sólo que en el segundo supuesto, la posibilidad de que el control pueda conducir a un incumplimiento del acuerdo, exige del Tribunal una prudencia extrema (42).

2. El control previo de legalidad de los acuerdos internacionales

El artículo 228.1-2.º TCEE reconoce al Tribunal de Justicia la *facultad de emitir un dictamen previo* sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con las disposiciones del Tratado de Roma, a resultas de una solicitud en tal sentido emanada bien de un Estado miembro, bien del Consejo, bien de la Comisión. La existencia de un «procedimiento consultivo» (43) y la correspondiente atribución al TJCE de unas competencias específicas destinadas a permitirle apreciar la compatibilidad de estos acuerdos con el TCEE atestiguan la preocupación por organizar un control previo de constitucionalidad similar al existente en los derechos internos (44).

Este control se enmarca, por otro lado, dentro de lo que se ha venido en llamar la función consultiva del TJCE, función esta que si bien existe en otros Tribunales internacionales de carácter permanente (45), no es asimilable a la desarrollada en estos foros jurisdiccionales internacionales. Se trata, como ha destacado Díez de Velasco, de una verdadera competencia del Tribunal de las Comunidades regulada por los propios Tratados constitutivos y equiparable a las

(42) Véanse al respecto las conclusiones del Abogado general Van Gerven en el asunto Fediol IV (Sta. del TJCE de 22 de junio de 1989, Fediol c. Comisión, 70/87, *cit.*, ap. 14).

(43) El art. 228-6.º del Tratado de la Unión Europea recoge también esta posibilidad, con una redacción prácticamente idéntica. En relación con este tipo de control, véanse, entre otros: SINAGRA, A.: «La funzione consultiva della Corte di Giustizia ex art. 228 del trattato istitutivo della CEE», *St. in on. R. Monaco*, 1977, pp. 695 ss; KOVAR, R.: «La compétence consultive de la Cour de Justice et la procédure de conclusions des accords internationaux par la CEE», *Mél. P. Reuter*, 1981, pp. 357 ss; GRAY, CH.: «Advisory opinion and ECJ», *ELR*, 1983, pp. 24 ss; Díez de VELASCO, M.: «La compétence consultive de la Cour de Justice des Communautés européennes», *Lib. am. P. Pescatore*, Baden Baden, 1987, pp. 177-194; MAPLETTA, M.: «Gli accordi della CEE e la competenza consultiva della Corte di Giustizia», *Studi e documenti sulla CE*, 1981, n.º 1, pp. 386-389; MENGOCZI, P.: «I pareri nel Diritto Comunitario», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1987, n.º 1-2, pp. 26-56.

(44) Este procedimiento es similar al establecido, p. e., en los arts. 95 de la Constitución española y 78 de la LOTC; o en el art. 54 de la Constitución francesa de 1958.

(45) Piénsese, p. e., en el art. 65 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que autoriza a este Tribunal para emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas. O bien, en el Protocolo facultativo n.º 2 por el que se otorgaba al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la facultad de emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio de Roma y de sus protocolos.

competencias contenciosa y prejudicial en cuanto a su importancia intrínseca, aunque evidentemente no en cuanto a su importancia numérica tal y como se desprende de la jurisprudencia comunitaria (46). Su transcendencia es resaltada por el hecho de que, cada vez que el Tribunal es llamado a actuar en esta esfera, lo hace investido de una *misión constitucional* (47).

La obligación de cumplir los compromisos convencionales; la seguridad del tráfico jurídico, unido a la necesidad de preservar la «constitución», aconsejan que toda incertidumbre en cuanto a la compatibilidad del acuerdo o referida al papel de las instituciones y de los Estados en el *treaty-making process* sea despejada antes de la conclusión del mismo.

No obstante, la utilización de este procedimiento ha sido *escasa y no se ha producido hasta fecha relativamente reciente*, pues no se inauguró hasta 1975, con ocasión del *Dictamen 1/75*, de 11 de noviembre de 1975 (convenio de la OCDE concerniente a una norma sobre gastos locales, Rec. p. 1.355). Este dictamen fue solicitado por la Comisión el 14 de julio de 1975, al pedir al Tribunal que se pronunciase sobre la compatibilidad con el Tratado CEE de un Proyecto de «Convenio referente a una norma sobre los gastos locales» elaborado en el marco de la OCDE, y en particular sobre la cuestión de saber si la Comunidad tenía competencia para concluir dicho Convenio y en caso afirmativo si esta competencia era exclusiva. El Tribunal, examinó en primer lugar los problemas relacionados con la admisibilidad de la demanda, dando una interpretación amplia tanto de la noción de acuerdo —tal y como ya vimos— como del propio procedimiento consultivo. A continuación se detuvo en el análisis de la competencia de la Comunidad para concluir el convenio en cuestión, y, finalmente, examinó el carácter exclusivo de dicha competencia, para lo que se adentró en el estudio de la política comercial común, afirmando que la misma se construye a través del concurso y la interacción de medidas internas y externas, sin que exista prioridad de unas sobre otras. ora, los acuerdos constituyen la ejecución de una política fijada previamente: ora, la política aparece definida por los propios acuerdos. Lo que le llevaba a considerar que la Comunidad tiene competencia exclusiva para participar en el Convenio relativo a una norma para los gastos locales (48).

(46) DÍEZ DE VELASCO: «La compétence consultative ...» *cit.*, p. 178.

(47) En este sentido, véase, KOVAR, R.: «La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne», *Mélanges P. Reuter*, París, 1981, p. 357. Refiriéndose a este procedimiento consultivo, Rideau, constataba como «la procédure, conçue comme un moyen d'empêcher la Communauté de dépasser le champ de sa compétence en empiétant sur le domaine réservé des Etats membres, est devenue un véritable contrôle de constitutionnalité, à l'occasion duquel la Cour a pu adopter des interprétations constructives des compétences communautaires», RIDEAU: *op. cit.*, p. 302.

(48) Sobre el *Dictamen 1/75*, pueden consultarse, entre otros, LOUIS, J. V.: «La competencia de la Comunidad en materia de política comercial. A propósito del dictamen emitido por el Tribunal de Justicia el 11 de noviembre de 1975, *RIE*, n.º 1; MAAS, H. H.: «Opinion n.º 1/75», *CMLR*, n.º 3, 1976; RAUX, J.: «L'Avis de la Cour de justice des Communautés européennes au titre de l'article 228, par. 1, deuxième alinéa, du traité CEE (11.11.1975), *RTDE* 1976, pp. 482 ss.

Este mecanismo no volvió a ser utilizado hasta 1977, año en el que el Tribunal emitió el *Dictamen 1/76* de 26 de abril de 1977 (Fondo europeo de la navegación interior, Rec. p. 741), que vino a consagrar la regla *in foro interno foro externo* relativa a las competencias para celebrar acuerdos de la Comunidad, y en el que el TJCE se pronunciaría de manera negativa. Se originó este dictamen en la solicitud hecha por la Comisión, el 15 de septiembre de 1976, referida a la compatibilidad con las disposiciones del Tratado CEE de un Proyecto de Acuerdo relativo a la institución de un Fondo europeo de la navegación interior. Este acuerdo había sido objeto de negociaciones entre la Comisión, Suiza y seis Estados miembros de la Comunidad que a su vez eran partes en la Convención de Mannheim relativa a la navegación del Rin y en la referente a la canalización del Mosela de 27 de octubre de 1956. El proyecto de acuerdo, rubricado por los representantes de la partes el 9 de junio de 1976, llevaba como anexo el estatuto del Fondo, objeto principal del dictamen. La finalidad del citado Acuerdo era la de instaurar un régimen destinado a eliminar las perturbaciones que resultan de los excesos coyunturales de capacidad de medios de transporte de mercancías por vía navegable en las cuencas renana y moselana, así como en la totalidad de las vías navegables neerlandesas y de las vías navegables alemanas comunicadas con la cuenca renana. El régimen consistía en introducir un mecanismo de inmovilización temporal de una fracción de la cala disponible, mediante una indemnización financiera concedida a los transportistas que voluntariamente retiren cierto material fluvial del mercado durante un cierto período. La indemnización iba a correr a cargo del Fondo de Inmovilización de la Navegación Interior. Este Fondo contemplaba la existencia de una estructura institucional de la que formaba parte un denominado «Tribunal del Fondo», que constituyó uno de los caballos de batalla del debate jurídico.

Este Tribunal estaba formado por siete jueces, designados por un período de cinco años, a razón de un juez a designar por Suiza y otros seis jueces por el conjunto de las otras partes contratantes que sería designados por el TJCE entre sus propios miembros. Además el TJCE pondría a disposición del Tribunal del Fondo sus instalaciones, servicios técnicos y secretaría. Atribuyéndose al citado Tribunal competencia para conocer en vía contenciosa recursos de anulación y de incumplimiento, y también competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Acuerdo y del Estatuto, así como sobre la validez y la interpretación de las decisiones adoptadas por los órganos del Fondo.

En su pronunciamiento, el TJCE ahonda en el estudio del *ius contrahendi* comunitario, admitiendo la existencia de competencias implícitas en la materia, a continuación examina la compatibilidad con el TCEE de las disposiciones relativas a la estructura orgánica del Fondo, dando una respuesta negativa al respecto. Seguidamente se detiene en el estudio del sistema jurisdiccional del Acuerdo proyectado, considerándolo incompatible con el TCEE, entre otras razones por el hecho de que los seis miembros del TJCE que participarían en el Tribunal del Fondo podrían encontrarse en la situación de prejuzgar respecto de cuestiones susceptibles ante el Tribunal de la Comunidad tras haberlo sido ante el Tribunal

del Fondo, y así recíprocamente. El Acuerdo proyectado podría de este modo oponerse a la obligación, para los jueces, de pronunciarse en plena imparcialidad sobre las cuestiones que vendrían a ser planteadas ante el Tribunal. En casos extremos, el Tribunal podría encontrarse en la imposibilidad de reunir un quórum de jueces en condición de pronunciarse sobre cuestiones que hubieran sido ya planteadas ante el Tribunal del Fondo. Por estas razones, el Tribunal estimó que el Tribunal del Fondo no podría ser instituido, sino a condición de que no se solicitase la participación, para su formación, de jueces miembros del Tribunal de justicia. Todo ello llevó al TJCE a emitir un dictamen negativo, en el sentido de que el proyecto de acuerdo relativo a la constitución de un Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior no es compatible con el Tratado CEE (49).

Sería, en fin, el *Dictamen 1/78* de 4 de octubre de 1979 (Acuerdo internacional sobre el caucho, Rec. p. 2.871) la última manifestación de esta competencia consultiva en la década de los 70. Tuvo su origen en la solicitud dirigida por la Comisión, el 13 de noviembre de 1978, invitando al Tribunal a pronunciarse sobre la compatibilidad con el Tratado del Proyecto de Acuerdo Internacional sobre el Caucho Natural, que estaba siendo negociado en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, en relación, más concretamente, con la competencia de la Comunidad para concluir este Acuerdo.

En efecto, la Comisión y el Consejo discrepaban sobre la cuestión de la delimitación de las competencias respectivas de la Comunidad y de los Estados miembros para negociar y concluir el citado Acuerdo, puesto que para la Comisión el Acuerdo en cuestión entraba íntegramente, al menos, en lo esencial, en el marco del art. 113 del TCEE, relativo a la Política comercial común. A este título, la Comisión consideraba, que la negociación y la conclusión del Acuerdo entraban en el ámbito de la competencia exclusiva de la Comunidad; en consecuencia, la Comunidad debía asumir a través de sus propias instituciones, la totalidad de los derechos y obligaciones ligadas establecidas en este marco y disponer en ellas, a título propio, de un derecho de voto y ejercer este derecho mediante sus propios representantes. En cambio el Consejo mantenía que la materia del Acuerdo excedía el marco de la Política comercial y daba lugar a un reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, de modo que el Acuerdo debía ser concluido según la técnica del acuerdo mixto, es decir, por la Comunidad y los Estados miembros conjuntamente. Por tanto la divergencia residía en determinar si la materia del Acuerdo entraba íntegramente en el ámbito de competencia de la Comunidad o si daba lugar a un reparto de competencias,

(49) GROUX, J.: «Le parallélisme des compétences internes et externes de la CEE. A propos de l'avis 1/76 de la Cour de justice du 26 avril 1977», *CDE*, 1978, pp. 3 ss; HARTLEY, T.: «Opinion n.º 1/76 of Aprils 26 1977», *ELR*, 1977, p. 275; HARDLY, M.: «Opinion n.º 1/76 of the Court of Justice: The Rhine Case and the Treaty-making powers of the Community», *CMLR*, 1977, n.º 4; PHILIP, CH.: «A propos de l'avis 1/76 de la Cour de Justice des Communautés européennes: réflexions concernant le champ de la compétence externe de la Communauté», *RMC*, 1978, n.º 214, pp. 55-62.

de manera que se justificase la participación conjunta, en el Acuerdo, de la Comunidad y de los Estados miembros.

En su dictamen el TJCE examinó en primer lugar las objeciones relativas a la admisibilidad de la petición, y ello por que el Consejo, Francia y el Reino Unido consideraron que tal petición era prematura y que además constituía una desviación del procedimiento del art. 228 TCEE. Al respecto el TJCEE ofreció, como veremos más adelante, una interpretación amplia que permite abrir el citado procedimiento a cuestiones relativas al reparto de competencias en materia de relaciones internacionales, dando igualmente una noción amplia de la expresión «acuerdo previsto» contenida en el art. 228 TCEE. En segundo lugar se detuvo a analizar la naturaleza compartida o puramente comunitaria de la competencia de la Comunidad para concluir el Acuerdo, para lo que tenía que determinar si el Acuerdo internacional sobre el caucho entraba en el ámbito de la Política comercial común prevista por el art. 113 del TCEE, y cuáles eran sus vínculos con los problemas del desarrollo, por una parte, y con la Política económica general por otra, y finalmente que problemas planteaba la financiación del Acuerdo. Llegando a la conclusión de que el Acuerdo proyectado, a pesar de las particularidades que le distinguían de los acuerdos comerciales y arancelarios clásicos, entraba en el ámbito de la política comercial tal y como está contemplada por el art. 113 TCEE, emitiendo el siguiente dictamen al respecto:

«1. La competencia de la Comunidad en materia de política comercial, en el sentido del artículo 113 del Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea se extiende al Acuerdo Internacional sobre el caucho natural en vías de negociación en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el desarrollo.

2. La cuestión de la exclusividad de la competencia de la Comunidad depende, en este caso, de las modalidades de financiación de las operaciones del stock regulador que se proyecta instituir mediante este acuerdo. Si las cargas de financiación de este stock incumbieran al presupuesto de la Comunidad, se trataría de una competencia exclusiva de la Comunidad. Si, por el contrario, estas cargas fueran soportadas directamente por los Estados miembros, esta circunstancia implicaría la participación de dichos Estados en el acuerdo, junto con la Comunidad, y,

3. Mientras que esta cuestión no esté resuelta por las autoridades comunitarias competentes, la participación de los Estados miembros en la negociación del acuerdo debe ser admitida» (50).

No se volvió a reutilizar esta competencia consultiva hasta entrados los años 90, en los que está conociendo una —por comparación con el pasado— intensa aplicación, tal y como se plasma, por un lado, en sendos dictámenes emitidos re-

(50) BRUCKNER, P.: «Quelques observations au sujet de l'avis 1/78 (Caoutchouc) de la Cour de Justice», *RMC*, 1980, n.º 233, pp. 4-7; FLORY: *op. cit.*

lativos al Proyecto de Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, representado uno por el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991 (Rec. p. I-607) y, el otro, por el Dictamen 1/92, de 10 de abril de 1992 (Rec. p. I-2821); así como, por el Dictamen 2/91, de 19 marzo 1993, relativo a la compatibilidad con el Tratado CEE del Convenio n.º 170 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo, y, más en particular, sobre la competencia de la Comunidad para celebrar dicho Convenio y las consecuencias que de ello se derivan (aún no publicado den la Recopilación). Y, por otro lado, por la solicitud de dictamen presentada por el Gobierno belga el 4 de septiembre de 1992, que aún está pendiente ante el TJCE, esto es, por el Dictamen 2/92, sobre la competencia de la Comunidad o de una de sus Instituciones para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional.

Por lo que se refiere al *Dictamen 1/91* este tuvo su origen en la solicitud presentada por la Comisión al Tribunal sobre la compatibilidad con las disposiciones del Tratado CEE de un Proyecto de Acuerdo por el que se crea el Espacio Económico Europeo, y, más, concretamente, del mecanismo jurisdiccional cuya creación contempla dicho acuerdo. Este acuerdo, que constituye un acuerdo de asociación celebrado por la Comunidad con arreglo al artículo 238 TCEE, era objeto de negociación entre la Comisión y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio. Para fundamentar la solicitud de dictamen, la Comisión indicó que el Acuerdo proyectado preveía un sistema de control jurisdiccional para resolver las controversias entre las Partes contratantes y los conflictos internos de la EFTA, así como los procedimientos para reforzar la homogeneidad jurídica dentro del Espacio Económico Europeo. El sistema jurisdiccional previsto por el Acuerdo proyectado perseguía tres objetivos: la solución de controversias entre las partes contratantes, la solución de los conflictos internos de la EFTA y el refuerzo de la homogeneidad jurídica dentro del Espacio Económico Europeo. Esta serie de competencias serían ejercidas, bien por un Tribunal de Justicia EEE, independiente, pero funcionalmente integrado en el Tribunal de Justicia comunitario, y un Tribunal de Primera Instancia EEE, independiente, pero vinculado al Tribunal de Justicia EEE, o bien por el propio Tribunal de justicia comunitario.

El TJCE llega después de un largo análisis a la conclusión de que el sistema de control jurisdiccional que el Acuerdo pretende establecer es incompatible con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El punto de partida de este análisis es la comparación entre los objetivos y el contexto del Acuerdo con los del Derecho comunitario, considerando que el hecho de que el tenor de las disposiciones del Acuerdo sea idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica. Exponiendo a continuación cómo los objetivos y contexto de ambos ámbitos jurídicos son diferentes, por lo que la homogeneidad de las normas jurídicas en la totalidad del EEE no quedará garantizada por la identidad de contenido o de redacción de las disposiciones de Derecho comunitario y de las disposiciones correspondientes del Acuerdo, por lo que examina si el Acuerdo prevé medios para garantizar dicha

homogeneidad, constatando la ausencia de los mismos, de ahí que considere que el objetivo de homogeneidad en la interpretación y aplicación del Derecho en el EEE choca con las divergencias existentes entre los fines y el contexto del Acuerdo, por un lado, y los del Derecho comunitario, por otro.

Seguidamente examina si el sistema jurisdiccional proyectado puede poner en peligro la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, y para ello analiza en primer lugar la interpretación del concepto de parte contratante que el Tribunal EEE habrá de realizar en el ejercicio de sus competencias y luego la incidencia de su jurisprudencia sobre la interpretación del Derecho comunitario, considerando respecto al primer punto que la competencia que se atribuye al respecto al Tribunal EEE puede vulnerar el orden de competencias definido en los Tratados y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el TJCE, conforme al art. 164 TCEE, respecto al segundo aspecto considera que al condicionar la interpretación futura de las normas comunitarias en materia de libre circulación y competencia, el mecanismo jurisdiccional previsto en el Acuerdo infringe el art. 164 del TCEE y, de modo más general, vulnera los propios fundamentos de la Comunidad. Por lo demás, estos inconvenientes no se ven reducidos por el hecho de que el proyectado acuerdo disponga la creación de vínculos orgánicos entre el Tribunal EEE y el TJCE, al prever que jueces de este Tribunal de Justicia integren el Tribunal EEE y sus Salas, y que jueces del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas integren el Tribunal de Primera Instancia EEE, puesto que según se encontrasen el TJCE o en el Tribunal EEE, los jueces del TJCE que fuesen miembros del Tribunal EEE, deberían aplicar e interpretar las mismas normas, pero conforme a planteamientos, métodos y conceptos diferentes, con el fin de tener en cuenta la naturaleza y los objetivos de cada tratado, lo que haría muy difícil el que estos jueces abordasen con plena independencia de criterio, cuando estuviesen en el Tribunal de Justicia, aquellas cuestiones en cuyas deliberaciones hubiesen participado en el marco del Tribunal EEE (51).

La respuesta negativa dada por el Tribunal en el dictamen precitado llevó a la Comunidad y los Estados miembros de la EFTA a continuar las negociaciones con vista a establecer nuevos mecanismos jurisdiccionales que se alejaran de aquéllos que habían sido considerados por el TJCE como incompatibles con el TCEE, fruto de ello fue un texto sobre el que la Comisión solicitó, el 27 de febrero de 1992, un dictamen (*Dictamen 1/92*, sobre el proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la Creación del Espacio Económico Europeo, sobre las disposiciones relativas a la resolución de litigios en el marco del proyecto reformulado de Acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo. Las

(51) Sobre este dictamen, véase entre otros: HUGLO, J. G.: «L'incompatibilité de l'accord sur l'Espace Economique Européen au regard du Traité de Rome. Commentaire de l'avis 1/91 rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 14 décembre 1991», *Gazette du Palais*, marzo, 1992, pp. 4-7. BOULOUIS, J. : «Les avis de la cause de justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace Economique Européen, *RTDE*, n.º 3, 1992, pp. 457-463.

nuevas disposiciones, que contemplan la renuncia a la institución de un Tribunal EEE y de un Tribunal de primera instancia EEE, se articulan en torno a cuatro temas: la homogeneidad en la interpretación de las disposiciones del Acuerdo, el mecanismo de control, la solución de controversias, y las normas sobre la competencia. Por lo que se refiere a la homogeneidad, la nueva versión del Acuerdo sitúa entre sus objetivos el de garantizar la homogeneidad en la interpretación y en la aplicación del Derecho en el Espacio EE (51 bis).

Este objetivo debe asegurarse mediante la inclusión, en el Derecho que regirá el Espacio EE, de disposiciones textualmente idénticas a las correspondientes disposiciones del Derecho comunitario, y mediante las nuevas disposiciones escogidas para las solución de los litigios. En relación con esto último, el apartado 2 del art. 108, establece que los Estados de la AELC deben crear un órgano jurisdiccional, denominado Tribunal AELC. En virtud de su art. 6, para su ejecución y aplicación, las disposiciones del Acuerdo habrán de interpretarse conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la fecha de la firma del Acuerdo y relativa a las correspondientes disposiciones del Tratado CEE, del Tratado CECA y de los actos de Derecho comunitario derivado.

Con el objetivo de lograr una interpretación lo más uniforme posible de las disposiciones del Acuerdo y de las correspondientes disposiciones del Derecho comunitario, el apartado 2 del art. 105 prevé que el Comité Mixto examinará de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia del TJCE y del Tribunal AELC. Según un «procès-verbal agréé ad article 105», las decisiones adoptadas por el Comité Mixto en virtud de esta disposición no podrán en ningún caso afectar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En virtud del apartado 3 del art. 105, el procedimiento previsto en el art. 111 podrá aplicarse si, en el plazo de dos meses desde que se le haya sometido una divergencia entre la jurisprudencia de los dos Tribunales, el Comité Mixto no ha conseguido garantizar la interpretación homogénea del Acuerdo. El procedimiento recogido en el art. 111 es el siguiente: la Comunidad o un Estado de la AELC podrá someter cualquier controversia de este tipo al Comité Mixto, que podrá resolverla. Si la controversia se refiere a la interpretación de las disposiciones del Acuerdo que son esencialmente idénticas a las correspondientes normas del Derecho comunitario, y si no ha sido resuelta en el plazo de tres meses desde que le hubiere sido sometida al Comité Mixto, el apartado 3 del art. 111 permite a las partes contratantes, que sean partes en la controversia, llegar a un acuerdo para solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación de las normas pertinentes. Mientras que el apartado 4 del citado artículo determina las circunstancias en las que las partes pueden someter a arbitraje su controversia. Y, por último, el Protocolo 34, al que se remite el art. 107, contiene disposiciones que permiten que los

(51 bis) Una amplio análisis de los dictámenes 1/91 y 1/92, desde la perspectiva de la autonomía del Ordenamiento jurídico comunitario, puede consultarse en, VALLE, A.: «La especificidad del Ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo», *RJE*, n.º 1, 1993, pp. 49-87.

Estados de la AELC autoricen a sus órganos jurisdiccionales a solicitar al TJCE una decisión sobre la interpretación de una disposición del Acuerdo que sea esencialmente idéntica a una disposición de Derecho comunitario.

Pues bien, en su Dictamen 1/92 el Tribunal examinó si los procedimientos para la solución de controversias descritos en los arts. 105 y 111 antes mencionados eran compatibles con el TCEE y; en particular, con su art. 164. En relación con ello, el TJCE señaló que si se interpretara el art. 105 en el sentido de que hace posible que el Comité Mixto ignore el carácter vinculante de las resoluciones del TJCE en el ordenamiento jurídico comunitario, la atribución de tal competencia al Comité pondría en peligro la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, cuyo respeto debe garantizar el TJCE en virtud del art. 164 TCEE, y, por consiguiente, sería incompatible con este Tratado. Ahora bien, el Tribunal de justicia destacó como de conformidad con el «procès-verbal agréé ad article 105» las decisiones adoptadas por el Comité Mixto en virtud de esta disposición no pueden afectar en ningún caso a la jurisprudencia del TJCEE. Por consiguiente, este principio constituye una garantía fundamental e indispensable para la autonomía del ordenamiento jurídico. El TJCE llevó este razonamiento igualmente al análisis de las disposiciones contenidas en el art. 111 en conexión con lo dispuesto en el mencionado «procès-verbal». Por lo que se refiere a los procedimientos de arbitraje, el TJCE constató como en este marco no podía resolverse ninguna cuestión relativa a la interpretación de las disposiciones del Acuerdo que sean esencialmente idénticas a las disposiciones correspondientes del Derecho comunitario, por lo que no se puede poner en peligro la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario.

En cuanto a las disposiciones del Acuerdo que permiten a los Estados de la AELC autorizar a sus órganos jurisdiccionales para que soliciten al Tribunal de Justicia una resolución sobre la interpretación de una disposición del Acuerdo, el TJCE consideraba suficiente afirmar que la redacción del art. 107 garantiza un efecto vinculante a las respuestas que el TJCE tenga que dar, por lo que tal mecanismo satisface las exigencias formuladas en el dictamen del 14 de diciembre de 1991 y lo considera, por tanto, compatible con el Derecho comunitario. De ahí que por lo que se refiere a estas materias el TJCE concluya declarando que son compatibles con el TCEE «Las disposiciones del Acuerdo relativas a la solución de los litigios, en la medida en que el principio según el cual las decisiones adoptadas por el comité Mixto no podrán en ningún caso afectar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia quede establecido de forma que vincule a las partes contratantes».

La tercera manifestación de la actividad consultiva del TJCE en la presente década es la constituida por el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, sobre la compatibilidad con el Tratado del Convenio n.º 170 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo, y, más en particular, sobre la competencia de la Comunidad para celebrar dicho Convenio y las consecuencias que de ello se derivan, es decir, que los Estados miembros ya no estarían legitimados, de acuerdo con el Tratado, para concluir el mencionado Convenio.

Este Convenio fue negociado por la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del apartado 1 del art. 228 del TCEE y con las directivas de negociación aprobadas por el Consejo, en la 76.^a Asamblea internacional del Trabajo, en la que fue aprobado el 25 de junio de 1990. En este contexto se han formulado dudas en cuanto a la competencia exclusiva de la Comunidad para concluir el Convenio. La discusión en cuanto a la naturaleza del eventual acuerdo se deriva del hecho de que el objetivo del Convenio n.º 170 es la protección de los trabajadores de los eventuales efectos nocivos de la utilización de sustancias químicas en el trabajo. Coincidiendo sus disposiciones globalmente con el objetivo del artículo 118A del TCEE, que viene constituido por la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores.

Los aspectos debatidos son por un lado el de la admisibilidad de la solicitud de dictamen, pues para algún Estado interviniente existe imposibilidad internacional de la Comunidad para celebrar este Convenio, y, por otro lado, la interpretación de la jurisprudencia AETR en relación con el supuesto que se plantea y en conexión con la noción de Política común. Respecto de la admisibilidad, el TJCE contentó afirmativamente, apoyándose en una interpretación amplia del art. 228-1.º del TCEE (punto 3) y en una aclaración de lo que se le pedía en la solicitud de dictamen, que afectaría a la extensión, exclusivamente desde el punto de vista de las normas de Derecho comunitario, de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros en el ámbito que es objeto del Convenio n.º 170. En cuanto al fondo, el Tribunal procede a título preliminar a analizar su jurisprudencia en materia de competencia convencional internacional de la comunidad; a continuación examina si el Convenio n.º 170 está comprendido dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad y si, en su caso, esta competencia es exclusiva. Admitiendo lo primero pero rechazando la naturaleza exclusiva de dicha competencia. Estimando a modo de conclusión que la celebración del citado Convenio corresponde a una competencia conjunta de los Estados miembros y de la Comunidad.

Finalmente, y aún pendiente ante el TJCE, se encuentra la solicitud de dictamen presentada por el Gobierno belga el 4 de septiembre de 1992 (Dictamen 2/92), sobre la competencia de la Comunidad o de una de sus Instituciones para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional. En el marco de la OCDE sus Estados miembros han adoptado una serie de compromisos tendentes a conceder el trato nacional a empresas que operen en un territorio y cuya posesión o control esté directa o indirectamente, en manos de nacionales de otro país miembro. En este contexto jurídico se elaboró la Tercera Decisión Revisada del Consejo de la OCDE, que es objeto de la presente solicitud de dictamen. Ante esta situación, la Comisión de las CE presentó una propuesta de Decisión al Consejo relativa a la participación de la Comunidad en este Instrumento internacional, propuesta que estaba basado jurídicamente en los arts. 57, 113 del TCEE. Este acto jurídico fue discutido en el seno del Comité 113 donde se configuraron dos orientaciones: la mantenida por la comisión para

quien la base jurídica debía ser los artículos 57 y 113 antes mencionados; La segunda línea fue la mantenida por la mayoría de los Estados miembros en el seno del Consejo, apoyados por el Servicio jurídico de esta Institución, para quienes la base jurídica correcta era el artículo 235 del TCEE. Este debate llevó al Reino de Bélgica a plantear una solicitud de dictamen donde se recogen estas tres cuestiones: a) ¿Está justificado el hecho de recurrir a la doble base jurídica (arts. 57 y 113) propuesta por la Comisión para la Decisión del Consejo relativa a la participación de la Comunidad en la Tercera Decisión Revisada de la OCDE relativa al trato nacional? b) En caso de que la respuesta a la primera cuestión fuese negativa, ¿cuál sería la base jurídica correcta? c) La competencia de la Comunidad para participar en la Tercera Decisión Revisada de la OCDE relativa al trato nacional, ¿es exclusiva de los Estados miembros, o está justificada una participación «mixta».

El primer elemento de interpretación va a un el del propio procedimiento del art. 228-1.º y si permite plantear un problema de base jurídica de un acto comunitario que autoriza para que la Comunidad contraiga un compromiso internacional. Si se supera la barrera de la admisibilidad el TJCE cuenta con un arsenal jurisprudencial para enfrentarse al segundo elemento de interpretación: ¿cuál debe ser la base jurídica correcta?

Junto a los ejemplos precedentes, en los que el Tribunal ha efectuado el control preventivo de conformidad de las cláusulas de un acuerdo con el Derecho comunitario originario fundamentándose para ello en el art. 228-1-2 del TCEE, hay que referirse igualmente a otra decisión del Tribunal efectuada en el ámbito de su competencia consultiva, y basada esta vez en el artículo 103 del TCEEA (52). Nos referimos concretamente a la Resolución 1/78, de 14 de noviembre de 1978 (Rec. 1978, p. 2.151) sobre una Convención relativa a la protección física de materias, instalaciones y transportes nucleares, que se estaba negociando en el marco de la Agencia Internacional de la Energía Atómicas (53). En efecto, el 7 de junio de 1978, el gobierno belga solicitó al TJCE que se pronunciase sobre un conjunto de cuestiones relativas al reparto de competencias, entre la Comunidad

(52) Esta disposición está redactada en los siguientes términos «Los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión sus proyectos de acuerdos o de convenios con un tercer Estado, una organización internacional o un nacional de un tercer Estado, en la medida en que dichos acuerdos o convenios se refieran a materias que se rigen por el presente Tratado. Si un proyecto de acuerdo o de convenio contuviere cláusulas que obstaculizaren la aplicación del presente Tratado, la Comisión dirigirá sus observaciones al Estado interesado en el plazo de un mes a partir de la recepción de la mencionada comunicación. Dicho Estado no podrá celebrar el acuerdo o convenio previsto hasta tanto no satisfaga las objeciones de la Comisión o se atenga a la resolución por la que el Tribunal de Justicia, mediante un procedimiento de urgencia promovido a petición de ese Estado, se pronuncia sobre la compatibilidad de las cláusulas previstas con las disposiciones del presente Tratado. La petición podrá presentarse al Tribunal de Justicia en cualquier momento, a partir de la recepción por el Estado de las observaciones de la Comisión».

(53) APOLLIS, G.: «La délibération de la CJCE sur la participation d'Euratom a la Convention sur la protection physique des matières et installations nucléaires», *RMC*, n.º 226, 1979, pp. 185-206.

y los Estados miembros, referido a la conclusión del citado Convenio. La cuestión que se trataba de elucidar era, de una parte, saber si la participación de uno o de varios Estados miembros en el Convenio negociado en el seno de la OIEA era compatible con las disposiciones del Tratado relativas al reparto de competencias en la materia entre la Comunidad y los Estados miembros, en el caso en que no se asignara a la Comunidad el lugar que le correspondería entre las partes en el Convenio; y, por otra parte, de saber si la Comunidad dispone de las competencias necesarias para garantizar la ejecución de las disposiciones que, eventualmente, hubiera suscrito.

El Tribunal después de analizar el Proyecto de Convenio y de compararlo con el TCEEA estimó que las medidas previstas para garantizar la protección física de los materiales, instalaciones y transportes nucleares afectan, en parte, a la esfera de competencia de los Estados miembros, y, en parte, a la de la Comunidad. Considerando que el Convenio en cuestión no podría entrar en vigor, en lo que respecta a la Comunidad, sino gracias a una estrecha asociación, en el proceso de negociación y de conclusión, así como en la ejecución de los compromisos asumidos, entre las instituciones de la Comunidad y de los Estados miembros. Situación que esta prevista por el propio TCEEA en su art. 102. De este modo aparecía para el TJCE que la ejecución del Convenio podía ser garantizada, en el conjunto de la Comunidad, según los mismos principios que gobiernan el reparto de las competencias tanto en las relaciones exteriores como en el orden interno, y que el sistema del TCEEA permitía el hacer frente a todas las responsabilidades que derivasen, para la Comunidad, del Convenio proyectados.

Estas, y otras razones, condujeron al Tribunal a emitir el siguiente dictamen:

«1. La participación de los Estados miembros en un convenio relativo a la protección física de los materiales, instalaciones y transportes nucleares cual es el caso del Convenio en vías de negociación en el seno de la OIEA, no es compatible con las disposiciones del Tratado CEEA sino a condición de que, respecto de los ámbitos de sus competencias propias, la Comunidad en cuanto tal sea parte en el Convenio con idéntico título que los Estados.

2. La ejecución de los compromisos contraídos en virtud del Convenio se realizará, por parte de la Comunidad, en el marco del sistema institucional establecido por el Tratado CEEA, de conformidad al reparto de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros».

Pocos son, pues, los ejemplos que hay de aplicación de la posibilidad ofrecida por el art. 228, 1-2.^a TCEE, pero, sin duda, se tratan de unas decisiones capitales a la hora de determinar la condición internacional de la Comunidad y de configurar el *treaty-making process* comunitario.

Este procedimiento constituye como se desprende de la redacción de la citada disposición, un *mecanismo fundamentalmente preventivo*, se trata de asegurar la ausencia de contradicción entre el acuerdo previsto y la «carta constitucio-

nal», por lo que ha de efectuarse con antelación a la conclusión del acuerdo (54). Efectuar un examen previo de la constitucionalidad del acuerdo persigue como finalidad el evitar por un lado posibles recursos en el orden comunitario destinados a contestar la conformidad de dicho acuerdo con el TCEE, y, por otro lado, el eliminar las eventuales consecuencias internacionales que de ello podría derivarse.

Estas preocupaciones se reflejan en el propio procedimiento de consulta al Tribunal, y en primer lugar, en el *momento* en que debe solicitarse el dictamen del TJCE, puesto que el artículo 228-1.º, 2, guarda silencio respecto a plazos y sólo se refiere a la exigencia de que esta solicitud tenga lugar con carácter previo a la conclusión del acuerdo. Ello ha llevado al Tribunal a actuar con *bastante liberalidad* respecto del momento de presentación de las peticiones de dictámenes.

En este sentido tanto en el Dictamen 1/75 como en el 1/76, el Tribunal no fue requerido hasta un momento muy avanzado del proceso. En el primer caso la Comisión no solicitó el dictamen hasta que las negociaciones hubieron concluido mientras que en el segundo, el acuerdo ya había sido rubricado, y su texto, acompañado de la proposición de reglamento transmitido al Consejo con el fin de que fuera concluido por este y publicado en el DOCE (55). El problema fue absolutamente el inverso por lo que respecta al Dictamen 1/78, en este sentido el propio Tribunal se quejaba de no disponer de un proyecto de acuerdo en el sentido preciso del término, debido a lo prematuro de la demanda. Pero a pesar de ello, se declaró dispuesto a acoger la petición de dictamen introducida por la Comisión antes, incluso, del inicio de las negociaciones, en la medida en que el objeto de la controversia se hallaba ya suficientemente determinado. Una situación parecida a esta última es la que envolvió la solicitud de dictamen 1/91, debido también a la fase en la que se encontraban las negociaciones relativas a la celebración del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando se realizó la consulta al Tribunal, puesto que las negociaciones iniciadas el 1 de julio de 1990 todavía no habían finalizado, cuando el 13 de agosto de 1991, la Comisión, al amparo del art. 228-1.º, 2, presentó la solicitud de dictamen, pues si bien existía ya un texto conteniendo un proyecto de Acuerdo, sus términos no eran todavía definitivos. Pero, además, también podrá ser objeto de dictamen la intención de la Comunidad de adherirse a un acuerdo ya existente, como ejemplifica el Dicta-

(54) Esta preocupación esta patente en el primero de los Dictámenes adoptados por el Tribunal en virtud del art. 228-1, nos referimos al Dictamen 1/75, donde se indicaba de manera explícita que «la disposition de l'article 228-1, alinéa 2, a pour but de prévenir les complications qui résulteraient de contestations en justice relatives a la compatibilité avec le Traité d'accords internationaux engageant la Communauté». En effet, une décision judiciaire constatant éventuellement qu'un tel accord est, au vu soit de son contenu, soit de la procédure adoptée pour sa conclusion, incompatible avec les dispositions du Traité, ne manquerait pas de créer, non seulement sur le plan communautaire, mais sur celui des relations internationales, des difficultés sérieuses, et risquerait de porter préjudice à toutes les parties intéressées, et inclut les pays tiers. En vue d'éviter de telles complications, le Traité a eu recours à la procédure exceptionnelle d'une saisine préalable de la Cour de Justice pour que puisse être tiré au clair, avant la conclusion de l'accord, si celui-ci est compatible avec le Traité».

(55) JO, n.º C 208, 3.2.1976.

men 2/91, donde se discute la competencia exclusiva de la Comunidad para adherirse al Convenio n.º 170 de la OIT.

Hay como se ve una *gran flexibilidad* en cuanto al momento de presentación de la petición de dictamen, lo que contrasta con otros procedimientos de control previo de la inconstitucionalidad de los Tratados internacionales, como el que se recoge —por citar un ejemplo cercano— en el art. 78 de nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, donde en su apartado primero se indica que «el Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya *definitivamente fijado*, pero al que no se hubiere presentado aún el consentimiento del Estado».

Cabe, pues, concluir al respecto que el momento en el que puede introducir la solicitud de dictamen es muy amplio, puesto que podrá ir desde incluso antes de que se inicien verdaderamente las negociaciones tendentes al acuerdo, esto es, desde que se haya ya identificado el objeto del mismo y surjan discrepancias en cuanto a la competencia de la Comunidad para celebrarlo o respecto de su compatibilidad con el TCEE (p.è., a la hora de definir el mandato de negociación), hasta, como punto final, la conclusión del mismo, a partir de este instante esta solicitud podrá, claro está, verse oponer una excepción de inadmisibilidad. No obstante, parece conveniente el que la solicitud de dictamen se interponga en un momento lo suficientemente avanzado de las negociaciones para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre un proyecto de texto completo de acuerdo. Y, por otro lado, no demasiado tarde, pues esto podría ir contra los principios que recoge el Derecho de los tratados, y entre ellos el de la obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor, proclamado en los artículos 18 de los Convenios de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 y 1986.

La *finalidad del control* no se limita tan solo, tal y como dispone el art. 107, 2.º del Reglamento de procedimiento del Tribunal, al examen de la compatibilidad del acuerdo con las disposiciones del Tratado, sino que puede referirse también a la competencia de la Comunidad o de una de sus instituciones para celebrarlo. Estamos, pues, no sólo ante un control de la validez material del acuerdo proyectado (conformidad del acuerdo con las disposiciones del TCEE), sino también de su regularidad formal (competencia de las instituciones comunitarias y respeto de los procedimientos previstos por el Tratado).

En este sentido el propio Tribunal en su primer dictamen en la materia, ha ofrecido una *interpretación amplia* de su competencia consultiva al establecer que «la compatibilidad de un acuerdo con las disposiciones del Tratado debe ser, en efecto, evaluada teniendo en cuenta el conjunto de reglas del Tratado, es decir, tanto las reglas que determinan el alcance de las competencias de las instituciones de la Comunidad como las reglas de fondo» (56). Basta pues con que la

(56) Dictamen 1/75 de 11 de noviembre de 1975, Rec. p. 1.355, ap. A, pt. 8.

cuestión que puedan plantear alguno de los sujetos legitimados sea susceptible de provocar dudas respecto de la validez formal o material del acuerdo proyectado respecto del TCEE. Esta orientación aparece también subrayada en el Dictamen 1/78, cuando el Tribunal, respondiendo al argumento del Consejo según el cual la petición de dictamen presentada por la Comisión no entraría en las previsiones del artículo 228, reitera, en su punto 30, que:

«En ocasiones anteriores, el Tribunal ha insistido en que el procedimiento del artículo 228, como el del artículo 103 del Tratado CEEA, permite abordar todas las cuestiones que pueden condicionar la compatibilidad de un acuerdo proyectado con las disposiciones del Tratado... En efecto, como resulta de estas decisiones, la apreciación de la compatibilidad de un acuerdo con el Tratado puede depender, no sólo de las disposiciones del derecho material, sino también de las relativas a la competencia, al procedimiento, o a la organización institucional de la Comunidad. Conviene recordar, además, que la misma concepción se expresa en el artículo 107 del reglamento de procedimiento del Tribunal».

Esta línea interpretativa ha sido reafirmada recientemente por el TJCE en un Dictamen 2/91, donde en su punto 3, y tras recordar su retirada jurisprudencia en la materia, insisten en que este procedimiento:

«(...) permite abordar todas las cuestiones relativas a la compatibilidad de un acuerdo proyectado con las disposiciones del Tratado y, especialmente, en cuestión de si la celebración de tal Acuerdo está comprendida, o no, dentro de las competencias de la Comunidad».

Esta cuestión será de nuevo objeto de debate en el marco del Dictamen 2/92, aún pendiente, puesto que el Tribunal deberá determinar si este procedimiento permite el que se le pregunte sobre la base jurídica de un acto comunitario previo al acuerdo internacional por el que el Consejo decide su conclusión.

Por lo que a la práctica consultiva existente respecta, se observa como los dictámenes 1/75, 1/78 y 2/91 se han referido a la determinación de las competencias de la Comunidad para concluir el acuerdo controvertido. Mientras que los dictámenes 1/76, 1/91 y 1/92 han constituido un control de compatibilidad del acuerdo con el TCEE.

Este amplio abanico de posibilidades que abre el procedimiento consultivo, ha convertido al mecanismo previsto por el artículo 228-1 del TCEE, en un *instrumento privilegiado para solucionar los conflictos interinstitucionales* al permitir que la Comisión eleve al TJCE cualquier diferencia que con ocasión de la negociación o conclusión de un acuerdo le enfrente al Consejo; mientras que el Tribunal se consolida como el órgano facultado para regular las competencias internacionales de la Comunidad (57). Ahora bien, esta orientación no es com-

(57) Véanse, en este sentido, KOVAR: «La compétence...», cit., p. 374; BRUCKNER, P.: «Quelques observations au sujet de l'avis 1/78 («Caoutchouc») de la Cour de Justice» *RMC*, 1980, n.º 233, p. 5.

partida por todos los interesados en estos procedimientos, y así a título de ejemplo, cabe referirse a las observaciones del Gobierno alemán en el Dictamen 2/91, donde considera que no se puede admitir la solicitud del dictamen en cuestión, precisando al respecto que, conforme al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del TCEE, sólo puede solicitarse un dictamen sobre la compatibilidad con el Tratado, de acuerdos proyectados por la Comunidad. Ahora bien, añade el citado Gobierno, la Comunidad no es miembro de la OIT y no puede ratificar el Convenio n.º 170, como resulta de la letra d) del apartado 5 del artículo 19 de la Constitución de la OIT. Esta opinión es también mantenida, aunque con matices, por el Gobierno neerlandés, si bien este reconoce que el TJCE tiende a interpretar de manera extensiva el artículo 228-1-2.º, y que es posible basarse en el Dictamen 1/75, para afirmar que cualquier cuestión relativa a la extensión de la competencia de la Comunidad en materia de negociaciones internacionales puede ser sometida al Tribunal mediante el procedimiento consultivo establecido en aquella disposición.

En cuanto a los *sujetos legitimados* para solicitar un dictamen de esta naturaleza, dice el artículo 228, 1, en su párrafo segundo que el Consejo, la Comisión, o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia. Esta enumeración diseña, como ha subrayado Boulouis (58), un mecanismo exclusivamente institucional en el que no son admitidos más que «operadores constitucionales». Naturaleza esta que aparece consolidada si se examina el procedimiento descrito en esta materia en el artículo 107-1 del Reglamento de procedimiento del TJCE, pues en el se indica que «Las solicitudes de dictamen previo a que se refiere el artículo 228 del Tratado CEE presentadas por el Consejo, se notificarán a la Comisión; las presentadas por la Comisión, se notificarán al Consejo y a los Estados miembros. Las presentadas por uno de los Estados miembros, se notificarán al Consejo, a la Comisión y a los demás Estados miembros. El Presidente fijará un plazo a las Instituciones y a los Estados miembros a los que se hubiere notificado la solicitud para que presenten observaciones escritas».

Como se puede observar en la enumeración de sujetos legitimados para solicitar un dictamen al TJCE al amparo del art. 228-1.º, 2, y en la de los sujetos capacitados para presentar observaciones escritas en virtud del art. 107, no aparece mencionado el *Parlamento europeo*. Ello no debe extrañar, dado que originariamente esta institución estaba diseñada para desempeñar un papel meramente marginal en las relaciones convencionales internacionales de la CEE y concretamente en el *treaty-making process* comunitario. Ahora bien, desde entonces, y especialmente desde los años setenta en que le fueron conferidos al PE competencias presupuestarias que podían verse afectadas por los compromisos financieros asumidos por la CE a través de acuerdos internacionales, la importancia de esta Institución en estos ámbitos no ha cesado de incrementarse, como lo muestra de una manera nítida, en primer lugar la reforma introducida por el Acta

(58) BOULOUIS: *op. cit.*, p. 351.

Unica Europea al artículo 238 (acuerdos de asociación), al conferir al PE un poder de codecisión, ya que si no da un dictamen conforme, el Consejo no podrá, en nombre de la Comunidad, concluir el acuerdo. Y, en segundo lugar, la nueva redacción del art. 228 que incorpora el Tratado sobre la Unión Europea, puesto que en el apartado 3 de este artículo se señala que:

«Salvo para los acuerdos contemplados en el apartado 3 del artículo 113, el Consejo concluirá los acuerdos previa consulta al Parlamento Europeo, incluso cuando se trate de un ámbito en el que resulte necesario el procedimiento contemplado en el artículo 189B o el contemplado en el artículo 189C para la adopción de reglas internas.

El Parlamento Europeo emitirá su dictamen en un plazo que el Consejo podrá fijar según la urgencia. De no mediar dictamen al término de dicho plazo, el Consejo podrá pronunciarse sin él.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se concluirán previo dictamen conforme del Parlamento Europeo los acuerdos contemplados en el artículo 238, así como los demás acuerdos que crean un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación, los acuerdos que tengan implicaciones presupuestarias importantes para la Comunidad y los acuerdos que impliquen una modificación de un acto aprobado con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189B.

En caso de urgencia, el Consejo y el Parlamento Europeo podrán fijar un plazo para la emisión del dictamen conforme».

De este modo se perfila el Parlamento europeo como un elemento esencial en la elaboración y conclusión de futuros acuerdos internacionales por la CE. En razón de ello, su interés en verse asociado al procedimiento de dictamen es cada vez mayor. Por ello no deja de extrañar el que no se le haya incluido expresamente como una de las instituciones habilitadas para pedir un dictamen, pues la nueva redacción de este mecanismo en el Tratado sobre la Unión Europea sigue ignorando al PE, ya que se limita a repetir, en el art. 228-6.º que:

«El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo N del tratado de la Unión Europea».

A pesar del silencio de esta disposición así como el que también mantiene el actual artículo 228-1-2.º, pensamos que el TJCE va a interpretarlo en el sentido de permitir la participación del PE en el procedimiento de dictamen consultivo. Esta interpretación amplia de la citada disposición estaría en la línea de la reciente jurisprudencia relativa a los artículos 173 (sentencias *Les Verts* y *Tchernobyl*) y 177 (sentencias *Fot-Frost* y *Factortame*) que ha abierto ambas vías al

PE. Por lo demás, el TJCE, contaría con la base jurídica necesaria para permitir la participación del PE, y en este sentido cabe recordar que el art. 21-2.º del Estatuto del TJCEE dispone que:

«El Tribunal podrá también pedir a los Estados miembros y a las instituciones que no sean partes en el litigio todas las informaciones que considere necesarias a efectos procesales».

Pues bien, esta orientación interpretativa ya ha sido puesta en práctica, puesto que el TJCE ha permitido que el PE presentara observaciones escritas en este tipo de procedimiento. Y así, si la petición del PE para participar en el procedimiento del Dictamen 1/91 llegó de forma tardía y no pudo ser atendida, otro fue lo sucedido en el marco del dictamen 1/92 donde el Tribunal acogió la petición de presentar observaciones. Estas observaciones tomaron cuerpo en la Propuesta de la Comisión jurídica y de los derechos de los ciudadanos del PE adoptada el 25 de marzo de 1992, y referida al dictamen 1/92, que se inician con una manifestación de reconocimiento por parte de esta Institución al TJCE por habersele dado la posibilidad de formular observaciones. Observaciones que por lo demás fueron claramente críticas contra el texto revisado del Proyecto de Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo. La aceptación del PE en el presente caso obedece además a la pura lógica derivada del hecho de que esta Institución debe, según lo dispuesto en el art. 238 TCEE, dar su conformidad al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya que se trata de un Acuerdo de asociación. En cambio, en el dictamen 2/91, relativo al Convenio n.º 170 de la OIT, el PE no manifestó su deseo ni a formular observaciones escritas ni a participar en la vista que tuvo lugar el 30 de junio de 1992.

Por lo que se refiere a la posibilidad de presentar observaciones, cabe destacar como ésta ha sido, sin duda, ampliamente utilizada por los interesados en los diversos ejemplos que nos ofrece la práctica. Y así, en el Dictamen 1/75 presentaron observaciones el Consejo, Irlanda, Italia, Reino Unido y Países Bajos. En el Dictamen 1/76 lo hicieron el Consejo, Reino Unido, Dinamarca y Francia. En el Dictamen 1/78, fueron el Consejo, Reino Unido y Francia que hicieron uso de la misma. En el Dictamen 1/91, la solicitud del mismo se notificó al Consejo y a los Estados miembros. La Comisión presentó observaciones escritas, así como los Gobiernos del Reino Unido, España y Bélgica. El Tribunal pidió a la Comisión, al Consejo y a los Gobiernos de los Estados miembros que respondieran a algunas preguntas que les habían planteado por escrito. Estos estuvieron representados en la audiencia celebrada por el Tribunal a puerta cerrada, el 26 de noviembre de 1991, y en el transcurso de la cual se respondió a dichas preguntas. En el Dictamen 2/91, no se presentó observación alguna, salvo la del PE que por primera vez, y a petición propia, fue —como vimos— autorizado a presentar observaciones. Y en el Dictamen 1/92 la Comisión y el Consejo presentaron observaciones escritas, así como los Gobiernos de Dinamarca, la República Federal de Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, los Países Bajos y el Reino Unido.

Mientras que, en cambio, las *solicitudes de dictamen* enmarcadas en el ámbito del artículo 228 TCEE, han provenido, hasta fecha muy reciente, solamente de la Comisión, puesto que ha habido que esperar hasta el 4 de septiembre de 1992 para que un Estado miembro presentara un solicitud de dictamen, nos referimos al Dictamen 2/92. Lo que no se ha reproducido en el campo del artículo 103 TCEEA, donde en el único ejemplo que existe hasta el momento, la solicitud de resolución ha emanado de Bélgica (59).

Una vez introducida la petición de dictamen el Presidente designa un *juez ponente*. Quien al examinar el contenido del mismo propondrá al resto de la formación (que en estos caso será el Gran Pleno) la celebración o no de una *vista oral* (p.e. hubo vista en el Dictamen 1/78, en cambio se prescindió de ella en el Dictamen 1/92). En caso de que esta tenga lugar serán invitados a participar en la misma las Instituciones y los Estados miembros. Esta vista puede desarrollarse tanto a puerta cerrada (p.e. en el caso del Dictamen 1/91) como en audiencia pública (p.e., en el supuesto del Dictamen 2/91).

Finalizada la vista corresponde a los *Abogados generales* presentar las conclusiones, estos pueden, o bien designar a uno de entre ellos para que presente las conclusiones sobre el asunto (p.e. el Abogado general Capotorti en el Dictamen 1/78, o el Abogado general Tesauró en el Dictamen 1/92) o bien presentar todos ellos conclusiones como ocurrió en el Dictamen 1/91 en el que los seis Abogados generales redactaron conclusiones.

A continuación se inicia la deliberación del Tribunal, el que, reunido con carácter reservado, emitirá un dictamen motivado (art. 108 del Reglamento de Procedimiento del TJCE). En cuanto a su estructura, la práctica nos muestra como el dictamen se acerca bastante a las sentencias del Tribunal, apoyándose también en la triple distinción: hechos, derecho y dispositivo. Finalmente, el dictamen firmado por el Presidente y por los jueces que hayan participado en las deliberaciones y por el secretario, se notificará al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros.

Por lo que se refiere a los *efectos jurídicos* derivados del dictamen, cabe observar como este va a tener fuerza vinculante (60), o como afirma en el punto 61 de su Dictamen 1/91 el TJCE efecto obligatorio, de manera que si el pronunciamiento es negativo, impedirá la celebración del acuerdo salvo que: o bien, se revise el TCEE según el procedimiento y condiciones establecidas en su artículo 236 (61), siendo sus efectos variados según el momento en que el

(59) Un análisis detallado de la Resolución 1/78, puede consultarse en APOLLIS: *op. cit.*, pp. 185-206.

(60) También tendrá esta naturaleza la declaración del Tribunal Constitucional español en sede de control previo de inconstitucionalidad de un Tratado, a tenor de lo establecido en el art. 78-2 de la LOTC, según el cual «El Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución tendrá carácter vinculante».

(61) Como es sabido, el art. 236 TCEE establece un mecanismo de revisión del Tratado formalmente complicado, pues establece que «El Gobierno de cualquier Estado miembro o la Comisión podrá someter al Consejo proyectos encaminados a la revisión del presente Tratado. Si el Consejo,

dictamen intervenga (antes, durante o después de las negociaciones) y según la naturaleza del control (compatibilidad, o, competencia de la Comunidad para celebrarlo); o bien, que se modifique el acuerdo proyectado, tal y como fue ejemplificado en la sucesión de los Dictámenes 1/91 y 1/92 relativos al Proyecto de Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, puesto que a raíz del primero de los mencionados Dictámenes, que fue negativo, las partes negociadoras tuvieron que retomar la negociación e introducir una serie de modificaciones en el mismo referidas a la estructura jurisdiccional del Acuerdo previsto que había sido objeto de amplias críticas en el primer Dictamen. Alcanzado un acuerdo sobre el nuevo texto el 14 de febrero de 1992, se presentó una solicitud de Dictamen al TJCE, quien después de examinar las disposiciones renegociadas, adoptó el 10 de abril de 1992 un dictamen positivo, aunque de naturaleza claramente interpretativa o manipulativa como se destaca en el primer apartado del dispositivo donde se dice que:

«Son compatibles con el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea:

1. Las disposiciones del Acuerdo relativas a la solución de los litigios, en la medida en que el principio según el cual las decisiones adoptadas por el Comité Mixto no podrán en ningún caso afectar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia quede establecido de forma que vincule a las Partes Contratantes».

Si, por el contrario, el dictamen es positivo, también ello va a afectar al acuerdo de que se trate, pues en tal caso impedirá que el TJCE efectúe un control *a posteriori* sobre el mismo problema y sobre las mismas disposiciones del acuerdo previamente examinado. En este sentido pensamos, con Rideau (62), que el Tribunal va a estar vinculado por la apreciación formulada en el marco del art. 228, 1-2.º TCEE. Razones de seguridad jurídica militan, sin duda, en favor de esta interpretación.

Por todo ello se puede considerar que el control previo de la constitucionalidad de los acuerdos por el TJCE, al permitir aportar una mayor certeza al mismo, va a *influir de manera positiva en la seguridad de las relaciones convencionales* en las que participa la CEE. Al tiempo que va a fortalecer el orden jurídico comunitario al evitar su contaminación o dilución proveniente de disposiciones contenidas en acuerdos internacionales que están en contradicción con el mismo.

después de haber consultado al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emitiera un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el presidente del Consejo, a fin de adoptar de común acuerdo las enmiendas que deban introducirse en el presente Tratado. Las enmiendas entrarán en vigor tras haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales».

(62) RIDEAU: «Les accords...», *cit.*, p. 305.

3. El control con posterioridad a la entrada en vigor de los acuerdos internacionales

El segundo tipo de control, que por el momento en que ha de producirse se denomina control *a posteriori* o con posterioridad a la entrada en vigor del acuerdo internacional, ha generado una amplia controversia en la doctrina. Ello es esencialmente debido, a que este control a través de procedimientos contenciosos se dirige a *impugnar la validez* de unos acuerdos por los que la Comunidad ya se encuentra internacionalmente comprometida, poniéndose en entredicho la seguridad jurídica de los terceros partes en los mismos.

Autores como Catalano han considerado que la ausencia en el TCEE de una regulación relativa a este tipo de control, unido a la existencia de un procedimiento preventivo excluye cualquier posterior recurso, incluso en el caso de que no se haya sometido al Tribunal una solicitud de dictamen (63). Los acuerdos estarían así protegidos por una presunción de legalidad. La institucionalización de un control preventivo sería la prueba de la ausencia de un control contencioso (64).

Frente a esta opinión, otro sector doctrinal va a admitir la posibilidad del control *a posteriori* de constitucionalidad, así Pescatore si bien reconoce que el procedimiento consultivo previo permite evitar los inconvenientes propios de todo procedimiento contencioso, no va, sin embargo a excluirlo, puesto que la ausencia de este último permitiría a las instituciones y a los Estados miembros «sortear el procedimiento de revisión absteniéndose sencillamente de consultar al Tribunal», por lo que el Tribunal va a poder «constatar la ineficacia de un acuerdo irregular cuando éste fuera invocado ante él, bien directamente, bien como base de un reglamento o de una decisión controvertida» (65).

Existen otros argumentos que militan *en favor de la aceptación del control posterior*, entre ellos cabe destacar la propia redacción del art. 228.2 TCEE, según el cual sólo «los acuerdos celebrados en las condiciones antes mencionadas serán vinculantes...». Esta disposición introduce, como acertadamente destaca Manin (66), una *condición de validez* de los acuerdos, tanto por lo que se refiere a la regularidad formal como a las cuestiones de fondo, esto es, a su compatibilidad, correspondiendo al Tribunal constatar la validez del mismo.

Por otro lado, el procedimiento consultivo previo sólo puede iniciarse por el Consejo, la Comisión o los Estados miembros. Si se excluyera todo control *a posteriori* sobre los acuerdos, los *particulares* se verían privados de una protección jurídica eficaz.

(63) CATALANO M.: *Manuel de droit des Communautés européennes*, 1975, p. 73. 64 BOULOUIS: *op. cit.*, p. 359.

(64) BOULOUIS: *op. cit.*, p. 359.

(65) PESCATORE: «Les relations extérieures...», *cit.*, p. 129.

(66) MANIN, Ph.: «L'article 228, paragraphe 2 du Traité CEE», *Mél. off. à P. H. Teitgen*, París, 1984, pp. 296-297.

De todas formas, el Tribunal de Justicia en la primera oportunidad que tuvo de examinar sus competencias en materia de control de los acuerdos internacionales, dejó bien claro, tal y como resulta de su dictamen 1/75, que:

«la cuestión de si la conclusión de un acuerdo determinado entra o no en el ámbito de las competencias de la Comunidad y si, llegado el caso, estas competencias se han ejercido de manera conforme a las disposiciones del Tratado que pueden, en principio, quedar sometidas a la jurisdicción del Tribunal de justicia, ya sea directamente, en virtud del artículo 169 o del artículo 173 del Tratado, ya sea por el procedimiento prejudicial, procede reconocer que tal asunto puede quedar sometido al Tribunal mediante el procedimiento previo del artículo 228».

Este *obiter dictum* del Tribunal contiene una *relación abierta* y no cerrada de procedimientos de control. Esta interpretación queda claramente expuesta en las conclusiones del Abogado general M. Darmon en el asunto Sociedad McClaine Watson, donde se planteaba un recurso de indemnización dirigido a constatar la responsabilidad extracontractual de la CEE como consecuencia de los daños derivados de la actuación del Consejo Internacional del Estaño. Al afirmar que «la cuestión de la ausencia formal del artículo 178 entre las vías de derecho enumeradas (en el dictamen 1/75), no basta para excluir las acciones por responsabilidad. A este respecto hay que subrayar que un recurso de responsabilidad relativo a la concesión de una indemnización, no supone más inconvenientes que el control de la legalidad de los acuerdos externos, inconvenientes descartados ya por el Tribunal de justicia en el dictamen precitado» (67).

Por otro lado, este control *a posteriori* puede recaer tanto sobre el acuerdo mismo como sobre los actos conectados con el acuerdo. En contra de esta última observación se ha alegado la teoría del «acto de gobierno» o de la inmunidad jurisdiccional que supondría por lo que se refiere al control de los actos de las instituciones comunitarias en este terreno un *self-restraint* judicial.

A este argumento se le puede a su vez oponer que la ausencia de un control político (como es sabido el papel del PE en la materia es insignificante salvo lo dispuesto en el art. 238.2 TCEE en relación con los acuerdos de asociación), unido a la ausencia de control judicial permitiría a las instituciones comunitarias, cual monarca absoluto, celebrar los acuerdos que deseara, bajo la forma que estimara conveniente.

Por otro lado, hay que recordar que el Tribunal ha admitido su *competencia para controlar los actos de las instituciones* en sede de relaciones exteriores (68),

(67) Conclusiones de 1 de junio de 1989 (Sociedad Maclaine Watson, 241-87, Rec.1990, p. I-1.797, ap. 11).

(68) Véanse, en este sentido, las sentencias del TJCE de 4 de octubre de 1983, Fediol I, 191/82, Rec. p. 2.913; de 20 de marzo de 1985, Timex, 264/82, Rec. p. 849; de 7 de noviembre de 1985, Adams, 53/84, Rec. p. 3.595; de 28 de octubre de 1982, Faust, 52/81, Rec. p. 3.745; de 24 de junio de 1986, Clemessy, 267/82, Rec. p. 1.907.

como recuerda en las conclusiones en el asunto *Maclaine Watson* antes mencionado, el Abogado general M. Darmon, quien después de examinar las soluciones consagradas por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de control jurisdiccional de las relaciones exteriores, llega a la conclusión de que «el acto de gobierno no constituye un auténtico principio común de los derechos de los Estados miembros» (punto 99), y que no cabe excluir este tipo de control, aunque eso sí «la extrema limitación del control jurisdiccional en este ámbito constituye indiscutiblemente el hilo de Ariadna de este breve examen del Derecho de los Estados miembros» (punto 96). Se trataría así de un *control de legalidad* pero no de un control de oportunidad de los actos de las instituciones.

El TJCE puede ser llamado a controlar un acuerdo con posterioridad a su entrada en vigor, a través de un *recurso por incumplimiento* presentado por la Comisión contra un Estado miembro (art. 169 TCEE) o, muy hipotéticamente, por un Estado miembro contra otro Estado miembro (art. 170 TCEE). Desde esta perspectiva y moviéndonos en el terreno del estricto control de legalidad del acuerdo internacional y no, por consiguiente, en el de la interpretación de las disposiciones de dicho acuerdo como norma comunitaria, esto es, como parte integrante del Derecho comunitario, podría plantearse un supuesto en el que el Tribunal de Justicia debiera pronunciarse sobre la capacidad externa de la Comunidad, al examinar el caso representado por haber un Estado miembro concluido un acuerdo internacional con un tercer Estado y haber la Comisión estimado que el Estado en cuestión se había extralimitado en sus derechos invadiendo parcelas de competencia comunitaria. En tal caso, el Tribunal debería decidir, a petición de la Comisión, quien, el Estado o la Comunidad, gozan de la capacidad de concluir el acuerdo. Y si esta capacidad fuera de la Comunidad el Tribunal podría condenar al Estado infractor por incumplimiento, poniéndose en peligro la vida del acuerdo y generándose una serie de situaciones que podrían desembocar en la responsabilidad internacional.

Cabe observar también como el TJCE puede controlar los acuerdos internacionales a través de *recursos de anulación* interpuestos al amparo del art. 173 TCEE. Pudiéndose recordar, sobre este particular, como el Tribunal, en su sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Comisión c. Consejo, 165/87, Rec. p. 5.545) ya ha ejercido esta facultad, al controlar la base jurídica del acto de conclusión del Consejo de la Convención internacional sobre el sistema armonizado de designación y de codificación de mercancías de 14 de junio de 1983. El Tribunal rechazó el recurso de la Comisión según la cual el acto debería haber estado únicamente basado en el art. 113 del Tratado y no también en sus arts. 28 y 235.

Un segundo ejemplo de esta posibilidad, se halla actualmente pendiente ante el TJCE, nos referimos al recurso presentado por el Gobierno de la República francesa, sobre la base del artículo 173 TCEE, por el que solicita al Tribunal que declare nulo y sin valor el Acuerdo firmado el 23 de septiembre de 1991 por la Comisión con el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de su respectivo derecho de competencia (Asunto C-327/91). Acuerdo éste por el que se establece un sistema de cooperación y de coordina-

ción entre la Comisión y las autoridades americanas competentes en materia de competencia.

En su escrito el Gobierno francés recuerda en primer lugar la posibilidad abierta por el Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975, al que ya nos hemos referido, a tenor de la cual, la cuestión de saber si la conclusión de un acuerdo determinado entra dentro de las competencias de la Comunidad y, en su caso, si estas competencias han sido ejercidas de conformidad con las disposiciones del Tratado, pueden ser sometida al Tribunal directamente por la vía del artículo 173 TCEE. A continuación, alega que el acuerdo litigioso constituye un acto atacable en virtud del mencionado artículo 173, remitiéndose al respecto a la jurisprudencia del Tribunal, y concretamente a la sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Reino Unido/Comisión, 114/86, Rec. p. 5.289), donde el Tribunal había declarado que «Para determinar si el acto impugnado constituye un acto susceptible de recurso de anulación al amparo del párrafo 1 del artículo 173 del Tratado, hay que recordar primeramente que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que hay que examinar la naturaleza del acto de que se trata más que la forma que reviste. En concreto, un acto no puede ser objeto de un recurso de anulación si no está destinado a producir efectos jurídicos». Según el Gobierno francés el acuerdo litigioso constituye un acto atacable en virtud del art. 173 TCEE, dado que la Comisión ha contraído, respecto del Gobierno de un tercer Estado, obligaciones que tendrán consecuencias sobre el ejercicio de poderes en el ámbito de la competencia, esto es, produce efectos jurídicos.

El Gobierno francés, basa su recurso en los siguientes argumentos: incompetencia de la Comisión para concluir dicho acuerdo, falta de motivación, desconocimiento del principio de seguridad jurídica y violación del derecho comunitario de la competencia. Vamos a detenernos, en razón de la materia examinada en el presente trabajo, brevemente en el argumento, a nuestro entender fundado, de falta de competencia de la Comisión para concluir el acuerdo examinado.

En efecto, el Gobierno francés estima que la Comisión no tiene competencia para concluir el citado acuerdo, desde el momento en que esta competencia está reservada por el TCEE al Consejo. Al respecto recuerda que el artículo 228-1.º del TCEE reduce la competencia de la comisión en la materia a un número muy limitado de acuerdos, tales como los relativos al reconocimiento de salvoconductos de la Comunidad (art. 7 del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de las Comunidades), o incluso a los acuerdos administrativos o de trabajo (p.e. los celebrados sobre la base del art. 229 del TCEE). Ahora bien, el acuerdo litigioso no entra dentro de este campo, sino que supera con creces estos ámbitos. Y desde esta perspectiva, recuerda como la Comisión constituye una institución de la Comunidad y no posee una personalidad jurídica distinta de la propia Comunidad. En ausencia de una disposición expresa del TCEE, la Comisión no posee capacidad para ser parte en un acuerdo con un tercer Estado, con la agravante que en la hipótesis en la que la Comisión fuera acusada de no respetar el acuerdo, sería la responsabilidad internacional de la propia Comunidad la que estaría en juego.

A nuestro entender el recurso del Gobierno francés está debidamente fundamentado y podría dar lugar a un pronunciamiento del Tribunal al respecto, con lo que esta jurisdicción se verá enfrentada a la posibilidad de tener que declarar nulo y sin valor el acto por el que la Comisión ha concluido el mencionado acuerdo dada la falta de competencia de esta institución a tenor de lo que dispone el TCEE. Esto, a la postre, pone en entredicho el acuerdo suscrito y puede desembocar en el terreno de la responsabilidad internacional de la Comunidad.

Finalmente, hay que referirse aunque sea brevemente al *procedimiento prejudicial*, destacándose al respecto como al haber reconocido el TJCE de manera reiterada —tal y como veremos—, que el acuerdo es un acto adoptado por una institución de la Comunidad en el sentido del art. 177 TCEE, el Tribunal va a ser competente de pronunciarse por vía prejudicial sobre el mismo. Ahora bien, normalmente será llamado a interpretar la disposición del acuerdo, y de ello existen múltiples ejemplos que examinaremos más tarde y que no plantean ninguna dificultad jurídica. Pero, podría ocurrir, que el TJCE tuviera que decidir sobre la validez de este acuerdo, en cuyo caso ya no estaríamos ante la simple interpretación sino ante un control del acuerdo. Ambas posibilidades están abiertas por la antes citada disposición que en el párrafo segundo de la letra b) dispone que «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial: b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad». De todas formas en estos supuestos, nos parece que estaremos dentro del ordenamiento jurídico comunitario y no en el internacional, puesto que el sujeto que celebra el acuerdo no es una institución de la Comunidad, sino la propia organización, de ahí que la interpretación o verificación de la validez de un acto de una institución, aunque pueda provocar efectos perjudiciales sobre la seguridad jurídica del acuerdo, permanecerá en la esfera interna de la organización.

Si todos los mecanismos de control *a posteriori* de la constitucionalidad del acuerdo celebrado por la Comunidad, van a poner en peligro su aplicación, pudiendo provocar la correspondiente responsabilidad de la CEE. Va a ser la vía abierta por el art. 173 TCEE la que de manera más manifiesta refleja la complejidad del problema, pues puede conducir a *la nulidad del acuerdo internacional*. Lo que no deja de ser una aberración jurídica, como han puesto de relieve tanto Kovar como Jacot Guillarmod (69), puesto que el acuerdo no constituye un acto unilateral, sino el fruto de un concurso de voluntades con una parte que no estará, por lo general, sujeta a la jurisdicción del Tribunal.

Esta consideración queda claramente expuesta en el artículo 42 de la Convención de Viena de 1986, a cuyo tenor:

«1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tal tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención. 2. La

(69) KOVAR: «La compétence...», *cit.*, p. 357; JACOT GUILLARMOD: *op. cit.*, p. 240.

terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrá tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado».

Por esta razón, este procedimiento a lo más que llegaría sería a suspender los *efectos internos del acuerdo*, con la consiguiente fragilización del mismo, lo que de todas formas no sería oponible al tercero parte contratante en el mismo, incurriendo en su caso la Comunidad en responsabilidad internacional (70).

De todos modos la seguridad del tercero va a verse afectada por cualquiera de los procedimientos a través de los que opere el control *a posteriori*. De ello era perfectamente consciente el propio Tribunal cuando en su citado Dictamen 1/75, reconocía que:

«una decisión judicial que constata eventualmente que... un acuerdo es en razón bien de su contenido, bien del procedimiento adoptado para su conclusión incompatible con las disposiciones del tratado, no dejaría de crear, no sólo en el plano comunitario, sino también en el de las relaciones internacionales, dificultades serias y correría el riesgo de perjudicar a todas las partes interesadas incluidos los terceros países».

La primera incertidumbre que surge deriva de la determinación del alcance de este control *cuando actúa sobre acuerdos mixtos*. Para algunos autores la naturaleza mixta de los mismos impide el ejercicio de un control por parte del Tribunal, así Joliet no ve como este Tribunal «podría arrogarse el poder de apreciar la validez de un tratado firmado y ratificado por los Estados miembros» (71).

Otros, en cambio, observando como los Estados miembros no van a participar en el acuerdo más que en la parte que corresponde a sus competencias, y no en la que es de competencia comunitaria, consideran, como es el caso de Louis, que «la posibilidad de control jurisdiccional queda intacta para las disposiciones que son de la competencia comunitaria» (72).

Por nuestra parte, pensamos que en la medida en que se reconozca al TJCE la facultad de controlar *a posteriori* los acuerdos celebrados por la Comunidad, tal facultad *se extiende también a la parte comunitaria* de los acuerdos mixtos. Lo que se verá facilitado en aquéllos de estos acuerdos en los que se contengan cláusulas delimitadoras de competencia. Mientras, en cambio, constituirá una tarea ardua y conflictiva en aquéllos acuerdos que carezcan de dichas cláusulas.

Ello debe conducir a un *reforzamiento de la prudencia* con la que el TJCE debe enfrentarse a este tipo de acuerdos. Por lo que no cabe más que reconocer,

(70) En esta línea, BOULOUIS: «La jûrisprudence...», *cit.*, p. 366; RIDEAU: «Les accords...», *cit.*, p. 386.

(71) JOLIET, R.: *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Les institutions. Les sources*, Liège, 1983, p. 251.

(72) LOUIS: *El ordenamiento...*, *cit.*, p. 87.

que esta posibilidad constituye una quiebra de la seguridad de terceros y una eventual fuente de conflictos. Aunque eventual, puesto que hasta el presente, el Tribunal no ha debido pronunciarse en contra de lo dispuesto en un acuerdo celebrado por la Comunidad, ni ha debido constatar la falta de competencia de ésta para haberlo concluido.

Su utilización en este terreno así como en el de los acuerdos puramente comunitarios, estará sometido a una interpretación restrictiva. Así, el control será únicamente de legalidad y no de oportunidad, en el sentido de que el TJCE no podrá juzgar ni sobre la adecuación del acuerdo a los objetivos que persigue ni sobre la oportunidad de celebrarlo.

Además deberá atravesar la difícil barrera de la *admisibilidad*, cuya excepción se presentará automáticamente por las instituciones comunitarias. Y en caso de prosperar la acción, se plantearía entonces la cuestión del alcance de la eventual nulidad del acuerdo o del acto relativo a su conclusión.

En este último supuesto entran en aplicación las normas generales contenidas en el derecho codificado de los tratados que establecen la primacía en el plano internacional de los acuerdos celebrados por la CEE sobre su Derecho originario.

Cabe recordar al respecto que el artículo 27, 2.º y 3.º de la Convención de Viena de 1986 establece que,

«2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado. 3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46» (73).

Se tratará de saber si un control de constitucionalidad en el que se constata la ilegalidad del acuerdo en relación con el Derecho originario, *entra dentro de la excepción* prevista en el artículo 46 del citado texto legal, donde se dispone que:

«2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental. 3. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado o cualquier organización internacional que proceda en la materia conforme a la práctica usual de los estados y, en su caso, de las organizaciones internacionales y de buena fe».

(73) Esta primacía aparece recogida también en una serie de textos convencionales multilaterales, p. e., en el art. 4, 6) del Anexo IX de la CNUDM de 1982, donde se señala que «en caso de conflicto entre las obligaciones de una organización internacional con arreglo a la presente Convención y las derivadas de su instrumento constitutivo o de cualesquiera actos relacionados con él, prevalecerán las previstas en la Convención».

Esto quiere decir que la Comunidad frente al tercero sólo podrá invocar como vicio de su consentimiento, al alegar la nulidad del acuerdo, la *violación manifiesta de una norma fundamental* que regula el procedimiento de celebración de los acuerdos. Ahora bien, dada la complejidad del mismo, dada también la existencia en su seno de competencias propias y de competencias pertenecientes a sus Estados miembros, cuyas fronteras ni son fijas ni son netas; difícilmente, pensamos, podrá la Comunidad tratar de escudarse, en caso de que el TJCE constatare una violación de este procedimiento, tras unas exigencias como las enunciadas en el art. 46 precitado. Lo que le llevaría a incumplir sus compromisos convencionales por una razón que el Derecho internacional considera como ilícita.

Esta posibilidad retuvo la atención del Abogado general C. Lenz, en sus conclusiones relativas al asunto 165/87, que enfrentaba, como veíamos, a la Comisión contra el Consejo respecto de la base jurídica en que debía fundamentarse el acto del Consejo de conclusión del acuerdo (74). Quien, partidario de la anulación de dicho acto (opinión que no seguiría el TJCE en su sentencia), se planteaba el efecto que ello podría tener sobre el acuerdo que, entre tanto, ya había entrado en vigor.

En relación con esto, y después de calificar al art. 46 de la Convención de Viena de 1986 de disposición esencial del derecho de los tratados, explicaba que la aprobación por parte del Consejo del acuerdo «ha tenido lugar en violación de normas internas relativas a la competencia para celebrar acuerdos internacionales, pero esta violación no es manifiesta para las demás partes en el Convenio. Por consiguiente, la Comunidad no podrá prevalerse de ello frente a sus interlocutores», concluyendo con la afirmación de que los compromisos de Derecho internacional público *deberían subsistir* a pesar de la anulación del acto.

En el marco de este razonamiento el artículo 228.2 TCEE, podría, a nuestro entender, tener una posible aplicación. Así, si el Tribunal declarase nulo el acuerdo, esta nulidad liberaría a los Estados miembros, de manera que no tendría que ajustar su comportamiento al citado acuerdo. Ello muestra como la obligación que vehicula esta disposición es una obligación comunitaria, pues el sujeto parte en el acuerdo, aquel que está vinculado internacionalmente por el mismo, no podría verse liberado de sus obligaciones por esta declaración de nulidad. Quiere decir esto que la Comunidad *debe seguir internacionalmente respetando* el acuerdo.

Ahora bien, el hecho de que este no se aplique a los sujetos de su ordenamiento interno puede ocasionar *serias dificultades* para que la Comunidad pueda ser capaz de cumplir sus compromisos convencionales, para estos caso, la Comisión proponía en sus observaciones en el asunto 165/87 examinado, que por razones de seguridad jurídica, se indicase que en estos caso se aplicaría el artículo 174, 2.º TCEE (75). El acto jurídico quedaría (hasta su subsanación) en vigor.

(74) Sta. del TJCE de 27 de septiembre de 1988 Comisión c. Consejo, 165/87, Rec. p. 3.545.

(75) Este artículo establece que «Si el recurso fuese fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos».

Por nuestra parte estimamos que en cuanto a los Estados miembros estos estarán obligados, en virtud del artículo 5 TCEE, a *colaborar con la Comunidad* para que ésta pueda cumplir con sus obligaciones internacionales.

De las consideraciones que preceden se puede concluir que el control *a posteriori* de los acuerdos celebrados por la CEE *no constituye en realidad una quiebra de las garantías que el Derecho internacional ofrece a las terceras partes en dichos acuerdos*. Aunque, eso sí, introduce dosis de incertidumbre. No obstante estas dudas son sobre todo de orden psicológico puesto que no pensamos que, hoy por hoy, el TJCE vaya a aventurarse a través de un tal control a poner en entredicho la credibilidad internacional de la Comunidad.

III. LA INTERPRETACION DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. Aspectos generales

La entrada en vigor en la esfera internacional del acuerdo suscrito por la Comunidad supone su inserción en el orden jurídico comunitario donde viene a ocupar un lugar en la jerarquía de sus fuentes. El acuerdo desde ahora es invocable ante los tribunales, bien por los particulares que podrán prevalerse de sus disposiciones que contengan efecto directo, o que requieran según los tribunales nacionales una interpretación del TJCE, o bien por los Estados miembros o por las instituciones a través de los oportunos recursos. Las instituciones y los Estados miembros adoptaran las medidas necesaria para la aplicación del acuerdo, en este sentido, al garantizar la observancia de los compromisos derivados del acuerdo cumplen con una obligación cara a la Comunidad que ha asumido la responsabilidad por la correcta ejecución del acuerdo.

Una vez celebrado el acuerdo por la Comunidad se plantea la cuestión de su *recepción en el orden jurídico comunitario*. En relación con ello y dada la parca redacción del artículo 228 TCCE donde se indica solamente que «los acuerdos serán concluidos por el Consejo», se ha suscitado la interrogante de saber si la conclusión bastará para permitir la inserción del acuerdo en este orden jurídico.

En una reciente sentencia de 20 de septiembre de 1990 (Sevince, C192/89, Rec. I-3.461), relativa a la interpretación del Acuerdo de asociación entre la CEE y Turquía de 1963, el TJCE tuvo la ocasión de reiterar su jurisprudencia constante en la materia, según la cual «las disposiciones de un acuerdo concluido por el Consejo, de conformidad con los artículo 228 y 238 del Tratado, forman parte integrante, a partir de la entrada en vigor del acuerdo, del orden jurídico comunitario» (76).

(76) Esta línea jurisprudencial fue iniciada en la Sentencia de 30 de abril de 1974 (Haegeman, 81/73, Rec. p. 449) , relativa a la interpretación del Acuerdo de Atenas de 1961. En ella el Tribunal había afirmado «4. que este acuerdo es, en consecuencia, en lo que concierne a la Comunidad, un acto adoptado por una de las instituciones de la Comunidad, en el sentido del artículo 177, apartado 1, b); 5.

Vinculando a las Instituciones de la Comunidad y a sus Estados miembros (Dictamen 1/91, de 15 de diciembre de 1991).

El Tribunal de Luxemburgo parece mostrarse favorable, pues, a una *recepção automática de los acuerdos*, sin que precisen de actos internos de transformación. Ahora bien, la naturaleza del acto por el que el Consejo concluye el acuerdo ha generado una amplia polémica entre los partidarios de la tesis monista y los favorables a una concepción dualista; aunque hoy en día cabe afirmar que la mayor parte de la doctrina sostiene la primera de estas dos interpretaciones (77).

En esta última línea consideramos que, ante la ausencia de disposiciones expresas, no va a ser necesaria la adopción de medidas particulares para introducir las obligaciones contenidas en un acuerdo celebrado por la CEE en su orden jurídico, puesto que, como señala Pescatore, una vez reconocido el hecho de que el Tribunal de Justicia ha hecho prevalecer concepciones decididamente monistas en las relaciones entre el Derecho comunitario y el nacional de los Estados miembros, y sobre la base de un necesario espíritu de coherencia, parece sostenible afirmar que no conviene cambiar radicalmente de concepción cuando se trata de las relaciones entre la Comunidad y terceros Estados, «a estas relaciones hay que aplicarles las mismas concepciones monistas, y aceptar por tanto que los compromisos internacionales pueden también, llegado el caso, el repercutirse directamente en el orden interno de la Comunidad» (78).

Siguiendo este razonamiento, y recordando la práctica utilizada por el Consejo a la hora de concluir los acuerdos, según la cual veíamos que por el mismo acto por el que esta aprobaba el acuerdo autorizaba su conclusión, reproduciéndose el texto del convenio en un anexo, siendo el conjunto publicado en el DOCE,

que las disposiciones del acuerdo forman parte integrante, a partir de la entrada en vigor de éste, del ordenamiento jurídico comunitario; 6. que, en el marco de este ordenamiento jurídico, el Tribunal es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de este acuerdo». Esta afirmación ha sido repetida posteriormente en otras sentencias de este Tribunal, entre las más recientes, además de la que figura en texto, caben citar, las Stas de 30 de septiembre de 1987 (Demirel, 12/86, Rec. p. 3.719, ap. 7), de 14 de noviembre de 1989 (Rep. helénica c. Comisión, 30/88, Rec. p. 3.711, ap. 12).

(77) PESCATORE: *L'ordre juridique...*, cit., p. 151; KOVAR, R.: «Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridique communautaire», *RMC*, n.º 176, 1974, pp. 351-354; KAPTEYN, P.: «The domestic law effect of rules of international law within the European Community System of law», *The Int. Lawyer*, 1974, pp. 75-76; CONSTANTINESCO, W. L. y SIMON, D.: «Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes», *RTDE*, 1975, p. 441; PIETRI, J. P.: «La valeur juridique (des accords liant la CEE)», *RTDE*, 1976, pp. 198-199; HUNNINGS, N.: «Enforceability of the EEC-EFTA free trade agreements», *ELR*, 1977, p. 126; «Enforceability of the EEC-EFTA free trade agreements: a reply», *ELR*, 1978, p. 29; SCHERMERS, H. G.: «Les relations de droit international public de la Communauté», *Trente ans de droit communautaire*, Bruxelles, 1981, p. 249; GROUX y MANIN: *op. cit.*, p. 118; LOUIS, J. V.: «Mise en oeuvre des obligations internationales de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et des ses Etats membres», *RBDI*, 1977, p. 122; RIDAU: «Les accords...», *cit.*, pp. 308-312.

(78) PESCATORE: *L'ordre juridique...*, cit., p. 151.

pudiendo adoptar la forma de decisión o de reglamento. Cabe observar que, sea una u otra la forma que adopte el acto interno comunitario, *su elección no modificará la naturaleza de los compromisos convencionales internacionales*, esto es, no los transforma en normas internas.

Las normas convencionales que obligan a la Comunidad en la esfera internacional *adquieren por sí mismas*, como sostiene Kovar (79), la cualidad de normas comunitarias, integrándose en cuanto tales en el orden jurídico de la Comunidad.

La función del acto interno, cristalizado en una decisión o en un reglamento, no va a ser la de transformar el acuerdo para hacerlo practicable en el orden interno comunitario, sino la de posibilitar el que dicho acuerdo sea concluido y consiguientemente el que la CEE se vea internacionalmente obligada.

En este sentido Kovar, quien advierte de los peligros que una solución de tipo transformista podría acarrear, considera que la intervención del Consejo *no modifica la naturaleza* de la norma convencional y subraya que «el reglamento está desprovisto de contenido normativo, no va a «crear» nuevas normas. El acuerdo no se ve transformado. No cabría tampoco sostener, transponiendo la «Vollzugtheorie», que va a adquirir la fuerza obligatoria que al reglamento le corresponde en el orden jurídico comunitario, puesto que el acuerdo le es jerárquicamente superior. Por lo demás, la decisión del Consejo no es necesaria para conferir al acuerdo fuerza obligatoria en el orden interno, ya que esta cualidad la posee por el Tratado. El reglamento o más generalmente la decisión del Consejo no es más que una norma introductiva que se impone *ipso iure* en el orden jurídico» (80).

La conclusión del acuerdo por el Consejo no va a significar, por tanto, el acto-condición *sine qua non* que posibilitará la aplicación automática del acuerdo internacional en tanto tal, y ello por que no hay que olvidar que es el acto por el que se perfecciona la voluntad de la Comunidad para obligarse por el acuerdo.

Y, por lo que se refiere al *momento* en que la aplicación automática tendrá lugar, el elemento determinante de la introducción de un acuerdo de esta naturaleza en el orden jurídico comunitario, viene dado por la entrada en vigor del acuerdo en cuestión en el ámbito internacional. Así, cuando se habla en un contexto comunitario de la entrada en vigor de un acuerdo, se está haciendo referencia al inicio de su eficacia *en la doble esfera internacional e interna*, puesto que ambos fenómenos coinciden en el tiempo.

Esto no significa que dicha entrada en vigor baste para que las disposiciones del acuerdo puedan o deban ser aplicadas por las instituciones comunitarias o por las autoridades nacionales. Esto dependerá, en último término, de su naturaleza: *self-executing* o *non self-executing*. Esto es de que su redacción sea o no lo suficientemente precisa como para que no sea necesario un ulterior desarrollo

(79) KOVAR: «Les accords liant...», *cit.*, p. 352.

(80) *Ibid.*, p. 352.

legal o reglamentario. En el segundo supuesto será preciso el que las citadas instituciones y autoridades adopten previamente las medidas legislativas o administrativas necesarias según el estado del Derecho comunitario en los ámbitos afectados por las disposiciones del acuerdo.

Ahora bien, las disposiciones *non self-executing* forman también parte integrante del orden jurídico comunitario desde la entrada en vigor del tratado, sólo que necesitan de un desarrollo interno para devenir operativas (81).

La entrada en vigor del tratado hará, pues, automáticamente nacer en el orden jurídico comunitario una obligación que vincula de la misma manera a las instituciones que a los Estados miembros. Sus efectos se imponen de manera abstracta *a todos los sujetos del Derecho comunitario*, sin que sea necesaria ninguna disposición interna de recepción ni en el Derecho comunitario ni en el Derecho nacional de los Estados miembros (82); o como afirma el TJCE «no puede admitirse que sus efectos en el seno de la Comunidad varíen en función de que su aplicación corresponda en la práctica a las instituciones comunitarias o a los Estados miembros y, en este último caso, según la postura que adopte el Derecho de cada uno de los Estados miembros con respecto a los efectos producidos, en su ordenamiento jurídico interno, por los acuerdos internacionales que haya celebrado» (83).

Corresponderá al Tribunal de Justicia el garantizar la *aplicación uniforme* del acuerdo en toda la Comunidad. En efecto, como el propio TJCE reconoce en su sentencia de 20 de septiembre de 1990 (Sevince, 192/89, Rec. p. 3.497), lo que fundamenta su competencia para interpretar los acuerdos celebrados por la Comunidad con terceros países u organizaciones internacionales en la necesidad de asegurar la aplicación uniforme en la Comunidad de todas las disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, para evitar que sus efectos no varíen según la interpretación que se les dé en los diferentes Estados miembros.

2. Alcance y significado del artículo 228-2 del Tratado de la Comunidad Económica Europea en el ámbito de la interpretación de los acuerdos internacionales por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

En el marco del ordenamiento jurídico comunitario el artículo 228.2 TCEE va a permitir el *fundar un recurso contra la institución o el Estado que no ejecuta debidamente la obligación de respetar* los compromisos emanados de los acuerdos celebrados por la Comunidad. Y, además, puede ser utilizado para contribuir a determinar los efectos de tales acuerdos en el orden jurídico comunitario y en especial en el territorio de los Estados miembros, acudiendo para ello al procedimiento de la remisión prejudicial.

(81) REMIRO: *Derecho...*, cit., p. 274.

(82) ACOT-GUILLARMOD: *op. cit.*, p. 94.

(83) Sta. de 26 de octubre de 1982, Kupferberg, cit., ap. 14.

El fundamento de ello se encuentra en que al conferir a la Comunidad el poder de celebrar acuerdos internacionales, los Estados miembros se han comprometido también a *respetar las consecuencias internas de la acción, convencional internacional* de ésta; sin que esto signifique que se vaya a establecer por ello un vínculo directo entre los Estados miembros y los Estados cocontratantes con la Comunidad (84).

Como es bien sabido, las normas generales del derecho de los tratados estipulan que un acuerdo sólo obliga, en principio, a aquéllos que son partes en el mismo. Desde esta perspectiva la obligación de respetar el acuerdo enunciada en el art. 228.2 TCEE *sólo puede tener un valor interno en la Comunidad* (85). Pero este valor no es en absoluto superfluo, pues como vamos a ver, la citada disposición tiene una razón de ser.

La entrada en vigor del acuerdo obliga a cada una de las partes a ejecutarlo. Por regla general la ejecución internacional de un tratado constituye una obligación de resultado, de ahí que el Derecho internacional se desentienda de la manera en que éstas vayan a aplicarlo en sus esferas internas. Esto es, corresponde a las partes fijar las modalidades de ejecución del acuerdo en su orden interno que estimen apropiadas, el único límite al que se someten es el de la exigencia de la ejecución de buena fe de los compromisos convencionales internacionales (86).

Esta idea ha sido recogida por el TJCE en su sentencia de 26 de octubre de 1982 (Kupferberg, 104/81, Rec. 3.641, ap. 18), al señalar que «Según las normas generales del Derecho internacional, las partes deben ejecutar todo acuerdo de buena fe. Aunque cada una de las partes es responsable de la ejecución completa de los compromisos que ha contraído, le corresponde en cambio determinar las medidas jurídicas adecuadas para alcanzar dicha finalidad en su ordenamiento jurídico, a menos que el acuerdo, interpretado a la luz de su objeto y de su finalidad, determine por sí mismo estas medidas». Véase igualmente en esta línea, la sentencia de 19 de octubre de 1989, Hoesch, 142/88, Rec. p. 3.413, punto 30.

Concluido el acuerdo va a corresponder pues a la Comunidad, por lo que se refiere a su orden jurídico determinar —si las disposiciones del acuerdo lo precisaran— las medidas necesarias para aplicarlo. Dichas medidas deberán ser adoptadas unas veces por las Instituciones comunitarias y otras veces por los Estados miembros, en *atención a los ámbitos de competencias que en razón del desarrollo del Derecho comunitario*, se vean afectados por el acuerdo.

Junto a esta ejecución de carácter jurídico, existe otra de naturaleza material, p.e., en un acuerdo de pesca, las actividades de policía marítima destinadas al control de los navíos o de las capturas. Tales acciones pueden corresponder a una institución comunitaria, como pueden recaer sobre los Estados miembros. En este sentido, llevan razón Louis y Bruckner cuando advierten que «los pro-

(84) En este sentido, igualmente, HELD, Ch. E.: *Les accords internationaux conclus par la CEE*, Laussane, 1977, p. 183.

(85) RIDEAU: «Les accords...», *cit.*, p. 44.

(86) JACOT-GUILLARMOD: *op. cit.*, p. 87.

blemas jurídicos que se refieren a la ejecución de un acuerdo internacional son idénticos a los derivados de la ejecución del derecho interno» (87).

Situados en esta perspectiva, aparece como el art. 228.2 TCEE no fue pensado por los redactores del Tratado de Roma como la base jurídica de la obligación internacional que asume la Comunidad de ejecutar de buena fe los acuerdos que suscribe, sino como el *fundamento de una obligación de naturaleza comunitaria que vincula a todos los sujetos de sus ordenamiento jurídico* (88).

En efecto, los Estados miembros deberán adoptar en sus respectivos órdenes jurídicos las medidas legislativas o reglamentarias que la aplicación del acuerdo precise. Esta obligación, por un lado, les viene impuesta, no por el acuerdo internacional en sí, sino por lo dispuesto en los artículos 228.2 y 5 del TCEE. Y, por otro lado, despliega sus efectos no frente a las partes en el tratado, sino frente a la organización y entre los Estados miembros (89).

Esta obligación nace desde que el tratado, debidamente celebrado, entra internacionalmente en vigor. Pues es a partir de este momento, como veíamos, que pasa a formar parte integrante del orden jurídico comunitario ocupando un lugar en la jerarquía de fuentes: subordinándose al Derecho comunitario originario, y primando sobre el Derecho comunitario derivado.

Lo que significa que tanto las instituciones como los Estados miembros han de respetar la primacía de las disposiciones convencionales internacionales sobre sus normas respectivas. Correspondiéndole al TJCE velar por la aplicación coherente y uniforme de dichas disposiciones, pudiendo en su caso acudir a la variada gama de competencias que en la materia le atribuye el Tratado de Roma.

El orden jurídico comunitario se *superpone* al de los Estados miembros, y, consiguientemente, las normas convencionales internacionales incorporadas en el primero *se aplicaran* en el segundo creando obligaciones a cargo de los Estados miembros. Esto significa que los jueces nacionales en la Comunidad podrán interpretar las disposiciones de los acuerdos celebrados por ésta, bajo el control del TJCE quien vigilará, a través de las decisiones prejudiciales para que estas interpretaciones sean tales que permitan la aplicación uniforme en el conjunto de la Comunidad (90).

(87) LOUIS y BRUCKNER: *op. cit.*, p. 193.

(88) En esta línea, COUVREUR P.: «Réflexions sur la portée et les effets de l'engagement conventionnel externe de la Communauté économique européenne», Hom. A. TRUYOLSERRA, T. I., Madrid, p. 331. Igualmente el prof. Monaco, quien estima que «dal punto di vista formale, essendo l'accordo concluso dalla Comunità, non sono (los Estados miembros) parti dell'accordo stesso e quindi non sono obbligati sul piano internazionale. Ma sono tenuti a darvi esecuzione, perché la disciplina convenzionale, in quanto produce in suoi effetti nell'ordinamento comunitario, vincola tutti i soggetti di tale ordinamento, ivi compresi gli stati», MONACO R.: *Lezioni di organizzazione internazionale*, Torino, 1985, p. 278.

(89) Esta es la opinión que mantienen también, GAJA G.: «A "New" Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations», *BYIL*, 1987, p. 264; BLECKMAN: *op. cit.*, p. 301.

(90) Véanse, p.e., Stas. de 16 de marzo de 1983, SPI y SAMI, 261 a 269/81, Rec. p. 801; de 16 de marzo de 1983, Singer y Geigy, 290-291/81, Rec. p. 81.

Así, la competencia del Tribunal destinada a interpretar un acuerdo internacional, puede referirse tanto al control de la validez de los actos comunitarios (p.e. Sta. de 22 de junio de 1989, *Fediol c. Comisión*, 70/87, Rec. p. 1.781), como al control de la compatibilidad de disposiciones legislativas nacionales con respecto al acuerdo (p.e. Sta. de 16 de marzo de 1983, *SPI y SAMI*, 267 a 269/81, Rec. p. 801). En este sentido, además, la competencia del Tribunal para asegurar la unidad de la interpretación del Derecho comunitario debe englobar la determinación del alcance y del efecto de las disposiciones contenidas en los acuerdos en vigor entre la Comunidad y los terceros Estados. Con independencia de que para el juez nacional se trate de apreciar la validez de los actos comunitarios o la compatibilidad de las legislaciones nacionales con los acuerdos que vinculan a la Comunidad.

Por otra parte, como ha tenido ocasión el Tribunal de subrayar repetidamente en su jurisprudencia (91), es necesario que las disposiciones de estos acuerdos *reciban la misma aplicación en el conjunto de la Comunidad*. Pues como advierte en el asunto *SPI y SAMI* (ap. 14), antes mencionado,

«toda divergencia en la interpretación y aplicación de las disposiciones que vinculan a la Comunidad respecto de terceros Estados tendría como consecuencia no sólo el comprometer la unidad de la política comercial que, según el artículo 113 del Tratado, debe fundarse en principios uniformes, sino también el crear distorsiones en los intercambios comunitarios como consecuencia de las divergencias en la aplicación que los acuerdos en vigor entre la Comunidad y los terceros Estados tendrían en los diferentes Estados miembros».

Los acuerdos internacionales que se integran en el orden jurídico comunitario van a gozar, como veíamos, de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional. Esto significa, que las disposiciones convencionales adquieren en todos los Estados miembros el mismo rango jerárquico, sin que sea preciso de ningún acto nacional de transposición. Esto es, las mencionadas disposiciones *se hacen operativas en el orden jurídico nacional* sin que sea necesario un acto jurídico expreso para incorporarlas. Lo que evidencia el *carácter comunitario de la obligación* que pesa sobre los Estados miembros de respetar y ejecutar estos acuerdos dentro de su ámbito competencial. Lo que implica el que, a la postre, las normas constitucionales de los Estados miembros que regulan la recepción de los acuerdos internacionales no van a aplicarse, como en cambio sí que sería el caso si estos Estados estuvieran directamente obligados por los acuerdos que celebra la CEE (92).

(91) P.e. Stas. de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Co.*, 21-24/72, Rec. p. 1.219; de 24 de octubre de 1973, *Schlüter*, 9/73, Rec. p. 1.135; de 30 de abril de 1974, *Haegeman*, 181/73, Rec. p. 449; de 11 de noviembre de 1975, *Nederlandse Spoorwegen*, 38/75, Rec. p. 1.439.

(92) Si estuvieran vinculados internacionalmente, estas disposiciones sería recibidas en los diferentes Derechos nacionales de los Estados miembros según lo dispuesto en sus normas convenciona-

Esta consideración se refleja también, en nuestra opinión, en la jurisprudencia del TJCE relativa al GATT, así, p.e., en el asunto *Nederlandse Spoorwegen*, ya citado, el Tribunal respondiendo al juez *a quo*, que le preguntaba si las obligaciones de Holanda en virtud del GATT debían ser apreciadas según el derecho holandés o el Derecho comunitario, afirmó que en la medida en que respecto de los compromisos previstos por el GATT, la Comunidad se ha substituido a los Estados miembros, el efecto jurídico constriñente de estos compromisos debe ser apreciado en relación con las disposiciones correspondientes al orden jurídico comunitario y no en relación con aquéllas que le daban precedentemente efecto en los órdenes jurídicos nacionales (93).

Este razonamiento, que se refiere a la substitución operada, en el marco de los compromisos emanados del GATT, de los Estados miembros por la Comunidad, se aplica *a fortiori* como subraya Rideau (94), a los acuerdos que celebra directamente la propia organización.

Parte integrante, pues, del Derecho comunitario las normas emanadas que los acuerdos celebrados por la CEE entrarán en contacto con los sistemas jurídicos nacionales. Este contacto se regirá por el «principio fundamental de la primacía del orden jurídico comunitario (Sta. del TJCE de 10 de octubre de 1973, Variola, 34/73, Rec. 981). Primacía que aparece claramente definida y consagrada en la sentencia de 15 de julio de 1964 (Consta c. Enel, 6/64, Rec. p. 111), y cuyas consecuencias son analizadas en la sentencia de 9 de marzo de 1978 (Simenthal, 106/77, Rec. p. 629). Primacía, en fin, que obliga al conjunto de las autoridades nacionales, cada una en el ámbito de sus funciones (Sta. de 13 de julio de 1972, Comisión c. Italia, 48/71, Rec. p. 529).

Ello implica, como señala Rodríguez Iglesias la «obligación del juez nacional, en el ámbito de su competencia, de garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria y, por consiguiente, de dejar en su caso inaplicada la ley nacional contraria, con independencia de que ésta sea anterior o posterior y de que la facultad de inaplicar las leyes le sea reconocida o no por su sistema constitucional» (95).

La eficacia de los compromisos convencionales derivados de los acuerdos comunitarios, la vigilancia y seguimiento de su correcta ejecución por los Estados miembros, va a verse garantizada por la *función de control conferida a la Comisión* en relación con los eventuales incumplimientos de los Estados miembros de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, el carácter obligatorio de la jurisdicción y el procedimiento de las cuestiones preju-

les, y no todos los sistemas, como se sabe, se adhieren al monismo, sino que los hay que exigen la transposición al derecho nacional, p.e., el Derecho danés. Sobre estos particulares, JACOT-GUILLARMOD: *op. cit.*, p. 97; BEBR: *op. cit.*, p. 43; MEESSEN: *op. cit.*, p. 487.

(93) Sta. de 19 de noviembre 1975, *Nederlandse Spoorwegen*, 38/75, Rec. p. 1.450, ap. 16.

(94) RIDEAU: «Les accords...» *cit.*, p. 407.

(95) RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «El Derecho comunitario europeo», *Instituciones de Derecho internacional Público* (DÍEZ DE VELASCO, M.), t. II, (7.ª ed.), 1990, p. 381.

diciales que permite la aplicación uniforme de estos compromisos convencionales en tanto normas comunitarias por los jueces nacionales.

Dentro de este marco, el artículo 228.2 TCEE no puede ser considerado, como ya dijimos, como una disposición superflua, sino que *su utilidad va a ser doble* (96).

En *primer lugar*, el no respeto por un Estado miembro de las disposiciones contenidas en un acuerdo, podrá ser calificado como «incumplimiento de una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado» (esto es, en virtud, del art. 228.2 TCEE), y por tanto puede constituir el fundamento jurídico de una acción de la Comisión (art. 169 TCEE), o de otro Estado miembro (art. 170 TCEE), destinada a constatar y sancionar este incumplimiento.

En *segundo lugar*, esta disposición, puede ser utilizada para contribuir a determinar los efectos de un acuerdo en el orden jurídico comunitario y en especial en el territorio de los Estados miembros, a través del procedimiento de las remisiones prejudiciales (art. 177 TCEE).

En el primer caso —constatación del incumplimiento—, que por el momento aún no se ha planteado y que dada la naturaleza del recurso y la dimensión del problema a debatir, pensamos que podrá encontrar una solución en la *fase precontenciosa*. En este caso, decimos, la Comisión o el Estado miembro demandante podrá invocar además del art. 228.2 el art. 5 TCEE, que enuncia la obligación general de colaborar para asegurar la ejecución de las obligaciones resultantes de los actos de las instituciones (97). Pero esta posibilidad no hace innecesario el artículo 228.2, pues como se desprende de la jurisprudencia del TJCE, el *artículo 5.1*) es utilizado como un medio para reforzar otras obligaciones comunitarias. Y, en este sentido, permitirá *consolidar la obligación* contenida en el artículo 228.2.

Así, el TJCE en su sentencia de 5 de junio de 1971 (Deutsche Gramophon, 78/70, Rec. p. 499, ap. 5) estimó que el artículo 5, 1),

«enuncia una obligación general de los Estados miembros cuyo contenido concreto depende, en cada caso particular, de las disposiciones del tratado o de las reglas que se deducen de sus sistema general».

En esta línea de ideas, el art. 228.2 constituye la *disposición concreta del Tratado* cuya aplicación debe asegurar el Tribunal. Por lo tanto, cumple una fun-

(96) Sobre este particular, véanse, entre otros: IMBRECHTS: *op. cit.*, pp. 64-65; HARTLEY, T.: «International Agreements and the Community Legal System: Some recent Developments», *ELR*, 1983, p. 389; MANIN: «L'article...», *cit.*, p. 293.

(97) En su excelente análisis de esta disposición, el prof. Constantinesco, observa como «il apparaît que l'article 5 du traité CEE et l'utilisation qui est faite par la Cour permettent de voir dans cette disposition l'énoncé d'un véritable principe fondamentale du droit communautaire: le principe de coopération. Ce principe illustre la "solidarité" et la "communauté" entre Etats membres et institutions communautaires», CONSTANTINESCO, V. L.: «L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire», *Liber am, P. Pescatore, cit.*, p. 114.

ción en el sistema del tratado y *no puede afirmarse, en nuestra opinión, que enuncie algo obvio o innecesario.*

En el segundo supuesto, al que nos referíamos, esto es en los casos de remisiones prejudiciales, el artículo 228.2 ha sido mencionado en múltiples ocasiones por el TJCE, a la hora de examinar la invocabilidad de un acuerdo ante los tribunales nacionales (p.e., en los asuntos, frecuentemente citados, *Bresciani*, *Polydor*, *Kupferberg* o *Demirel*). En estos casos el TJCE ha recordado que tal disposición implica el que los Estados están vinculados por los acuerdos. En algunos de estos litigios el Tribunal de Luxemburgo ha llegado a reconocer la aplicabilidad directa de las disposiciones convencionales que se examinaban.

Esta última consideración, dentro del campo que ahora examinamos, tiene un considerable relieve. Y ello porque la aplicabilidad directa contiene un *efecto de sanción* respecto de los Estados miembros que no han adoptado o tomado las medidas de ejecución necesarias para la aplicación de las normas convencionales. El efecto directo permite así a los particulares el encontrarse, a pesar de la inercia del Estado, en la misma situación que tendrían si éste hubiera efectivamente cumplido sus obligaciones (97 bis).

De este modo, si los artículos 169 y 170 TCEE reservan a la Comisión y a los Estados miembros la facultad de iniciar un procedimiento de constatación y sanción del incumplimiento por un Estado, la aplicabilidad directa va a permitir, a su vez, a los particulares —por intermedio de las jurisdicciones nacionales— que se conviertan en instrumentos del respeto por los Estados miembros de sus obligaciones (98).

Desde esta perspectiva, cabría pues sostener que frente a la aplicación de los acuerdos celebrados por la Comunidad, los Estados miembros, *más que como sujetos de Derecho internacional aparecen como órganos comunitarios*. De manera que la obligación que ejecutan es una obligación comunitaria, y para satisfacerla puede que necesite medidas tanto legislativas y ejecutivas, como judiciales. Ello además implica que la inacción en el desarrollo de estas funciones por el Estado miembro o su incorrecta realización pueden provocar la violación del acuerdo internacional. En cuyo supuesto *es la Comunidad* la que deberá responder internacionalmente, y *a su vez ésta podrá dirigirse* contra el Estado incumplidor por las vías judiciales internas que hemos examinado.

Esta conclusión creemos que igualmente se aplica, *mutatis mutandis*, a los acuerdos mixtos, por los que quedan internacionalmente obligados los Estados

(97 bis) Recientemente el TJCE ha tenido la ocasión de profundizar su análisis del efecto directo, en particular en las sentencias de 13.11.90, *Marleasing*, S.A., C-106/89, Rec., p. I-4.135, y de 19.11.91, *A. Francovich* y *D. Bonifaci*, C-6/90 y C-9/90, Rec., p. I-5.337.

(98) «La vigilancia por los particulares interesados de la salvaguardia de sus derechos conduce a un control eficaz que se añade al que los artículos 169 y 170 confía a la diligencia de la Comisión y de sus Estados miembros», decía el TJCE en la famosa sentencia de 5 de febrero de 1965, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. p. 9.

miembros y la Comunidad, y en los que ambos actúan de manera conjunta en el ejercicio de sus respectivas competencias.

En estos acuerdos hay, como es sabido, materias que caen dentro del ámbito competencial de los Estados miembros, y otras que lo hacen en el de la Comunidad. En el primer caso se puede establecer una relación directa entre los Estados miembros y las demás partes cocontratantes, esta relación que se ajusta a las reglas generales del derecho de los tratados *es ajena al Derecho comunitario*.

Pero además, la Comunidad ha concluido también el acuerdo, y éste genera unos efectos en su ordenamiento jurídico, en este segundo caso los Estados miembros estarán obligados a respetarlos, ahora bien, aquí ya *no se tratará de una obligación internacional sino comunitaria*. Y es en este sentido como el TJCE ha interpretado, pensamos, el vínculo que engendra el artículo 228.2 TCEE.

De este modo en su sentencia de 5 de febrero de 1976 (Bresciani, 87/75, Rec. p. 129, ap. 18), al referirse a un acuerdo mixto, concretamente el Convenio de Yaundé de 1963, este Tribunal afirmó que «el Convenio había sido celebrado no sólo en nombre de los Estados miembros, sino también en nombre de la Comunidad, razón por la cual aquéllos quedan vinculados en virtud del artículo 228».

Por otra parte, no hay que olvidar que un acuerdo mixto puede no sólo afectar a todos los Estados miembros, sino que a veces involucra *únicamente a alguno o algunos* de ellos. En este caso, el TJCE en su dictamen 1/76 de 26 de abril 1977 (Fondo Europeo de la Navegación interior, Rec. p. 741), creemos que *ha distinguido* entre la obligación internacional que corresponde a aquellos de los Estados miembros que son partes en el acuerdo, de la obligación comunitaria que en virtud del artículo 228.2 va a generarse para la totalidad de los Estados miembros de la conclusión de dicho acuerdo por la Comunidad.

En este sentido, el TJCE constata en el citado dictamen (ap. 7), que «los efectos jurídicos del Acuerdo para los Estados miembros, resulta, de conformidad con el artículo 228.2, del Tratado, exclusivamente de la conclusión de aquél por la Comunidad». Nos parece claro, que se está refiriendo a los efectos jurídicos del Acuerdo en el orden jurídico comunitario, pues los efectos jurídico del acuerdo de naturaleza internacional son fruto del principio *pacta sunt servanda* y se origina directamente respecto de aquellos Estados miembros que sean partes en el mismo por el mero hecho de su ratificación.

Además pensamos, que esta interpretación va a venir favorecida por el hecho de que en sede de acuerdos mixtos, la Comunidad es la responsable de la *aplicación uniforme* de los acuerdos frente a los terceros Estados contratantes. A ello, parece que se refiere el TJCE cuando, p.e., en la Sta. de 30 de septiembre de 1987 (Demirel, 12/86, Rec. p. 3.719, ap. 11), al aludir al Acuerdo mixto con Turquía, declaraba que es la Comunidad «quien ha asumido la responsabilidad de la correcta ejecución del acuerdo».

Por otra parte, los terceros Estados contratantes con la Comunidad, no tienen por qué sufrir las consecuencias de las relaciones intracomunitarias, cuan-

do aceptan tratar a la vez con la Comunidad y sus Estados miembros. Esta orientación se refleja nítidamente en la evolución de la jurisprudencia comunitaria en la materia, que de afirmar en un primer tiempo que no era necesario el revelar a los terceros contratantes el reparto de competencias en la materia entre la Comunidad y los Estados miembros, porque ello constituye una cuestión interna en la que aquéllos no pueden intervenir (Deliberación 1/78, de 14 de noviembre de 1978, en virtud del art. 103TCEEA, Rec. p. 2.151); ha pasado a reconocer que cuando se trata de determinar una cuestión de competencia, es interés de todos los Estados involucrados, y entre ellos los terceros Estados contratantes, que esta cuestión quede clara desde el inicio de las negociaciones (Dictamen 1/78, de 4 de octubre 1979, Acuerdo internacional sobre el caucho, Rec. p. 2.871) (99).

La institución competente para determinar si estas condiciones de forma y de fondo se dan en el acuerdo de que se trate (100) va a ser el TJCE; esto es, *un órgano jurisdiccional de una de las partes del tratado*, por lo que sus decisiones no se impondrán a las restantes partes contratantes. En cambio sí que obligarán a los Estados miembros.

Las medidas que adoptaran los Estados miembros para asegurar el respeto de las disposiciones convencionales, son controlables por el órgano jurisdiccional de la Comunidad, son pues *medidas internas* de la organización. No creemos que además exista una obligación internacional cara a los interlocutores convencionales de la Comunidad.

En este sentido merece especial atención la sentencia de 30 de septiembre de 1987 (Demirel, 12/86, Rec. p. 3.719), que constituye sin duda otra de las «importantes» decisiones del Tribunal de Luxemburgo en la materia. En este asunto, ya el Abogado general M. Darmon en sus conclusiones presentadas el 19 de mayo de 1987, y al analizar detalladamente la sentencia Kupferberg, *destacaba la naturaleza comunitaria de la obligación* de los Estados miembros frente a los acuerdos celebrados por la CEE. Así en el punto 12 de sus conclusiones indica que,

«la jurisprudencia del Tribunal de justicia es muy clara por lo que respecta al carácter comunitario de la obligación impuesta a los Estados miembros de respetar los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad, así

(99) En relación con estos problemas, conectados a su vez con la cuestión de la seguridad jurídica de las relaciones convencionales, la CDI en su comentario al art. 36 bis del Proyecto Final, constataba como «los Estados que celebran tratados con la CEE han hecho observar en muchas ocasiones que subsisten graves incertidumbres sobre los efectos de las relaciones entabladas de este modo, ya se trate de la aplicación de la responsabilidad, del ejercicio de la protección diplomática o de cualquier otra cuestión», *ACDI*, 1982, vol. II (2 p.), p. 48 (n.º 111).

(100) «La compatibilidad de un acuerdo con las disposiciones del Tratado debe ser en efecto evaluada teniendo en cuenta el conjunto de normas del Tratado, es decir, tanto las normas que determinan el alcance de las competencias de las instituciones de la Comunidad como las normas de fondo», decía el TJCE en su dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975, Rec. p. 1.357.

como a la misión que incumbe al propio Tribunal de Justicia, en el marco de sus competencias de interpretar las disposiciones de dichos acuerdos con el fin de hacer posible su aplicación uniforme».

El Tribunal va a seguir a su Abogado general, al realizar una *lectura puramente comunitaria de la sentencia Kupferberg*, señalando en el considerando 11 de su sentencia que «En efecto, como ya ha advertido este Tribunal en su sentencia de 26 de octubre de 1982 (Kupferberg, 104/81, Rec. 1982, p. 3.641), al garantizar el respeto de los compromisos que se derivan de un acuerdo celebrado por las instituciones comunitarias, los Estados miembros cumplen, en el ordenamiento comunitario, una obligación que tienen *para con la Comunidad*, que es quien ha asumido la responsabilidad de la correcta ejecución del acuerdo».

En un asunto reciente, sentencia de 13 de julio de 1990 (Sevince C-192/89, Rec. I-3.461), el Abogado general M. Darmon, en sus conclusiones de 15 de mayo de 1990, volvió de nuevo a *hacer hincapié en el contenido comunitario* de la obligación que tienen los Estados miembros de garantizar el respeto de los compromisos emanados de los acuerdos celebrados por la Comunidad, al recordar en el punto 7 de sus conclusiones la interpretación que la sentencia Demirel hace de la sentencia Kupferberg.

Esta jurisprudencia reciente del TJCE refleja que todo acuerdo celebrado por la Comunidad va a engendrar en cuanto a su ejecución dos tipos de obligaciones. Una de *naturaleza internacional*, la de la Comunidad, que asume la responsabilidad de la correcta ejecución del acuerdo frente a los terceros interesados. Y, otra, de *carácter comunitario*, la de los Estados miembros que al garantizar el respeto de los compromisos derivados del acuerdo cumplen una obligación que tienen para la Comunidad.

En el supuesto de la primera categoría de obligaciones, serán los *mecanismos de solución de controversias*, los que, en su caso, valoren o solucionen la correcta ejecución del acuerdo por la Comunidad. Mientras que en el segundo tipo de obligaciones, será el TJCE el que determinará si el Estado miembro o las Instituciones comunitarias del art. 228.2 TCEE). Lo que nos lleva a examinar la cuestión de la invocabilidad de los acuerdos en vía judicial.

3. La invocabilidad de los acuerdos internacionales en vía judicial

En el Derecho internacional clásico predominó la concepción según la cual un acuerdo internacional como tal *no puede crear directamente* derechos y obligaciones para los sujetos de los ordenamientos internos de cualquiera de sus partes, ello estaba en consonancia con el grado de desarrollo por entonces de la vida internacional. De este modo, el objetivo de un tratado sería el de producir efectos internacionales y no internos, y en este sentido se pronunció el TPJI con ocasión de su dictamen en el asunto de la competencia de los tribunales de Dantzig (101).

Si bien el Tribunal de La Haya también reconoció la posibilidad de que, en razón del objeto del tratado o de la intención de las partes, cupiera deducirse la existencia de determinadas reglas que engendraban derechos y obligaciones para los individuos susceptibles de ser aplicadas por los tribunales nacionales. El elemento esencial, de todas formas, iba a ser la *voluntad de las partes*.

Ahora bien, como ha puesto de relieve la doctrina (102), la dinámica internacional ha provocado, por un lado, que *lo que era una excepción se convierta en una consecuencia relativamente frecuente* de un tratado, que vendrá así a incidir en los sistemas jurídicos internos de las partes contratantes, modificando los derechos y obligaciones de los sujetos de derecho interno. Lo que ocurrirá también en el caso del Derecho comunitario, donde dada su especificidad se interconectan al orden jurídico comunitario los derechos nacionales, por lo que la incidencia de los tratados se opera asimismo sobre los *derechos de sus Estados miembros*, por lo que la gama de sujetos susceptibles de verse afectados se amplía considerablemente.

Y, por otro lado, que a la hora de determinar los efectos internos de un acuerdo, la concepción subjetivista (voluntad de las partes) haya ido perdiendo protagonismo, de manera que se tiende en la actualidad sobre todo a interpretar las características del tratado y de las disposiciones en él contenidas, produciéndose una *objetivación del razonamiento jurídico* y la consiguiente ampliación de las probabilidades por las que un acuerdo produce efectos internos (103).

El ordenamiento jurídico comunitario va a sentir también los efectos de los acuerdos concluidos por la CEE, estos efectos variarán según la naturaleza de sus disposiciones, algunas de éstas, por su carácter *self-executing* posibilitarán el que los particulares puedan prevalerse en ellas y solicitar la actuación de las justicia, otras, por ser *non self-executing*, exigirán un desarrollo legislativo o reglamentario por las autoridades comunitarias o nacionales, según el ámbito competencial afectado por las mismas. Pero en todo caso un tratado celebrado por la CEE, que ha entrado en vigor y es parte integrante de su ordenamiento, *puede ser invocada en vía judicial por los sujetos de dicho ordenamiento*. Correspondiendo al TJCE responder afirmativa o negativamente a tal pretensión, y ello después de interpretar el acuerdo y las disposiciones que se invocan, bien directamente, o, bien con ocasión de una remisión prejudicial, puesto que al no detentar el TJCE el monopolio de la función judicial comunitaria, sino que lo comparte

(102) P.e., VERHOEVEN, J.: «La notion d'applicabilité directe en droit international», *RBDI*, 1980, pp. 243 ss; SCHERMERS, H.: «The Direct Application of Treaties with Third states: Note Concerning the Polydor and Pabst Cases», *CMLR*, 1982, pp. 564 ss; IMBRECHTS, L.: «Les effets internes des accords internationaux des Communautés européennes», *Rev. d'I.Eur.*, n.º 1, 1986, pp. 59 ss; GROUX y MANIN: *op. cit.*, pp. 122 ss. Esta evolución es acertadamente resumida por Ganshof van der Meersch al interrogarse sobre si es «inconsidéré de penser que, dans un monde dont l'internationalisation va croissant et où la conscience de la nécessité de la protection des droits de l'homme apparaît de plus en plus justifiée, la présomption de l'application directe de la règle de droit international s'impose de manière générale», GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.: «La règle d'application directe», *RBDI*, 1980, p. 354.

(103) IMBRECHTS: *op. cit.*, p. 60.

con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, ha llevado a la creación de los procedimientos prejudiciales, instrumentos esenciales para la conservación del Derecho comunitario, y cuya finalidad es la de asegurar, en toda circunstancia, a este Derecho el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad.

El Tribunal de Justicia se ha visto confrontado en los últimos años a un número creciente de asuntos conectados con esta problemática. En todos ellos el Tribunal de Luxemburgo ha examinado con carácter previo su competencia para interpretarlos. Esta competencia se ha ido consolidando a medida que entraban nuevos asuntos referidos a una pluralidad de acuerdos de diversas naturalezas y alcance. Competencia que se ha ampliado hasta cubrir inclusive a las decisiones adoptadas por los organismos institucionales creados por algunos de estos acuerdos (los Consejos de asociación).

Como el TJCE viene continuadamente repitiendo desde su sentencia de 30 de abril de 1974 (Haegeman, 181/73, Rec. p. 459), las disposiciones de un acuerdo celebrado por el Consejo, de conformidad con los artículos 228 y 238 del Tratado, *forman parte integrante a partir de la entrada en vigor* de este acuerdo, del orden jurídico comunitario (104). Lo que significa que los sujetos de este ordenamiento podrán solicitar la actuación de la justicia para que en relación con los mismos se examine la validez de un acto comunitario o de una medida nacional. Ahora bien, esto no quiere decir que la posibilidad invocar un acuerdo internacional ante el TJCE se limite a las cuestiones relativas a la apreciación de la validez de un acto como podría suponerse de su asimilación con un acto comunitario en el sentido del art. 177, 1.º b) del TCEE, sino que abarcan otros aspectos tanto del procedimiento prejudicial como de los procedimientos directos.

En este sentido corresponde al juez comunitario — quien debe asegurar el respeto del derecho y por tanto también de las normas convencionales internacionales— la facultad de interpretar el acuerdo internacional. Esta labor es fundamental y posibilita el salvaguardar la coherencia y la aplicación uniforme de estas normas convencionales en el orden jurídico comunitario (105).

Esta interpretación podrá desarrollarse tanto en el ámbito de las *remisiones prejudiciales como en el marco de los recursos directo*, ora se trate de la constatación de una nulidad (acto comunitario contrario a un acuerdo), de la constatación de una omisión (no aplicación por las instituciones de un acuerdo internacional) o, en fin, de la existencia de una responsabilidad extracontractual (existencia de un daño causado como consecuencia de la aplicación del acuerdo);

(104) Entre las sentencias más recientes, las de 30 de septiembre 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3.719, ap. 7; de 14 noviembre 1989, Grecia c. Comisión, 30/88, Rec. p. 3.711, ap. 12; de 13 de julio de 1990, Sevince, 192/89, Rec. p. I-3461, ap. 8.

(105) Véase un referencia expresa a ello en las sentencias del TJCE de 26 de octubre de 1982, Kupferberg, 104/81, Rec. p. 3.641; de 16 de marzo de 1983, SPI y SAMI, 267 a 269/81, Rec. p. 801; de 20 de septiembre de 1990, Sevince, 192/89, Rec. p. I-3461.

ora se refiera a la constatación de un incumplimiento (incumplimiento por un Estado miembro de una obligación derivada de un acuerdo internacional). Esta función del TJCE aparece claramente expuesta en el punto 38 de su Dictamen 1/91, de 15 de diciembre de 1991, cuando afirma que

«... el acuerdo es un acto adoptado por una de las Instituciones de la Comunidad, en el sentido de la letra b) del párrafo segundo del artículo 177 del Tratado CEE, y que, por consiguiente, este Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre su interpretación. Asimismo es competente para pronunciarse sobre este Acuerdo en el caso de que los Estados miembros de la Comunidad incumplan las obligaciones que les incumben en virtud del mismo».

La interpretación, por lo demás, será *independiente* de la naturaleza de la disposición convencional, es decir, no estará supeditada a su carácter *self* o *non self-executing*, sino que se justificará por el hecho de haber pasado a formar parte del derecho comunitario. En efecto, el carácter no directamente aplicable de la disposición convencional a interpretar no va a constituir un obstáculo a su interpretación prejudicial, como resulta de la sentencia de 20 de mayo de 1976 (Mazalai, 111/75, Rec. p. 657, p. 7). Y en este sentido el Tribunal en su sentencia de 22 de junio de 1989 (Fediol c. Comisión (Fediol IV), 70/87, Rec. p. 1.825, aps. 19 a 22) ha interpretado en el marco de un recurso de nulidad las disposiciones del GATT sin que ello lo haya subordinado a la existencia o no de efectos directos en el mismo.

El examen, pues, por el TJCE de las disposiciones contenidas en un acuerdo celebrado por la Comunidad no dependerá, pese a lo que parecía desprenderse de sus sentencias en los asuntos International Fruit Co y Schlüter (106), de la aplicabilidad directa de las mismas. En efecto la evolución de su jurisprudencia muestra como la exigencia de que el acuerdo cree derechos en favor de los particulares para poder examinar la validez de los acuerdos comunitarios ha sido abandonada (107).

La aplicación jurisdiccional de las disposiciones convencionales dependerá entonces, no de la posibilidad de que engendren derechos tras los que se puedan prevaler los interesados, sino de la *naturaleza de las obligaciones* que genere, que permitan al juez el controlar la compatibilidad con ella de los actos comunitarios o nacionales (108).

Las disposiciones contenidas en un acuerdo internacional podrán, por tanto, ser invocadas ante los tribunales en el orden jurídico comunitario, bien ante el

(106) Stas. de 12 de diciembre de 1972, International Fruit Co. 21 a 24/72, Rec. p. 1.219; y de 24 de octubre de 1973, Schlüter, 9/73, Rec. p. 1.135.

(107) Véanse, p.e., las Stas. de: 7 de febrero 1973, Schroeder, 40/72, Rec. p. 125, de 19 de noviembre de 1975, Nederlandse Sporwegen, 38/75, Rec. p. 1.439; de 5 de mayo de 1981, Dürbeck, 112/80, Rec. p. 1.095.

(108) RIDEAU: «Les accords...», *cit.*, p. 362.

juez nacional, en la medida en que estas normas se insertan en los derechos nacionales, y en este caso los particulares podrán alegar contra su Estado los efectos inmediatos que derivan de una obligación impuesta a éste por el acuerdo; o bien ante el TJCE por medio de recursos directos.

Asimismo, hay que señalar que la interpretación del TJCE podrá recaer tanto sobre los acuerdos puramente comunitarios como sobre los acuerdos mixtos (109). En este último caso el Tribunal, sin determinar si la disposición en cuestión entra en el ámbito competencial comunitario o en el de los Estados miembros, examina si es competente para interpretarla. Y ello porque todo acuerdo mixto, es *también un acuerdo concluido por la Comunidad*, y en tal sentido engendra obligaciones de naturaleza comunitaria a cargo de los Estados miembros, pudiendo su alcance ser objeto de una interpretación por el Tribunal (110).

Finalmente, se debe destacar la competencia que tiene el TJCE para interpretar las *decisiones de los Consejos mixtos* que crean los acuerdos de asociación. Tal ampliación del ámbito jurisdiccional del Tribunal comunitario aparece claramente recogido en su sentencia de 20 de septiembre de 1990 (Sevince, C-192/89, Rec. I. p. 3.461), donde responde en este sentido a unas cuestiones prejudiciales provenientes del Raad van State de los Países Bajos relativas a la interpretación de ciertas disposiciones de unas Decisiones del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo por el que se Crea una Asociación entre la CEE y Turquía, firmado en Anjara el 12 de septiembre de 1963 (DO 217, p. 3.685). Y más concretamente, y por lo que nos interesa, a la pregunta de si «El artículo 177 del Tratado CEE ¿debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros es competente para plantear al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la interpretación de las Decisiones del Consejo de asociación que son controvertidas en el presente caso, si tal cuestión se suscita ante dicho órgano, y si considera que es necesaria una solución sobre este punto para dictar su sentencia? A esta pregunta responde afirmativamente el TJCE, estimando que las decisiones de estos Consejos forman parte del ámbito de aplicación del artículo 177 del TCEE.

A esta conclusión llega a través del argumento siguiente: recuerda en primer lugar que según una reiterada jurisprudencia las disposiciones de un acuerdo celebrado por la Comunidad forman parte integrante, a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo, del ordenamiento jurídico comunitario. Se refiere a continuación a una previa sentencia del Tribunal en la que este ya había declarado que debido a su vinculación directa con el Acuerdo que aplican, las decisiones del Consejo de Asociación, forman parte, por igual razón que el propio Acuerdo, y a partir de su entrada en vigor, del ordenamiento jurídico comunitario (ver sentencia de 14 de noviembre de 1989, Grecia/Comisión, Rec. p. 3.711, ap. 13). Lo

(109) P.e., entre otras, la Sta. del TJCE de 24 de noviembre de 1977, Razanašimba, 65/77, Rec. 2.229, relativa a la Convención de Lomé.

(110) Véase, en relación con ello, el análisis contenido en las conclusiones del Abogado general, M. Darmon en el asunto Demirel (Sta. de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3.719).

que le lleva a considerar que dado que el Tribunal es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre el Acuerdo en tanto que acto adoptado por una de las instituciones de la Comunidad, también lo es para pronunciarse sobre la interpretación de las Decisiones adoptadas por el órgano establecido mediante el Acuerdo y encargado de su aplicación» (111).

El TJCE ha debido pronunciarse en diversas ocasiones sobre la aptitud de un acuerdo para ser invocado ante la justicia, y a pesar de la diferente naturaleza que puede éste tener (mixto o puramente comunitario), el órgano jurisdiccional ha aplicado un *razonamiento similar*.

Este razonamiento fue sistematizado en una reciente sentencia del Tribunal en la materia. La sentencia de 31 de enero de 1991 (Bahía Kziber, 18/90, Rec. p. I-199, ap. 15), donde se afirma que «es de jurisprudencia constante (ver sentencia de 30 de septiembre de 1987, Demirel, punto 14, 12/86, Rec. p. 3.719) el que una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno».

El punto de partida para determinar la aptitud de un acuerdo a ser invocado en vía judicial lo constituye el *examen de la voluntad de las partes* contratantes y la verificación en cada caso si éstas se han pronunciado positiva o negativamente al respecto. Si tal voluntad no consta en el texto del tratado, incumbe a las jurisdicciones competentes el interpretarlos» (112). A la hora de realizar tal labor pondrán en práctica los criterios mencionados en la sentencia Sevince precitada.

(111) Esta orientación jurisprudencial del TJCE ha sido criticada por el Gobierno alemán en sus observaciones en el asunto C-237/91 (Kazim Kus/Landeshauptstadt Wiesbaden), al contestar la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la interpretación de las decisiones adoptadas por el Consejo de asociación instituido por el Acuerdo de asociación de Ankara, al tiempo que ha solicitado que el reexamen de esta jurisprudencia sea realizado por el Tribunal en formación de Gran Pleno. El Tribunal ha tenido, pues, la oportunidad de aclarar su interpretación y lo ha aprovechado en el sentido de reafirmar la línea jurisprudencial abierta en el asunto Sevince, tal y como se constata en el punto 9 de su sentencia de 16 de diciembre de 1992, Kazim Kus, C-237/91, aún no publicada en la Recopilación. Esta orientación aparece claramente ampliada en su reciente sentencia de 21 de enero de 1993, Deutsche Shell Aktiengesellschaft, C-188/91, aun no publicado en la Recopilación, al estimar que las recomendaciones (esto es, un acto desprovisto de efecto obligatorio) de una Comisión mixta pueden ser objeto de interpretación por el tribunal en el marco de una remisión prejudicial.

(112) En este sentido creemos que debe leerse el ap. 17 de la Sta. Kupferberg (Rex. 1982, p. 3.641), cuando después de recordar que no cabe olvidar el origen internacional de las normas convencionales, añade que «con arreglo a los principios del Derecho internacional, las instituciones comunitarias competentes para negociar y concluir un acuerdo con un tercer país, gozan de libertad para concertar con éste los efectos que las disposiciones del acuerdo deben surtir en el ordenamiento jurídico interno de las partes contratantes. Sólo cuando dicha cuestión no haya sido regulada en el acuerdo corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes y en especial al Tribunal del Justicia, en el marco de sus competencias con arreglo al Tratado, dirimirla, al igual que cualquier otra cuestión de interpretación referida a la aplicación del acuerdo en la Comunidad.

Criterios que como se observa no se alejan de los enunciados en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1986.

Situados ya ante la segunda posibilidad, esto es, ausencia de manifestación de voluntad por las partes, el Tribunal pasará a examinar la disposición de que se trate, para ello analizará en primer lugar el *acuerdo en el que ésta se inserta*, para determinar así si, ni la naturaleza del mismo ni su sistemática, imposibilitan el que un interesado pueda invocarlo ante una jurisdicción comunitaria. Una vez resuelto esto, analizará la *disposición en su contexto* para precisar su alcance y finalidad. Y, finalmente, examinará la disposición de que se trata para ver si la obligación que contiene *es clara y precisa y puede ser invocada* por los particulares.

Así pues, el TJCE al interpretar la disposición del acuerdo invocado podrá determinar si ésta además está revestida de un *efecto directo*. Pero en este caso no cabe hablar de una extensión pura y simple de los métodos elaborados por este Tribunal a partir de su célebre sentencia Van Gend en Loos para el efecto directo de las disposiciones comunitarias en sentido estricto, puesto que al tener aquellas su origen en unos instrumentos convencionales cuyas características no son las mismas que las del Tratado de Roma, las normas derivadas de los acuerdos internacionales *no gozan de la presunción de aplicabilidad directa* que se consagra en las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional.

El Abogado general M. Darmon en sus conclusiones en el asunto Demirel ha explicado con claridad esta situación, al señalar que «en términos más generales se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, para reconocer efecto directo a un acuerdo internacional, al igual que para la aplicación de las normas comunitarias en sentido estricto, este Tribunal identifica las características de la disposición que procede aplicar. Ahora bien, mientras que en Derecho comunitario la voluntad de las Partes contratantes de conferir derechos subjetivos por medio de los tratados se considera ya algo fuera de toda discusión, de manera que la aplicabilidad directa depende solamente del carácter preciso y completo de la norma que proceda aplicar, no puede presumirse una intención semejante en materia de aplicación de un acuerdo internacional. Así pues, el Tribunal de Justicia, en esta materia, comienza por indagar si la «naturaleza» o el «sistema general del acuerdo» se oponen a la posibilidad de invocar directamente alguna de sus estipulaciones. Para responder acto seguido, a la cuestión de «si una estipulación de este tipo no está sujeta a condición alguna y es lo suficientemente precisa como para producir efecto directo», el Tribunal considera en primer lugar, que es preciso analizar dicha cuestión tanto a la luz del objeto y del fin perseguido por este acuerdo, como de su contexto» (113).

Así pues, el juez comunitario indaga en primer lugar si la *naturaleza y objeto del acuerdo* impiden la invocación de las disposiciones contenidas en el mismo. La aplicación de este criterio se extrae con nitidez de una jurisprudencia

(113) Sta. de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3719 (esp. 3.742). Véase, igualmente, el desarrollo de estos criterios en sus conclusiones en el asunto Sevince (Sta. de 13 de julio de 1990, (Sevince, 192/89, Rec. p. I-3461).

constante del TJCE, y ha sido analizada con detenimiento por la doctrina» (114). Esta jurisprudencia abarca acuerdos de libre comercio con países de la AELE, p.e., el celebrado entre la Comunidad y la República portuguesa (Sta. de 9 de febrero de 1980, Polydor, 270/80, Rec. p. 329; de 26 de octubre de 1982, Kupferberg, 104/81, Rec. 1982, p. 3.641) acuerdos relativos a un régimen de tránsito con países de la AELE (p.e. Sta. de 21 de enero 1993, Deutsche Shell Aktiengesellschaft, aún no publicada en la Recopilación); Convenios de asociación con Estados africanos y malgache (Sta. de 5 de febrero de 1976, Bresciani, 87/75, Rec. p. 129) y con los ACP (Sta. de 24 de noviembre de 1977, Razanatsimba, 65/77, Rec. p. 2.229); acuerdos de asociación como el celebrado con Grecia (Sta. de 29 de abril de 1982, Pabst y Richarz, Rex. p. 1.331) o con Turquía (Stas. de 20 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rex. p. 3719; de 20 de septiembre de 1990, Sevince, C-192/89, Rec. I-3461); acuerdos de cooperación, como el establecido con Marruecos (Sta. de 31 de enero de 1991, Bahía Kziber, C-18/90, Rec. p. I-199).

En estos supuestos el Tribunal reconoció que ni la naturaleza ni el objeto de los mismos se oponían a que estos acuerdos pudieran ser invocados ante la justicia comunitaria. Otra fue en cambio la conclusión a la que llegó esta Institución en diferentes asuntos que se referían a la aplicación de disposiciones del GATT (Stas. de 12 de diciembre de 1972, International Fruit Co., 21-24/72, Rec. p. 1.219; de 24 de octubre de 1973, Schlüter, 9/73, Rec. p. 1.135; de 16 de marzo de 1983, SIOT, 266/81, Rec. p. 731; y de 16 de marzo de 1983, SPI y SAMI, 267-269/81, Rec. p. 801), donde fundamentándose en la gran flexibilidad del Acuerdo General, el TJCE rechazó la posibilidad de que éste generara efectos directos en el marco del Derecho comunitario.

Ello no significa, no obstante, como recuerda el propio Tribunal en una reciente sentencia (Sta. de 22 de junio de 1989, Fediol c. Comisión, 70/87, Rec. p. 1.781, ap. 19), que los sujetos de derecho no puedan invocar ante el Tribunal las disposiciones del Acuerdo general con el fin de verificar si un comportamiento denunciado constituye una práctica comercial ilícita. Además, va a añadir que la gran flexibilidad de las disposiciones del GATT no impiden el que el Tribunal interprete y aplique las reglas del Acuerdo General en relación con un caso concreto con el fin de examinar si ciertas prácticas comerciales deben con-

(114) A título ilustrativo, cabe entre otros citar: BERGERES, Ch.: «L' applicabilité directe des conventions internationale es conclues par la CEE», *Rec. Dalloz*, 1984, pp. 105 ss; IMBRECHTS, L.: «Les effets internes des accords internationaux des Communautés européennes», *Rev.d'I. Eur.*, n.º 1, 1986, pp. 59 ss; BEBR, G.: «Agreements concluded by the Community and their possible direct effect: from International Fruit Company to Kupferberg», *CMLR*, 1983, pp. 41 ss; GROUX, J.: «L' invocabilité en justice des accords internationaux des Communautés européennes», *RTDE*, 1983, pp. 3 ss; TAGARAS, J.: «L' effet direct des accords internationaux de la Communauté», *CDE*, 1984, pp. 15 ss; MARCHISELLO, A.: «L' efficacia diretta degli accordi internazionali della Comunità europea dopo la sentenza Kupferberg», *Riv.D.I.*, n.º 2, 1984, pp. 260 ss; TIZZANO, A.: «Recenti sviluppi sul tema di accordi internazionali della CEE», *DCe degli Sci.*, 1981, pp. 14 ss; CAEIROS, A.: «L' effet direct des accords internationaux conclus par la CEE», *RMC*, n.º 282, 1984, pp. 526 ss; NOLTE, G.: «Case 12/86, Meyrem Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmüd, Judgment of 30 september 1987», *CMLR*, n.º, 1988, pp. 403 ss.

siderarse incompatibles con dichas reglas. Por lo demás, y como ya hemos indicado, la facultad de interpretación de los acuerdos internacionales por el TJCE no puede limitarse a aquellas de sus disposiciones que gocen de efecto directo.

El Tribunal se ha referido expresamente en varias de las sentencias citadas al *objeto del acuerdo*. Así en el asunto Pabstz y Richarz, mencionaba el hecho de que el acuerdo de asociación preparaba la entrada de este país en la Comunidad. Un razonamiento parecido, con algunas matizaciones, se ha seguido en las sentencias Demirel y Sevince, respecto al acuerdo con Turquía (115). En la sentencia Bresciani, el TJCE declaraba que el desequilibrio de obligaciones asumidas por la Comunidad frente a los EAMA que deriva de la naturaleza específica de la Convención de Yaundé, no constituye un obstáculo para el reconocimiento del efecto directo de ciertas disposiciones. Parecida es también la argumentación que se recoge en la sentencia Bahía Kziber (116).

También dentro de este marco de análisis cabe referirse a como, el TJCE, en su sentencia Kupferberg, admitió la posibilidad de la aplicabilidad directa de un acuerdo de libre cambio, a pesar de la existencia de un marco institucional particular para las consultas y negociaciones entre las partes, que puede incluso autorizarle a adoptar medidas unilaterales» (117).

Otro aspecto examinado, igualmente, en esta sentencia, fue la cuestión de la *reciprocidad* del acuerdo y si una posible declaración de efecto directo de sus disposiciones en el Derecho comunitario, cuando no fuera acompañada de una medida similar por los restantes cocontratantes iría contra el principio de la reciprocidad. A lo que a responder el TJCE negativamente, al declarar que «Según las normas generales del Derecho internacional, las partes deben ejecutar todo acuerdo de buena fe. Aunque cada una de las partes es responsable de la ejecución completa de los compromisos que ha contraído, le corresponde en cambio

(115) P.e., en su ap. 15 la Sta. Demirel señala que «El acuerdo que nos ocupa comprende, según sus artículos 2 a 5, una fase preparatoria que permita a Turquía reforzar su economía con ayuda de la Comunidad, una fase transitoria consagrada a la realización progresiva de una unión aduanera y al acercamiento de las políticas económicas, y una fase definitiva basada en una unión aduanera y que implica el fortalecimiento de la coordinación de las políticas económicas». En igual sentido se manifiesta el Tribunal en su Sentencia Sevince (ap. 20).

(116) En esta última sentencia, de la que aún no hay traducción castellana, el TJCE declaraba en su ap. 21 «L'Accord a, en effet, pour objectif, comme cela a déjà été exposé, de promouvoir une coopération globale entre les parties contractantes, notamment dans le domaine de la main d'oeuvre. La circonstance que l'Accord vise essentiellement à favoriser le développement économique du Maroc et qu'il se borne à établir une coopération entre les parties sans viser à une association ou a une future adhésion du Maroc aux Communautés n'est pas de nature a empêcher l'applicabilité directe de certaines de ses dispositions».

(117) En su ap. 20 esta sentencia señala que «El sólo hecho de que las partes contratantes hayan creado un marco institucional especial para las consultas y negociaciones mutuas relativas a la ejecución del acuerdo no basta para excluir toda aplicación jurisdiccional del mismo. La circunstancia de que un órgano jurisdiccional de una de las partes aplique, en un litigio concreto pendiente ante ella, un disposición del acuerdo que implica una obligación incondicional y precisa y que, por consiguiente, no exige ninguna intervención previa del Comité mixto, no afecta a la competencia que el acuerdo confiere al mencionado Comité».

determinar las medidas jurídicas adecuadas para alcanzar dicha finalidad en su Ordenamiento jurídico, a menos que el acuerdo, interpretado a la luz de su objeto y finalidad, determine por sí mismo estas medidas. Con esta última reserva, la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales de una de las partes estimen que determinadas estipulaciones del acuerdo son directamente aplicables, mientras que los órganos jurisdiccionales de la otra parte no admiten esta aplicabilidad directa, no constituye, en sí misma y por sí sola, una falta de reciprocidad en la aplicación del acuerdo» (ap. 18)» (118).

Admitido por el Tribunal que la naturaleza y el objeto del acuerdo no se oponen a la aplicabilidad directa de sus disposiciones, va a pasar en una segunda fase a comprobar si del *tenor de estas disposiciones* se deduce la existencia de una obligación suficientemente precisa que no esté subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a la intervención de ningún acto ulterior.

Esta operación exige, previamente, la *ubicación de la disposición en su contexto para precisar su alcance y finalidad*, de ahí el que el Tribunal no se limite a la redacción de la disposición y a su similitud con otra disposición del Tratado de Roma —lo que, en principio, abogaría por su aplicabilidad directa. Pues como, claramente advierte el TJCE, p.e. en sus sentencias, Polydor, Bresciani o Pabst, la similitud de los términos no es razón suficiente para aplicar al sistema del acuerdo la jurisprudencia comunitaria relativa a un artículo del Tratado CEE.

De ahí el que el Tribunal proceda a situar la disposición analizada en el marco del acuerdo al que pertenece; y así, p.e., en sus sentencia Kupferberg (ap. 29) señala que «aunque el artículo 21 del Acuerdo (CEE/Portugal) y el artículo 95 tienen el mismo objeto, puesto que van dirigidos a la eliminación de las discriminaciones fiscales, sin embargo, cada una de estas disposiciones, que además están redactadas en términos diferentes, ha de ser considerada e interpretada en su propio marco». De lo que se deriva la imposibilidad de transponer, *por simple analogía*, las interpretaciones que se han dado a una disposición del TCEE a otra disposición similar contenida en un acuerdo internacional (119).

(118) Rideau valora acertadamente, a nuestro entender, como «la réponse négative donnée sur ce point, c'est-à-dire la constatation de l'absence d'une atteinte à la réciprocité par une telle situation, ne signifie pas, pour autant, qu'une atteinte réelle a la réciprocité empêcherait la reconnaissance de l'invocabilité puisqu'alors la question ne serait plus de savoir si la disposition est ou non invocable mais si on applique ou non l'accord», RIDEAU: «Les accords...», *cit.*, p. 378.

(119) Este razonamiento es el seguido también en el Dictamen 1/91 referido al Proyecto de Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, donde compara los objetivos y el contexto del Acuerdo proyectado con los del Derecho comunitario (punto 13). Dejando claramente expuesto que «El hecho de que el tenor de las disposiciones del Acuerdo es idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica. En efecto, un Tratado internacional no ha de interpretarse exclusivamente en función de los términos en que está redactado, sino también a la luz de sus objetivos. El artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece a este respecto que un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin» (punto 14).

Una vez localizada en su contexto, y en conexión con éste, el TJCEE pasa a efectuar la *exégesis de la disposición convencional* de que se trate, a fin de determinar si la obligación que contiene es *clara, precisa e incondicionada*. Y así, p.e., el Tribunal en el asunto Demirel ha rechazado la aplicabilidad directa de las disposiciones controvertidas del Acuerdo de asociación con Turquía, al considerar que éstas revestían un carácter esencialmente programático y no constituir disposiciones suficientemente precisas e incondicionales como para regular directamente la circulación de los trabajadores (aspecto debatido). Por lo que va a estimar que no constituyen normas de derecho comunitario directamente aplicables en el ordenamiento interno de los estados miembros (120).

Mientras que en su sentencia Bahía Kziber, el Tribunal ha considerado que las disposiciones examinadas contenidas en el Acuerdo de cooperación con Marruecos «lejos de revestir un carácter puramente programático, establecen, en el ámbito de las condiciones de trabajo y de remuneración y en el de la seguridad social, un principio susceptible de regir la situación jurídica de los particulares» (121), por lo que va a reconocer su aplicabilidad directa.

El examen por el Tribunal puede llevar a constatar que tanto del tenor de la disposición convencional en cuestión, como del objeto y de la naturaleza del acuerdo en que aquélla se haya inserto, dicha disposición es susceptible de una aplicación directa, y que, por tanto es apta para conferir a los diferentes sujetos del ordenamiento jurídico comunitario, derechos que han de ser tutelados por los órganos jurisdiccionales. El reconocimiento de la aplicabilidad directa de las disposiciones contenidas en los acuerdos celebrados por la CEE, va a ir en el sentido de un reforzamiento de su papel en el tráfico convencional internacional y del fortalecimiento del propio Derecho internacional (122).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La participación de la Comunidad europea en el tráfico convencional internacional es cada vez más intensa como se refleja en el denso entramado de acuerdos internacionales celebrados por ella. Estos acuerdos constituyen, desde su entrada en vigor internacional, fuentes de derechos y obligaciones no sólo internacionales (art. 26 CV86), sino también comunitarias (art. 228.2 TCEE). Esta última eventualidad explica la importancia de la actividad judicial desplegada por el TJCE en este terreno, ya que a él va a corresponderle, por un lado, deter-

(120) Sta. de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rex. p. 3.719, aps. 23 y 25.

(121) Sta. de 31 de enero de 1991, Bahía Kziber, C-18/90, Rec. p. I-199.

(122) «Lorsqu'on accorde don à un particulier le droit d'invoquer, devant les juridictions compétentes, une disposition d'un accord international, et los que celles-ci sont en droit de les faire appliquer, une mise en pratique plus correcte de l'accord est à prévoir», IMBRECHTS: *op. cit.*, p. 61. En igual sentido, SCHERMERS: «The direct...», *cit.*, p. 565; MARCHISELLO: *op. cit.*, p. 278; JACOT-GUILLARMOD: *op. cit.*, p. 116.

minar la conformidad del acuerdo con el orden constitucional comunitario; y, por otro lado, interpretar dicho acuerdo, en tanto parte integrante del ordenamiento comunitario, cuando sus disposiciones sean invocadas judicialmente, ora en vía contenciosa, ora en vía prejudicial.

En estos supuestos el TJCE debe velar no sólo por que el Derecho comunitario sea respetado, sino también por que no se vean afectados los derechos que los acuerdos internacionales confieren a los terceros contratantes. Esta preocupación se hace especialmente palpable cuando el alto órgano jurisdiccional comunitario actúa en el ejercicio de su condición de intérprete supremo de la «Constitución comunitaria» a través del control de la legalidad de los acuerdos.

Y, al respecto, hemos observado como la obligación de cumplir los compromisos convencionales, la seguridad del tráfico jurídico, unido a la necesidad de preservar la «Constitución», aconsejan que toda incertidumbre en cuanto a la compatibilidad del acuerdo o referida al papel de la Instituciones y de los Estados en el *treaty-making process* sea despejada antes de la conclusión del mismo. Lo que aparece plasmado en la propia jurisprudencia, dónde cada vez son más frecuentes los ejemplos de control previo mientras que, en cambio, sólo existen ciertos atisbos de control *a posteriori*. En nuestra opinión, ello no significa, sin embargo, el que este último tipo de control no esté previsto en el Derecho comunitario, sino que la posibilidad de que pueda conducir a un incumplimiento internacional del acuerdo va a exigir del Tribunal una extrema prudencia.

Por consiguiente, es a través de la vía consultiva, prevista en el art. 228, 1.º-2 del TCEE, como el control de la legalidad de los acuerdos por el TJCE se viene esencialmente desarrollando. Se trata, como hemos visto, de una práctica relativamente reciente, puesto que se remonta tan sólo a mediados de los años setenta, y que conoce en la actual década un desarrollo inusitado, como ejemplifican los tres dictámenes recientemente adoptados (1/91, 2/91 y 1/92) y el actualmente pendiente ante esta jurisdicción (2/92).

En relación con este tipo de control, hemos constatado como, a pesar de tratarse de un mecanismo eminentemente preventivo, la práctica en la materia muestra como el TJCE ha interpretado con bastante liberalidad el momento de presentación de la solicitud del dictamen, lo que contrasta con otros procedimientos de controles previos de la constitucionalidad de los tratados, como, p.e., el previsto en el art. 78 de nuestra LOTC. En relación con ello nos parece conveniente el que la solicitud de dictamen se interponga en un momento lo suficientemente avanzado de las negociaciones para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre un proyecto de texto completo, pero que no sea tampoco demasiado tarde, puesto que en este caso podría atentarse contra los principios que recoge el Derecho de los tratados, y entre ellos el de la obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor, proclamado en los arts. 18 de los Convenios de Viena de 1969 y 1986.

Por lo que respecta a la finalidad de esta forma de control, hemos observado como el TJCE en sus sucesivos dictámenes ha ido consolidando una interpretación amplia de su competencia consultiva, que abarca no sólo el control de la

validez material del acuerdo proyectado (conformidad del acuerdo con las disposiciones del TCEE), sino también el de su regularidad formal (competencia de las instituciones comunitarias y respecto de los procedimientos previstos por el Tratado). Lo que, a la postre, está convirtiendo este mecanismo en un instrumento privilegiado para solucionar los conflictos interinstitucionales al permitir que la Comisión eleve al TJCE cualquier diferencia que con ocasión de la celebración de un acuerdo le enfrente al Consejo. Mientras que el Tribunal se consolida como el órgano facultado para regular las competencias internacionales de la Comunidad.

Por lo que se refiere a los sujetos legitimados, vemos como, también en este sector, el Tribunal está favoreciendo una interpretación amplia que permite al Parlamento europeo el participar, a pesar del silencio de los textos legales, en el procedimiento consultivo.

El examen de los distintos ejemplos que nos ofrece la jurisprudencia, nos lleva a considerar que el control previo de la constitucionalidad de los acuerdos por el TJCE, al permitir aportar una mayor certeza al acuerdo, va influir de manera positiva en la seguridad de las relaciones convencionales en las que participa la CEE. Al tiempo que va a reforzar la especificidad y autonomía del orden jurídico comunitario al evitar su contaminación o dilución proveniente de disposiciones contenidas en acuerdos internacionales que estén en contradicción con el mismo.

Al estudiar el control con posterioridad a la entrada en vigor del acuerdo internacional, hemos visto como esta posibilidad ha generado una amplia polémica en la doctrina. Por nuestra parte, y apoyándonos en el análisis de la jurisprudencia, nos hemos decantado por el reconocimiento de esta facultad al TJCE. Considerando al respecto que esta Institución puede ser llamada a actuar tanto por la vía contenciosa como por la prejudicial, pudiendo, además, pronunciarse tanto sobre el propio acuerdo como sobre los actos conectados con el mismo.

En relación con ello nos parece, que si bien todos los mecanismos de control *a posteriori* pueden poner en peligro la aplicación del acuerdo activando consecuentemente la responsabilidad internacional de la Comunidad, es, sin duda, la vía abierta por el art. 173 del TCEE la que ejemplifica mejor la complejidad del problema, dado que puede llevar a la anulación unilateral del acuerdo en contradicción con las normas internacionales generales (art. 27 CV86). Sin que la Comunidad pueda en estos casos, a nuestro entender, escudarse tras la excepción prevista en el art. 46-2.º CV86), puesto que difícilmente se podría alegar frente al tercero una violación manifiesta de una norma fundamental que regula el procedimiento comunitario de celebración del acuerdo, dado el carácter tan peculiar del mismo. Por esta razón pensamos que estos procedimientos a lo más que llegarían es a suspender los efectos internos del acuerdo, con la consiguiente fragilización del mismo, lo que no sería, de todas formas, oponible al tercero, por lo que la Comunidad podría incurrir en responsabilidad.

La entrada en vigor en la esfera internacional del acuerdo provoca, de manera automática, el nacimiento en el orden jurídico comunitario de una obliga-

ción que vincula a las instituciones y a los Estados miembros (art. 228.2). Sus efectos se imponen de manera abstracta a todos los sujetos del Derecho comunitario, sin que sea necesaria ninguna disposición interna de recepción ni en el orden comunitario ni en el orden nacional. El acuerdo es desde ahora invocable en vía judicial, correspondiéndole al TJCE el garantizar su aplicación uniforme en toda la comunidad.

En este ámbito, la competencia de interpretación del Tribunal, podrá referirse tanto al control de la validez de los actos comunitarios, como al control de la compatibilidad de disposiciones legislativas nacionales respecto del acuerdo. Y, además, va a posibilitar el que se determinen los efectos de tales acuerdos en el orden jurídico comunitario acudiendo para ello al procedimiento prejudicial.

En el transcurso de los años el TJCE se ha visto confrontado a un número cada vez mayor de asuntos de esta naturaleza. En todos ellos ha examinado con carácter previo la cuestión de su competencia para interpretarlos. Esta competencia se ha visto consolidada a medida que entraban nuevos asuntos referidos a una pluralidad de acuerdos internacionales de diversa naturaleza y alcance, llegando a abarcar, incluso, a las decisiones de los órganos mixtos establecidos por los mismos.

Esta jurisprudencia muestra, por otro lado, como el examen que el Tribunal realiza de las disposiciones contenidas en un acuerdo celebrado por la comunidad no va a depender de la aplicabilidad directa de la misma, sino más bien de la naturaleza de las obligaciones que origine y de la posibilidad que ofrezcan al juez comunitario de contrastar la compatibilidad de los actos comunitarios o nacionales con las mismas.

El reconocimiento por el TJCE, en algunos casos, del efecto directo de disposiciones contenidas en ciertos acuerdos —a través de un razonamiento propio a esta materia y por tanto alejado de una extensión pura y simple de los métodos elaborados para el efecto directo de las disposiciones comunitarias en sentido estricto—, produce, en nuestra opinión, un efecto muy saludable en las relaciones convencionales internacionales al reforzar el alcance del acuerdo a nivel comunitario, lo que no dejará de reflejarse también, dada la singularidad del orden jurídico comunitario, en un incremento paralelo (aunque sólo fuera psicológico) de la seguridad jurídica de los terceros contratantes.