

LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO DE LOS TRATADOS: UNA RELACIÓN COMPLEJA*

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA
Catedrática de Derecho internacional público
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. LA UE Y LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS.—2. ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS.—3. LAS MODULACIONES EN LA CAPACIDAD DE CELEBRAR TRATADOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS.—4. EL RECURSO A LAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL.—5. LA REDUCIDA PRÁCTICA EN MATERIA DE RESERVAS A LOS TRATADOS.—6. LA UTILIDAD DE LOS ACUERDOS *INTER SE*: APROVECHANDO LAS POTENCIALIDADES DEL DERECHO INTERNACIONAL.—7. LA APOTEOSIS DE LAS CLÁUSULAS Y LOS RIESGOS CONSENTIDOS DE LA CLÁUSULA DE DESCONEXIÓN.—8. LAS DIFICULTADES DE CALIFICACIÓN.—8.1 ¿Hay tratados ocultos?—8.2. ¿Hay acuerdos inventados?—8.3 La *non nata* Decisión sobre el *Brexit*: ¿Un acuerdo político, un acuerdo para interpretar o también para enmendar?—9. LAS REPERCUSIONES DE LA PRÁCTICA CONVENCIONAL DE LA UE SOBRE EL SISTEMA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: UN BREVE APUNTE DESDE LA PERSPECTIVA DE ESPAÑA.—10. PARA TERMINAR: UNA AVENTURA ESTIMULANTE EN UN TERRENO DE CONFLUENCIA.

La acción exterior de la Unión Europea (UE) está generando una nutrida práctica convencional. La base de datos de la Oficina de Tratados del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) ofrece en la actualidad una relación de 880 tratados bilaterales¹ y 259 multilaterales². Además, en los últimos años, los Estados miembros de la Unión han recurrido también a los tratados internacionales para afrontar determinadas situaciones excepcionales, tales como la crisis económica y financiera y otras distintas y más recientes.

Sin duda, esta abundante práctica convencional ofrece aspectos muy interesantes desde la perspectiva interna del Derecho de la UE y está dando lugar a importantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

* La primera versión de este trabajo se expuso en la Jornada en Homenaje a Gil Carlos Rodríguez Iglesias celebrada el 8 de abril de 2016 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Su autora renueva desde estas páginas su adhesión a tan merecido reconocimiento.

¹ <http://ec.europa.eu/world/agreements/searchByType.do?id=1> (última consulta: 14 de junio de 2016).

² <http://ec.europa.eu/world/agreements/searchByType.do?id=2> (última consulta: 14 de junio de 2016).

(TJUE) sobre cuestiones tales como las competencias de cada institución en el proceso de celebración, las exigencias derivadas de los principios de equilibrio institucional y cooperación leal, las decisiones híbridas, etc.³ La doctrina especializada viene prestando atención a este ámbito, existiendo diversas contribuciones recientes que resultan esclarecedoras⁴, pero la práctica a la que nos referimos también es relevante desde la perspectiva del Derecho internacional, y en particular desde el punto de vista del Derecho de los tratados, pese a lo cual quizá ha merecido menos atención⁵.

El presente trabajo pretende sumarse al análisis desde esta específica dimensión, centrándose en sus aspectos más sobresalientes⁶, que ponen de relieve que en su práctica convencional la UE sabe sacarle partido a las posibilidades de regulación que brinda el Derecho de los tratados, adaptándolas legal y legítimamente a sus necesidades, aunque en ocasiones roza el límite de las previsiones normativas de ese Derecho de los tratados o se plantean dificultades de calificación. El resultado de todo esto es una relación fructífera pero también compleja entre la UE y el Derecho de los tratados, en la que la

³ Entre las más recientes, cabe recordar: Sentencia Parlamento/Consejo, C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025; Sentencia Parlamento y Comisión/Consejo, C-103/12 y C-165/12, ECLI:EU:C:2014:2400; Sentencia Comisión/Consejo, C-28/12, ECLI:EU:C:2015:282; Sentencia Comisión/Consejo, C-425/13, ECLI:EU:C:2015:483; Sentencia Parlamento/Consejo, C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435.

⁴ Limitándonos a las obras que ofrecen perspectivas generales, se pueden citar entre otras: HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *Mixed Agreements Revisited. The EU and its Members States in the World*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010; BARONCINI, E., «L'Unione Europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, 2013, núm. 1, pp. 5-37; EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, Nueva York, 2.^a ed., Oxford University Press, 2011; CREMONA, M. (ed.), *Developments in EU External Relations Law: Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 2008; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el tercer pilar*, Cizur Menor, Thomson, Civitas, 2009; CREMONA, M. y DE WITTE, B. (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Oxford, Hart Publishing, 2008; y DASHWOOD, A. y MARESCEAU, M. (eds.), *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁵ Cabe citar no obstante: NEFRAMI, E., *Les accords mixtes de la Communauté Européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruselas, Bruylant, 2007; VERVEY, D. R., *The European Community, the European Union and the International Law of Treaties. A Comparative Legal Analysis of the Community and Union's External Treaty-Making Practice*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2004. Algunos se centran en el análisis de la jurisprudencia del TJUE, es el caso de PASCUAL VIVES, F. J., *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; ODERMATT, J., «The Use of International Treaty Law by the Court of Justice of the European Union», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, núm. 17, pp. 121-144. Sin centrarse concretamente en el Derecho de los tratados, véanse: CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R. A. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012; y WOUTERS, J., NOLLKAEMPER, A. y DE WET, E. (eds.), *The Europeanisation of International Law: the Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2008; sin olvidar la siempre útil obra de DIEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

⁶ Conviene advertir que se han seleccionado los que se han considerado como rasgos más singulares, aunque ello ha obligado a dejar a un lado algunos extremos que también presentan interés. Inevitablemente, la práctica que aquí se ofrece no puede ser exhaustiva pero se ha procurado que sea suficientemente representativa y expresiva de las características más señeras. De otro lado, el elevado número de textos citados ha impedido, por razones de límite de espacio y por tanto de fuerza mayor, indicar las referencias de cada uno en el *DOUE*; no obstante, la base de datos del SEAE ofrece una ficha individual de cada acuerdo, disponible en <http://ec.europa.eu/world/agreements/default.home.do>.

Unión está haciendo aportaciones interesantes si bien se plantean asimismo algunos problemas.

1. LA UE Y LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS

Con carácter general, las Organizaciones internacionales contemplaron con cautela la iniciativa de codificar el Derecho de los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales. En su Primer informe, el relator especial Paul Reuter reconocía:

«Las organizaciones internacionales han tenido presentes dos preocupaciones contradictorias: por una parte, el vivo deseo de que se aplique el mismo régimen jurídico a los tratados entre Estados y a los acuerdos de organizaciones internacionales y, por otra parte, el deseo de no coartar la libertad creadora de las organizaciones internacionales con normas que no se adaptarían plenamente a sus necesidades, de manera que el desarrollo de sus actividades revele progresivamente el alcance de aquellas normas»⁷.

La Comunidad Económica Europea (CEE) formuló observaciones al proyecto de artículos⁸ y participó en la Conferencia de Viena. Philippe Manin ha puesto de relieve que estuvo entre los participantes más activos, aunque:

«The Community arrived at the Conference somewhat on the defensive. Not convinced of the need for the exercise and long hesitant about the wisdom of taking part, it finally decided to participate, mainly so that it could prevent the Conference becoming, as has often happened, the source of rules of practice that could later be used against it.

It also thought the Conference provided a good opportunity to better acquaint the States and other organizations with its own rules and practices in international relations and to demonstrate its special status»⁹.

Parece que la primera de estas dos percepciones es la que ha prevalecido pues hasta el presente la UE no ha firmado ni manifestado su consentimiento en obligarse por la Convención de Viena de 1986, lo que confirma la predicción de Philippe Manin:

«In becoming a party to an international convention, a signatory should further a specific interest. This does not, however, essentially seem to be the case as concerns the Community with respect to the 1986 Vienna Convention»¹⁰.

⁷ REUTER, P., «Primer informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales», *Anuario CDI*, 1972, vol. II, p. 201, párr. 51.

⁸ Véase *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 33.º periodo de sesiones*, *Anuario CDI*, 1981, vol. II, pp. 212-213; e *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 34.º periodo de sesiones*, *Anuario CDI*, 1982, vol. II, pp. 150-151.

⁹ MANIN, P., «The European Communities and the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organization or between International Organizations», *Common Market Law Review*, 1987, núm. 24, p. 461.

¹⁰ *Ibid.*, p. 481. Conviene señalar que hasta el presente solo doce organizaciones internacionales han manifestado su consentimiento en obligarse por la Convención y otras cinco se han limitado a fir-

Sin embargo, como es sabido, el TJUE viene reconociendo el carácter consuetudinario de varias de las normas recogidas en las Convenciones de 1969 y 1986. A este propósito, tiene interés señalar que en el conjunto de su jurisprudencia se encuentra un mayor número de citas a la primera mientras que son pocos los supuestos en los que se invocan ambas¹¹ y menos aún los casos en los que se trae a colación exclusivamente la Convención de 1986¹². Esto se justifica en los casos en que el TJUE se ha encontrado ante tratados celebrados exclusivamente entre Estados¹³ pero no tiene explicación cuando se trata de convenios celebrados por la propia UE¹⁴. Esta proclividad a apoyarse preferentemente en la Convención de 1969 se confirma si reparamos en que en varios casos el Tribunal habla de la Convención de Viena en singular —se entiende que la de 1969— como si no existiera más que una¹⁵. Con todo, el

marla (datos extraídos de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en; última consulta: 14 de junio de 2016); estos datos confirman que persiste la cautela mostrada por las Organizaciones internacionales ante la codificación de esta dimensión del Derecho de los tratados.

¹¹ Sentencia IATA y ELFAA, C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10; Sentencia de 14 de junio de 2010, Vereniging Milieudefensie/Comisión, T-396/09, ECLI:EU:T:2012:301; Sentencia de 14 de julio de 2012, Stichting Natuur en Milieu/Comisión, T-338/08, ECLI:EU:T:2012:300.

¹² Sentencia Francia/Comisión, C-327/91, ECLI:EU:C:1994:305, apdo. 25.

¹³ La Carta de las Naciones Unidas (Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, T-306/01, ECLI:EU:T:2005:331; Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Kadi/Consejo y Comisión, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332; Sentencia de 12 de julio de 2006, Ayadi/Consejo, T-253/02, ECLI:EU:T:2006:200; Sentencia Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, C-402/05 P y C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461), el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Dictamen 1/13, ECLI:EU:2014:2303), el Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Sentencia Weber, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122, apdo. 29) o el Convenio por el que se establece el Estatuto de las Escuelas Europeas (Sentencia Oberto y O'Leary, C-464/13 y C-465/13, ECLI:EU:C:2015:163).

¹⁴ 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 (Dictamen 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, apdo. 14); el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Sentencia de 22 de enero de 1997, Opel Austria, T-115/94, ECLI:EU:T:1997:3, apdo. 90); el Acuerdo de libre comercio CEE-Austria (Sentencia Metalsa, C-312/91, ECLI:EU:C:1993:279, apdo. 12); los Acuerdos de asociación Comunidades/Polonia y Comunidades/República Checa (Sentencia Jany y otros, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616); El Acuerdo de Cooperación CEE/Marruecos (Sentencia Edline El-Yassini, C-416/96, ECLI:EU:C:1999:107); el Convenio de Montreal (Sentencia Espada Sánchez y otros, C-410/11, ECLI:EU:C:2012:747; Sentencia Air Baltic Corporation, C-429/14, ECLI:EU:C:2016:88); los Acuerdos *antidumping* y *antisubvenciones* de la OMC (Sentencia de 24 de septiembre de 2008, Reliance Industrias/Consejo y Comisión, T-45/06, ECLI:EU:2008:398, apdo. 100); el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología (Dictamen 2/00, ECLI:EU:C:2001:664, apdos. 24 y 28).

¹⁵ El TJUE afirma que «El Derecho internacional de los tratados está codificado, en esencia, en la Convención de Viena», pese a estar ocupándose del Acuerdo de asociación CE-Israel (Sentencia Brita, C-386/08, ECLI:EU:C:2010:91, apdo. 40); también se refiere genéricamente al «Convenio de Viena» en la Sentencia Racke, C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293 (apdo. 24) aunque se trataba del Acuerdo de cooperación CEE/Yugoslavia. Anthony Aust ha puesto de relieve que esta paradójica tendencia a citar la Convención de 1969 es compartida por la mayoría de las organizaciones internacionales, explicando que «*They see no particular need for the 1986 Convention, given that its substance is the same as the 1969 Convention*» (*Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 3.^a ed., Cambridge University Press, 2013, p. 349). Por otra parte, algún autor señala la existencia de una cierta contaminación en la aplicación del Derecho de los tratados por parte del TJUE; así, Jed Odermatt apunta que el Tribunal lo hace «*in a novel or selfish manner*» y que «*the Court's approach to the VCLT appears to be highly influenced by its approach to the EU law generally, especially with regard to the issue of interpretation. While it has applied*

recurso al Derecho de los tratados codificado en las Convenciones de Viena se ha topado en la jurisprudencia del TJUE con un límite infranqueable: las normas consuetudinarias consagradas en tales convenciones no se aplican a los Tratados constitutivos. La consideración del Derecho originario como un ordenamiento jurídico autónomo condujo pronto a este resultado, que introduce una dicotomía en la aplicación del Derecho de los tratados en el ámbito de la UE¹⁶.

2. ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

En el ámbito de la UE, el uso de la terminología propia del Derecho de los tratados presenta algunas singularidades. Para empezar, la expresión «tratado» está destinada en exclusiva para los Tratados constitutivos, de forma que todos los demás textos convencionales impulsados por la Unión reciben la denominación de «acuerdo». Como ha recordado recientemente Luis Norberto González Alonso,

«esta ha sido siempre la denominación empleada en el Derecho comunitario para referirse a los instrumentos convencionales negociados y celebrados por la CE/UE con terceros Estados u otras Organizaciones internacionales, reservándose el término “Tratados” para los constitutivos del propio proceso de integración»¹⁷.

the rules of interpretation in Article 31, it has done this mostly in order to examine the ‘object and purpose’ of the agreement»: véase, op. cit., nota 5, pp. 143-144.

¹⁶ Esta característica se ha comentado en la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a propósito de la codificación del tema «los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados». En su Primer informe, el relator especial Georg Nolte apuntó que «El Tribunal de Justicia Europeo considera que las reglas de los tratados fundacionales (“Derecho primario de la Unión”) constituyen un «ordenamiento jurídico autónomo y en consecuencia no se remite a la Convención de Viena cuando interpreta esos tratados» («Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», A/CN.4/660, párr. 26); de nuevo, en el Tercer informe señaló que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado su propia práctica de interpretación de los tratados constitutivos de la Unión, haciendo hincapié en su objeto y fin y su aplicación efectiva. El Tribunal ha explicado que este enfoque es consecuencia de su interpretación de los tratados constitutivos de la Unión Europea como creadores de un «nuevo ordenamiento jurídico» más que de una mera organización internacional ordinaria» («Tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», A/CN.4/683, párr. 28). En una contribución enviada a la CDI en 2015, la UE indica que «*The Union can confirm that the above statements correctly reflect the current state of the case-law of the ECJ*» («Contribution of the European Union on the topic of subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation», disponible en http://legal.un.org/docs/?path=/ilc/sessions/67/pdfs/sasp_eu.pdf&lang=E; última consulta: 13 de junio de 2015).

¹⁷ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «Disposición adicional segunda. Régimen de la acción exterior de la Unión Europea», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DíEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2015, p. 959, nota 5. En la misma dirección, Ramses A. Wessel afirma: «*The use of the term ‘international agreement’ rather than ‘treaty’ therefore has no specific legal meaning, but at least it prevents confusion as in EU law the term ‘treaties’ is reserved for the TEU and the TFEU as well as for the accession Treaties. In other words, for primary EU law*» (*Close Encounters of the Third Kind. The Interface between the EU and International Law after the Treaty of Lisbon*, Estocolmo, Sieps, 2013, p. 38 (disponible en www.sieps.se). La misma observación se encuentra en VERWEY, D.R., *op. cit.*, nota 5, p. 91.

En segundo lugar, los artículos relativos a los acuerdos internacionales contenidos en el Título V de la Quinta Parte del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) hacen un uso polisémico de los términos «celebrar» y «celebración». Así, mientras que los arts. 216, 217 y 219.1 del TFUE lo utilizan con el sentido genérico de proceso¹⁸, los arts. 218¹⁹ y 219.3²⁰ del TFUE lo hacen para referirse a la fase final del procedimiento de celebración. Esta cuestión terminológica ha sido estudiada por la doctrina especializada en el Derecho de los tratados en relación con la versión en lengua inglesa²¹. En esta vía, se ha señalado que:

«In customary international law various different acts are termed the 'conclusion' of a multilateral treaty: the adoption, the opening for signature, the ratification of the treaty, and so on. In the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties the term 'conclusion' (or 'conclude', 'concluded', as the case may be), is used twenty-three times, but the term is not defined in the Convention. Rather, in the Convention, as in customary law, the term appears to be employed in various different meanings, referring to different acts»²².

A la luz de la Convención de 1969, Mark E. Villiger precisa con acierto que «*“Conclusion” refers to the whole set of procedures —whether simple or complex— which makes a treaty binding. “Concluded” implies a distinct act. States which have «concluded» are bound by a treaty without taking any further formal steps. A «concluded» treaty requires no further formalities*»²³. Quienes han estudiado el tema en lo que se refiere a las concretas disposiciones del TFUE, consideran que cuando en el art. 218 del TFUE se atribuye al Consejo la com-

¹⁸ Art. 216.1: «La Unión podrá celebrar un acuerdo...»; art. 216.2: «Los acuerdos celebrados por la Unión...»; art. 217: «La Unión podrá celebrar... acuerdos»; y art. 219.1: «el Consejo... podrá celebrar acuerdos...».

¹⁹ Apdos. 1 «para la negociación y celebración de acuerdos...», 2 «El Consejo autorizará la apertura de negociaciones... autorizará la firma y celebrará los acuerdos», 6 «El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión de celebración del acuerdo»; y 7 «El Consejo, al celebrar un acuerdo, podrá autorizar al negociador...».

²⁰ «El Consejo... decidirá sobre las modalidades de negociación y celebración de dichos acuerdos». También el art. 50.2 del TUE dispone que «la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo...».

²¹ En la que los términos correspondientes en las disposiciones del TFEU son «conclude» y «concluded». La versión consolidada en lengua inglesa, publicada en el OJ C núm. 202, de 7 de junio de 2016, se encuentra en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=ES>.

²² VIERDAG, E. W., «The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions», vol. 59, *BYBIL*, 1988, p. 75.

²³ Así, sigue diciendo, cuando «an agreement is concluded... This means that from that point in time there is a definite engagement that the parties are bound by the instrument under International law» (VILLIGER, M. E., «Article 2. Use of terms», en VV.AA., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 78-79. Un análisis del significado de «conclusion» y «approval» (op. cit., nota 5, p. 112); Ramses A. Wessel afirma que «Whereas the Vienna Convention uses the term 'conclusion' for the entire treaty-making process... the EU Treaties clearly differentiate between the different phases» (op. cit., nota 17, p. 40) y el «Vademecum on the External Action of the European Union» señala que «Conclusion is the act of ratification of the agreement, meaning that the agreement becomes binding upon the Union and on its Member States» (SEC (2011)881/3, p. 47).

petencia para adoptar decisiones autorizando la conclusión del acuerdo «*si debe intendere, nell'ordinamento giuridico europeo, l'espressione della volontà dell'Unione ad assumere impegni internazionali*»²⁴.

Siendo esto así, por lo que atañe a la versión en español es muy oportuna la advertencia de Antonio Remiro Brotóns:

«la voz *conclusión* se emplea como equivalente de la genérica *celebración*, sobre todo por los que manejan las versiones francesa e inglesa de la Convención de Viena en las que aquella es utilizada con esta significación; en el polo opuesto, hay quienes, con mayor incorrección, se sirven de la *celebración* para hacer referencia a la *estipulación definitiva*»²⁵.

Poniendo las cosas en su sitio en lo que atañe a los términos canónicos en español, este autor define la celebración de los tratados como el «conjunto de actos mediante los cuales se concibe, gesta y nace un tratado internacional»²⁶ mientras que «La fase final abarca el proceso de *estipulación* o *conclusión* en sentido estricto»²⁷. La proyección de estas concreciones sobre las disposiciones del TFUE hace inevitable censurar sus imprecisiones técnicas en los casos en los que se confunde la parte (conclusión) con el todo (celebración), como sucede en los ya citados arts. 218 y 219.3 del TFUE, situación que es fruto de la contaminación emanada de las versiones inglesa y francesa. En definitiva, y siempre desde la perspectiva de las Convenciones de Viena, hay que señalar que mientras es correcto decir que «La Unión podrá celebrar un acuerdo...» (art. 216.1 del TFUE), «Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán...» (art. 216.2 del TFUE), «La Unión podrá celebrar con uno o varios países o con organizaciones internacionales acuerdos...» (art. 217 del TFUE), o «el Consejo... podrá celebrar acuerdos...» (art. 219.1 del TFUE), no lo es el referirse a «la negociación y celebración de acuerdos...» (art. 218.1 del TFUE), «El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión de celebración del acuerdo» (art. 218.6 del TFUE) o que «el Consejo... decidirá sobre las modalidades de negociación y celebración de dichos acuerdos» (art. 219.3 del TFUE). A lo que cabe añadir que los errores terminológicos encuentran su prolongación en las Decisiones del Consejo adoptadas sobre la base del art. 218 del TFUE²⁸.

²⁴ BARONCINI, E., *op. cit.*, nota 4, p. 14. En la misma dirección, Ramses A. Wessel señala: «*Whereas the Vienna Convention uses the term 'conclusion' for the entire treaty-making process, which encompasses, inter alia, the phases of negotiation, initialling and signing, the EU Treaties clearly differentiate between the different phases*» (*op. cit.*, nota 17, p. 40).

²⁵ REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público. 2. derecho de los tratados*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 97.

²⁶ *Ibid.*, p. 69. En idéntico sentido: véase REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 244. Esta definición es coherente con el hecho de que ambas Convenciones de Viena denominan a su Parte II «Celebración y entrada en vigor de los tratados», abarcando así todas las fases del proceso. La consideración de la celebración de los tratados como un proceso se encuentra también en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, Cizur Menor, 3.^a ed., Civitas, Thomson Reuters, 2014, pp. 146-147.

²⁷ REMIRO BROTONS, A. y otros, *op. cit.*, nota 26, p. 245.

²⁸ Sirva como muestra la Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión

Antes de terminar con las consideraciones terminológicas, parece oportuno señalar que en el texto de los acuerdos internacionales de la UE aparecen en ocasiones errores técnicos respecto de los términos utilizados en las Convenciones de Viena, lo que tiene repercusiones conceptuales. Estas deficiencias son comunes a veces a varias versiones lingüísticas²⁹ pero en algunos casos se producen en la versión española de los acuerdos internacionales publicados en el *DOUE* y no se dan en otras versiones³⁰, lo que nos lleva

Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (2014/494/UE), por la que se autoriza, en nombre de la Unión, la firma del mismo «a reserva de la celebración de dicho Acuerdo» (art. 1.1), mientras que en la versión inglesa se dispone: «*The signing... is hereby authorised, subject to the conclusion of the said Agreement*». Lo mismo sucede en la Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra (2014/492/UE). Asimismo, en las Decisiones del Consejo relativas a la firma de protocolos a los diversos acuerdos de asociación para tener en cuenta nuevas adhesiones se detecta el mismo problema; así, por ejemplo, la Decisión del Consejo, de 18 de febrero de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, y la aplicación provisional del Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (2014/665/UE), señala en su considerando 3 que «A reserva de su posible celebración en una fecha posterior, el Protocolo se deberá firmar en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros» y su art. 1 dispone que «Queda autorizada, en nombre de la Unión y de sus Estados miembros, la firma... a reserva de la celebración de dicho Protocolo», lo que en la versión inglesa se traduce en: «*The Protocol should be signed on behalf of the Union and its Member States, subject to its conclusion at a later date*» y «*The signing... is hereby authorised, subject to the conclusion of the said Protocol*».

²⁹ Se producen, por ejemplo, respecto al uso de los términos de enmienda y modificación, los cuales conforme a las Convenciones de Viena son distintos conceptualmente. Es el caso de una serie de acuerdos sobre servicios aéreos: el Acuerdo entre el Consejo de Ministros de Albania y la Comunidad Europea sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en su art. 7, bajo la rúbrica «Revisión o modificaciones» dispone que las Partes podrán «revisar» o modificar el Acuerdo. El mismo término aparece en el art. 7 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Croacia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en el art. 7 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Bulgaria sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, en el art. 7 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en el art. 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Maldivas sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en el art. 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Malasia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2007, en el art. 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Panamá sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2007 y en el art. 6 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Australia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2008. La versión inglesa no se libra del defecto pues habla de «*revision or amendment*»; la francesa tampoco: «*revision ou modification*». Por su parte, el Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2012, retiene la incorrección terminológica y añade una nueva expresión: su art. 6, bajo la rúbrica «Examen, revisión o modificación» («*Review, revision or amendment*» en la versión inglesa), señala que «Las Partes podrán, de común acuerdo, examinar, revisar o modificar el presente Acuerdo en cualquier momento».

³⁰ También a propósito de los términos de enmienda y modificación y a título de ejemplo: el art. 26 del Acuerdo sobre una zona de aviación común entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Moldavia, de 2012 regula las «modificaciones»; en cambio, la versión inglesa alude a «*amendments*» y la francesa a «*amendements*»; lo mismo sucede en el art. 27 del Acuerdo Euromediterráneo de aviación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno del Estado de Israel, por otra. A su vez, el art 18.4 del Acuerdo de cooperación sobre un

a emitir una señal de alarma sobre este estado de cosas que daña la calidad de los textos en nuestra lengua oficial.

3. LAS MODULACIONES EN LA CAPACIDAD DE CELEBRAR TRATADOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Las limitaciones en el ejercicio de las competencias soberanas que implica la integración en la UE tienen manifestaciones específicas en el ámbito de la celebración de tratados internacionales. Resaltaremos aquí cuatro aspectos concretos, dos de ellos relacionados con los acuerdos mixtos y los otros dos derivados de la progresiva ampliación de las competencias de la Unión: en primer lugar, la asunción por el Consejo de las facultades de los Estados miembros para celebrar protocolos a los acuerdos mixtos con el fin de tener en cuenta la adhesión de nuevos Estados miembros; en segundo lugar, la disminución del papel de los Estados en la negociación de los acuerdos mixtos; en tercer lugar, las facultades de la Comisión para supervisar los tratados ce-

sistema mundial civil de navegación por satélite (GNSS) entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, y el Reino de Marruecos, de 2006, dice que podrá ser «modificado», mientras que la versión inglesa señala que podrá ser enmendado, lo que también ocurre en el art. 24 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Azerbaiyán sobre la readmisión de residentes ilegales, de 2014, en el art. 22 del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal, de 2010, en el art. 9.3 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa del Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios, en el art. 14.4 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre la facilitación de la expedición de visados, de 2012, en el art. 12.4 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea, de 2012, en el art. 14.4 del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados, de 2010, en el art. 8.3 de los acuerdos sobre exención de visados para estancias de corta duración entre la Unión Europea y: Mauricio, Seychelles, Antigua y Barbuda, Barbados, Bahamas, San Cristóbal y Nieves, todos de 2009; Perú, de 2016, Colombia, Palaos, Tonga, Trinidad y Tobago, Dominica, Granada, Timor Oriental, Vanuatu, San Vicente y las Granadinas y Samoa (todos ellos de 2015), Emiratos Árabes Unidos, de 2015; también el art. 13 del Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Confederación Suiza por el que se asocia a la Confederación Suiza a Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación, y al Programa de Investigación y Formación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica que complementa Horizonte 2020, y se regula la participación de la Confederación Suiza en las actividades del ITER desarrolladas por la Empresa Común *Fusion for Energy*, de 2014 alude a la «modificación» cuando la versión inglesa recoge «*amendment*». Otras veces, las incorrecciones en la versión española son sobre otros términos: el art. 144 del Acuerdo de estabilización y asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y Kosovo, por otra, apunta que «El presente Acuerdo será adoptado», mientras que la versión inglesa dice que «*The Parties shall approve*»; el ya citado Acuerdo con la Confederación Suiza de 2014 afirma en su art. 15.1 que «El presente Acuerdo será ratificado o celebrado» pero la versión inglesa dice que «*This Agreement shall be ratified or concluded*»; el Acuerdo de asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra, indica en el art. 464.1 que «El presente Acuerdo será ratificado o adoptado» y en la versión inglesa dice que «*The Parties shall ratify or approve this Agreement*», sucediendo lo mismo en el art. 431.1 del Acuerdo de asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, de 2014 y en el art. 486.1 del Acuerdo de asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, de 2014.

lebrados por los Estados miembros en ámbitos materiales que han pasado a ser competencia de la Unión; por último, la obligación de los Estados miembros de celebrar determinados tratados en interés de la Unión.

Por lo que se refiere a la primera cuestión apuntada, se trata de una práctica iniciada con motivo de la gran ampliación de 2004, cuando un elevado número de acuerdos mixtos bilaterales tenía que ser extendido a los diez nuevos Estados miembros. Para evitar retrasos o complicaciones en la manifestación del consentimiento por parte de los Estados miembros, el art. 6.2 del Acta de Adhesión estableció un procedimiento simplificado consistente en que la adhesión de los nuevos Estados a los acuerdos internacionales existentes se llevaría a cabo mediante la celebración de un protocolo a dichos acuerdos o convenios entre el Consejo, por unanimidad, en nombre de los Estados miembros, y el tercer o terceros países u organización internacional de que se trate³¹, de forma que la participación de los Estados quedó reducida a la consulta en relación con las directrices de negociación³². Con posterioridad, se ha seguido el mismo procedimiento a propósito de la adhesión de Bulgaria y Rumanía³³ y de Croacia³⁴. Se ha valorado que «*This procedure was decisive in bringing about the smooth integration of the new Member States as Contracting Parties to bilateral mixed agreements of the Union and the old Member States with a number of non-EU States*»³⁵, lo que sin duda es cierto, pero también lo es que ha supuesto una disminución del *treaty-making power* de los Estados miembros³⁶.

³¹ Los acuerdos de referencia están enunciados en el art. 6.6 del Acta de Adhesión; el art. 6.2 añade los celebrados con Belarús, China, Chile, el Mercosur y Suiza.

³² Conforme al art. 6.2 *in fine* «La Comisión negociará dichos protocolos en nombre de los Estados miembros sobre la base de directrices de negociación aprobadas por el Consejo por unanimidad y en consulta con un comité integrado por los representantes de los Estados miembros. La Comisión presentará un proyecto de los protocolos para su celebración por el Consejo».

³³ Art. 6.2 del Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea: «La adhesión de Bulgaria y Rumanía a los acuerdos y convenios celebrados o firmados conjuntamente por la Unión y los actuales Estados miembros con determinados terceros países o con organizaciones internacionales se aprobará mediante la celebración de un protocolo a dichos acuerdos o convenios entre el Consejo, que se pronunciará por unanimidad en nombre de los Estados miembros, y el tercer país o terceros países u organización internacional de que se trate. La Comisión negociará dichos protocolos en nombre de los Estados miembros sobre la base de directrices de negociación aprobadas por el Consejo por unanimidad, y en consulta con un comité integrado por los representantes de los Estados miembros...».

³⁴ Art. 6.2 del Acta de Adhesión de Croacia: «A menos que se disponga otra cosa en los acuerdos específicos... la adhesión de Croacia a dichos acuerdos se aprobará mediante la celebración de un protocolo a dichos acuerdos entre el Consejo, pronunciándose por unanimidad en nombre de los Estados miembros, y el tercer país o países u organización internacional de que se trate. La Comisión, o el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (“el Alto Representante”) cuando el acuerdo se refiera exclusiva o principalmente a la Política Exterior y de Seguridad Común, negociarán dichos protocolos en nombre de los Estados miembros con arreglo a directrices de negociación que aprobará el Consejo por unanimidad y previa consulta a un comité integrado por los representantes de los Estados miembros...».

³⁵ HOFFMEISTER, F., «Curse or Blessing? Mixed Agreements in the Recent Practice of the European Union and its Member States», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 257.

³⁶ Las ventajas prácticas de esta fórmula han llevado a Allan Rosas a proponer «*to insert in EU primary law a clause similar... The idea would be to grant the Council, at primary law level, the powers to*

En esta misma dirección se orienta la segunda cuestión, pues la negociación de los acuerdos mixtos está sometida a la actuación expansiva de la Unión, en particular la de la Comisión, que es quien se encarga en exclusiva en el caso de los acuerdos mixtos bilaterales³⁷ y quien lucha por ganar terreno cuando se trata de acuerdos mixtos multilaterales³⁸. El nuevo art. 218 del TFUE ha venido a reforzar esta tendencia, al establecer un procedimiento unificado de alcance general aplicable a la celebración de todos los acuerdos internacionales, incluidos los mixtos, salvo en los casos en los que los Tratados prevén expresamente un procedimiento especial, tal como ha proclamado el TJUE³⁹. De nuevo aquí, la capacidad convencional de los Estados se encuentra matizada, en este caso en lo que atañe a la fase inicial del proceso de celebración del tratado⁴⁰, en la que —como afirma Luis Norberto González Alonso— «Se entra, de cualquier forma, en una dinámica de negociación específica en la que el seguimiento y control sobre el desarrollo del proceso queda en gran medida institucionalizado»⁴¹.

El tercer y cuarto aspectos indicados comparten su razón de ser, que se encuentra —como se ha dicho— en el constante avance competencial de la Unión, hábilmente impulsado por la Comisión. Esto está dando lugar a una interesante práctica de autorizaciones de celebración. La primera situación se refiere a casos en los que un acuerdo interestatal entra, al menos en parte, dentro de la competencia exclusiva de la UE, pero puede ser compatible con esta y convenir a su interés; el acuerdo en cuestión puede ser preexistente o

concluye international agreements on behalf of not only the Union but also the Member States. This would provide a flexible ratification procedure which could be carried out quickly, while preserving Member States' competence as well as their status as Contracting Parties»: véase «The Future of Mixity», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 372.

³⁷ Sobre las razones que avalan esta consistente práctica puede verse HOFFMEISTER, F., *op. cit.*, nota 35, pp. 253-254.

³⁸ Véanse NEFRAMI, E., *op. cit.*, nota 5, pp. 284-294, y HOFFMEISTER, F., *op. cit.*, nota 35, pp. 254-255.

³⁹ El alcance general del art. 218 del TFUE ha sido afirmado por el TJUE en la Sentencia Parlamento/Consejo, C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025, apdo. 52, reiterándolo en la Sentencia Comisión/Consejo, C-28/12, ECLI:EU:C:2015:282, apdo. 43, en esta ocasión frente al intento de flexibilización del procedimiento en el caso de acuerdos mixtos propuesta por el Consejo y los Estados miembros coadyuvantes. Sobre este asunto, puede verse RODRÍGUEZ MAGDALENO, R. I., «Celebración de tratados y acuerdos mixtos en la Unión Europea: adiós a las decisiones híbridas. Comentario a la STJUE de 28 de abril de 2015, Asunto C-28/12, Comisión Europea c. Consejo de la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, 2015, núm. 29 y SÁNCHEZ-TABERNERO, S. R., «La ilegalidad de las decisiones híbridas en el marco de la celebración de acuerdos mixtos. Comentario de la Sentencia TJUE de 24.04.2015 (Gran Sala), C-28/12 Comisión/Consejo», *RDCE*, 2015, núm. 52, pp. 1057-1073. Cécile Rapoport ha apuntado que «*Il transparait dans la rédaction du traité une volonté de faire de l'Article 218 TFUE la base juridique procédurale de droit commun pour la conclusion de tous les accords externes*»: véase «La procédure de conclusion des accords externes de l'Union Européenne : quelle unité après Lisbonne?», en GOVAERE, I., LANNON, E., VAN ELSUWEGE, P. y ADAM, S. (eds.), *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2014, p. 151.

⁴⁰ Elisa Baroncini destaca que «*Le difficoltà ad individuare le modalità negoziali per gli accordi di natura mista è dovuta al fatto che il Trattato di Lisbona è intervenuto in maniera significativa in merito alla rappresentanza internazionale dell'Unione*» y lo ejemplifica relatando las vicisitudes y tensiones habidas para acordar la representación en la negociación del Convenio de Minamata sobre el mercurio, de 2013 (*op. cit.*, nota 4, pp. 10-13).

⁴¹ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *op. cit.*, nota 17, p. 972.

celebrarse con posterioridad a la asunción de la competencia por la Unión. La solución arbitrada consiste en lo que Alegría Borrás ha denominado un régimen de «libertad vigilada»⁴², que tiene lugar en ámbitos tales como los servicios aéreos, el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, el Derecho de familia y los acuerdos de inversiones y que consiste en un procedimiento de notificación a la Comisión tanto de la intención de iniciar negociaciones como de su resultado para que esta verifique la ausencia de incompatibilidad y autorice la negociación y conclusión del acuerdo⁴³. Otra fórmula estriba en el establecimiento de un mecanismo de intercambio de información entre la Comisión y los Estados miembros que reposa sobre una autorización implícita de aquella⁴⁴.

La segunda situación se plantea en los supuestos en los que una materia regulada en un tratado es competencia total o parcialmente de la Unión pero por razones técnicas derivadas de las reglas de la organización internacional que lo auspicia o de las previsiones del propio tratado, aquella no puede convertirse en parte. El remedio, consagrado por el TJUE en el Dictamen 2/91⁴⁵ y reiterado en el Dictamen 1/13⁴⁶, radica en autorizar a los Estados miembros

⁴² BORRÁS, A., «La celebración de convenios internacionales de derecho internacional privado entre Estados miembros de la Unión Europea y terceros Estados», *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 84.

⁴³ Reglamento (CE) núm. 847/2004, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 29 de abril, sobre la negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados miembros y países terceros; Reglamento (CE) núm. 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales; Reglamento (CE) núm. 664/2009, del Consejo, de 7 de julio, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) núm. 1219/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países. Acerca de este último, véase PASTOR PALOMAR, A., «La aplicación práctica del Reglamento (UE) sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países», *RGDE*, 2013, núm. 31 y sobre los relativos al Derecho internacional privado, véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países», *La Ley*, 2009, núm. 7252. Luis Norberto González Alonso puntualiza que en el caso de los acuerdos sobre servicios aéreos el dispositivo de control de la Comisión no es tan férreo como el de los acuerdos bilaterales de inversión (*op. cit.*, nota 17, pp. 982-983).

⁴⁴ Es el caso de la Decisión núm. 994/2012/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establece un mecanismo de intercambio de información con respecto a los acuerdos intergubernamentales entre los Estados miembros y terceros países en el sector de la energía, sobre la que puede verse CONDE PÉREZ, E., «La instauración de un sistema de información europeo sobre los acuerdos bilaterales de los Estados miembros y terceros en materia de energía», *RGDE*, 2014, núm. 32. Según Luis Norberto González Alonso, «Pese a su perfil mucho menos restrictivo, no deja de ser un mecanismo que condiciona igualmente la autonomía de las autoridades nacionales a la hora de desplegar su capacidad convencional» (*op. cit.*, nota 41, p. 983).

⁴⁵ Refiriéndose a la OIT, el Tribunal afirmó que «si, con arreglo a la Constitución de la OIT, la Comunidad no puede celebrar, por sí sola, el Convenio n.º 170, su competencia externa podría ser ejercida, en su caso, a través de los Estados miembros, actuando solidariamente en interés de la Comunidad» (apdo. 5).

⁴⁶ Apdo. 44.

mediante una Decisión del Consejo a concluir el tratado «en interés de la Unión»⁴⁷. Así se viene haciendo en relación con convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la Organización Marítima Internacional (OMI) y de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, también en relación con la energía nuclear y otros sectores⁴⁸.

Desde la perspectiva de la competencia de los Estados para celebrar tratados, las consecuencias de la primera y la segunda situación que acabamos de exponer son bien distintas. En efecto, en la primera nos encontramos con una capacidad tutelada por la Unión, mientras que en la segunda estamos ante una capacidad activada por esta; en realidad, si bien la correspondiente Decisión del Consejo «autoriza» a los Estados miembros, el principio de cooperación leal requiere que estos actúen en el sentido indicado, de forma

⁴⁷ Es oportuno recordar la advertencia formulada por el Abogado General Niilo Jääskinen en su Opinión en el Dictamen 1/13: «Cuando se celebra de esta forma un acuerdo internacional en interés de la Unión tras una habilitación expresa del Consejo, dicho acuerdo no produce ningún efecto jurídico en las relaciones entre la Unión y los Estados terceros interesados. Los Estados miembros son los únicos obligados en virtud de Derecho internacional frente a los Estados terceros, y no la Unión como tal. En este supuesto, la Unión no ofrece garantías ni ningún otro compromiso internacional por su parte. Además, es obvio que los Estados terceros no están vinculados por efecto de dicha decisión del Consejo» (apdo. 38).

⁴⁸ Entre otras, cabe citar: Decisión (UE) 2015/2037 del Consejo, de 10 de noviembre, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo de 2014 del Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930, de la Organización Internacional del Trabajo, en lo que respecta a las cuestiones relativas a la política social; Decisión del Consejo, de 28 de enero de 2014, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio relativo a la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo, de 1990, de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio n° 170); Decisión 2002/971/CE del Consejo, de 18 de noviembre, por la que se autoriza a los Estados miembros a adherirse o a ratificar, en interés de la Comunidad, el Convenio internacional de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas; Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, por el que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario (2008/431/CE); Decisión (UE) 2016/414 del Consejo, de 10 de marzo, por la que se autoriza a la República de Austria a firmar y ratificar el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, y a Malta a adherirse a él, en interés de la Unión Europea; Decisión del Consejo, de 15 de julio de 2013, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a ratificar el Protocolo por el que se modifica la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963, o a adherirse a él, en interés de la Unión Europea, y a realizar una declaración relativa a la aplicación de las correspondientes normas internas del Derecho de la Unión (2013/434/UE); Decisión del Consejo, de 3 de marzo de 2014, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Tratado sobre el Comercio de Armas (2014/165/UE). Sobre la posición de la UE ante la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado puede verse DE MIGUEL ASENSIO, P., «Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea», en VV.AA., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea (Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 57-77.

que para los Estados miembros es «*not only an authorization but also an obligation to adhere, or at least to seek to adhere, to the respective convention*»⁴⁹.

En una valoración de conjunto de los aspectos considerados en este apartado, podemos decir con Marise Cremona que «*they... illustrate the constraints under which the Member States —although full sovereign States— may operate at an international level as a result of their Community obligations... and the accommodations possible between the demands of the Community legal order and the practical exigencies of international treaty-making*»⁵⁰.

4. EL RECURSO A LAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL

La institución de la aplicación provisional le resulta particularmente útil a la UE, hasta el punto de que habiendo comenzado esta práctica en 1976⁵¹, se ha convertido en uno de los rasgos característicos de su actividad convencional. Según la base de datos de la UE, en la actualidad existen ochenta y seis tratados con cláusula de aplicación provisional, la mayoría bilaterales⁵² y muchos de ellos mixtos; a ellos hay que añadir veintitrés canjes de notas⁵³.

⁴⁹ ROSAS, A., «The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States», *Fordham International Law Journal*, vol. 34, 2011, núm. 5, p. 1334. En relación con los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el Dictamen 1/13 ha reforzado el carácter obligatorio de este tipo de «autorizaciones», al establecer que «La aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea», lo que ha dado lugar con posterioridad a: Decisión (UE) 2015/2354 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Seychelles al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Decisión (UE) 2015/2355 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de la Federación de Rusia al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Decisión (UE) 2015/2356 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Albania al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Decisión (UE) 2015/2357 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Decisión (UE) 2015/2358 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Armenia al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

⁵⁰ CREMONA, M., «Member States as Trustees of the Community Interest: Participating in International Agreements on Behalf of the European Community», *EUI Working Paper LAW 2009/17*, p. 19.

⁵¹ Dato proporcionado por HOFFMEISTER, F., *op. cit.*, nota 35, p. 257.

⁵² Solo diecisiete son multilaterales. La relación completa se encuentra en <http://ec.europa.eu/world/agreements/AdvancedSearch.do>, seleccionando «Provisional application» en el apartado de «Cláusulas» (última consulta: 14 de junio de 2016).

⁵³ Este procedimiento externo al acuerdo se utiliza con frecuencia en relación con los acuerdos de pesca, para evitar interrupciones o retrasos en su aplicación mientras está pendiente la entrada en vigor; el acuerdo al que se refiere el canje de notas no suele tener cláusula de aplicación provisional, conviniéndose esta con posterioridad.

Las razones por las que la Unión utiliza con frecuencia la aplicación provisional son claras. En una contribución pionera, Gregorio Garzón Clariana indicó que:

«certaines particularités des relations extérieures de la Communauté rendaient inévitable le recours à cette application. C'est le cas notamment de la 'mixité' qui implique que la compétence pour la conclusion de certains accords appartienne ensemble à la Communauté et à ses États membres, avec comme corollaire un retard considérable à l'entrée en vigueur dû au respect des procédures internes propres à chaque État membre. C'est aussi le résultat de la participation croissante de la Communauté à des conventions multilatérales où l'entrée en vigueur se fait parfois longuement attendre en fonction du nombre de ratifications ou d'adhésions requises»⁵⁴.

La UE aprovecha la flexibilidad que proporciona esta institución, generando lo que se ha denominado una «práctica sofisticada»⁵⁵ compuesta por diferentes fórmulas. Se ha dicho que «*Conjuguant la liberté offerte par le droit international et celle offerte au plan interne, les modalités d'application provisoire, telles qu'elles apparaissent à travers la pratique du Conseil, sont extrêmement variées*», de forma que «*La souplesse offerte pour l'application provisoire se décline à différents niveaux et produit une grande variété de formules qui permettent de s'adapter aux contraintes de chaque relation*»⁵⁶.

En una aproximación formal, cabe señalar que en cuanto al inicio de la aplicación provisional, es frecuente señalar la fecha de la firma⁵⁷ pero en otras ocasiones el punto de referencia es otro, como el de una determinada

⁵⁴ GARZÓN CLARIANA, G., «L'application provisoire des accords internationaux de la Communauté», en *Dynamiques juridiques européennes. Édition revue et mise à jour de 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, Cahiers du Collège d'Europe núm. 2, Bruselas, 2.^a ed., Peter Lang, 2007, pp. 487-488. Marc Maresceau apunta que «*the procedure of provisional application has been followed not only in order to accelerate the entry into force of parts of some mixed agreements; provisional application is a pragmatic solution in the EC's external practice and something which is, for example, also used frequently in the area of (non-mixed) bilateral fisheries agreements, specifically to avoid any interruption of fishing activities by Community vessels in the waters of the partner country*» («A Typology of Mixed Bilateral Agreements», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 13). Desde otra perspectiva, Elisa Baroncini señala la utilidad de la aplicación provisional en relación con los acuerdos que resuelven amistosamente un contencioso internacional (*op. cit.*, nota 4, p. 22).

⁵⁵ MICHIE, A., «The role of provisionally applied treaties in international organizations», *Comp. & Int'l L.J.S.Afr.*, 2006, núm. 39, p. 44.

⁵⁶ FLAESCH-MOUGIN, C. y BOSSE-PLATIÈRE, I., «L'application provisoire des accords de l'Union Européenne», en GOVAERE, I., LANNON, E., VAN ELSUWEGE, P. y ADAM, S. (eds.), *op. cit.*, nota 39, p. 309.

⁵⁷ Así se dispone, por ejemplo, en el Acuerdo entre la UE y Montenegro sobre la participación de este Estado en la Operación Atalanta, de 2010 (art. 10.2); en el Acuerdo entre la UE y Nueva Zelanda sobre la participación de este Estado en la Operación Althea, de 2005 (art. 9.2); en el Acuerdo entre la UE y Nueva Zelanda sobre la participación de este Estado en la Operación EUPOL AFGHANISTAN, de 2007 (art. 10.2); en el Acuerdo entre la UE y la Antigua República Yugoslava de Macedonia sobre la participación de este Estado en la Operación Althea, de 2006 (art. 9.2); en el Acuerdo entre la UE y Albania sobre la participación de este Estado en la Operación Althea, de 2005 (art. 9.2); en el Acuerdo entre la UE y Croacia sobre la participación de este Estado en la Operación Atalanta, de 2009 (art. 10.2); en el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre cooperación en materia de pesca y conservación de los recursos vivos marinos en el Mar Báltico, de 2006 (art. 18.1), en el Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y Egipto, de 2005 (art. 7.2) o en el Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos, generados

fecha posterior a la firma⁵⁸ o el de la notificación del cumplimiento de los procedimientos internos necesarios⁵⁹; por otra parte, si bien la aplicación provisional suele acordarse para el tratado en su conjunto, a veces solo se extiende a alguna de sus partes o disposiciones⁶⁰; de otro lado, en algún supuesto, la cláusula se limita a consagrar la posibilidad de que las partes acuerden en el futuro la aplicación provisional⁶¹. Las materias reguladas son diversas, aunque se reiteran los acuerdos de asociación, pesca y transporte aéreo, entre otros⁶².

La riqueza de la práctica impide dar cuenta aquí de todas sus modalidades, por lo que nos centraremos a continuación en las manifestaciones más singulares de las cláusulas de aplicación provisional insertas en los acuerdos

en la Unión Europea, del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas a los Servicios de Aduanas de Australia, de 2008 (art. 15).

⁵⁸ Según el art. 4.3 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza que modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas, de 2009, «El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir del primer día del segundo mes siguiente al día de la firma».

⁵⁹ Como se establece, por ejemplo, en el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Nueva Zelanda sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en el que «las Partes contratantes acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo a partir del primer día del mes siguiente a la fecha en la que las Partes se hayan notificado la finalización de los procedimientos necesarios a este efecto» (art. 8.2); la misma cláusula se encuentra en otros acuerdos sobre la misma materia celebrados —entre otros— con Albania (2006, art. 8.2), Australia (2008, art. 7.2), Malasia (2006, art. 9.2), Nepal (2009, art. 9.2), Azerbaiyán (2009, art. 8.2), India (2008, art. 7.2), Kirguistán (2007, art. 9.2); Singapur (2006, art. 7.2), Pakistán (2009, art. 8.2), Jordania (2008, art. 9.2), Marruecos (2006, art. 8.2), Uruguay (2006, art. 9.2), Chile (2006, art. 8.2), Maldivas (2006, art. 9.2), Paraguay (2007, art. 9.2), y Emiratos Árabes Unidos (2008, art. 9.2).

⁶⁰ Conforme al art. 8.3 del Acuerdo entre la Unión Europea, Islandia y Noruega para la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y de la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, de 2009, «El artículo 5, apartados 1 y 2, se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de la firma del presente Acuerdo»; a tenor del art. 14 del Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, de 2004, «Los artículos 1, 3, 4, 5, 6 y el artículo 7, apartado 2, letra a), primera frase, se aplicarán de forma provisional a partir del momento de la firma del presente Acuerdo»; el art. 198. 3 del Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra, de 2002, contempla la aplicación previa a la entrada en vigor de «los artículos 3 a 11, el artículo 18, los artículos 24 a 27, los artículos 48 a 54, las letras a), b), f), h) e i) del artículo 55, los artículos 56 a 93, los artículos 136 a 162 y los artículos 172 a 206».

⁶¹ Como se hace en el Acuerdo Multilateral entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, la República de Albania, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Bosnia y Herzegovina, la República de Bulgaria, la República de Croacia, la República de Islandia, la República de Montenegro, el Reino de Noruega, Rumanía, la República de Serbia y la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, sobre la creación de una Zona Europea Común de Aviación (ZECA), de 2006, a tenor de cuyo art. 29.3, no obstante lo dispuesto sobre la entrada en vigor «la Comunidad Europea y sus Estados miembros y, al menos, una Parte asociada podrán decidir aplicar provisionalmente el Acuerdo entre ellas a partir de la fecha de la firma».

⁶² Catherine Flaesch-Mougin e Isabelle Bosse-Platière apuntan que «*les types d'accords externes concernés sont aussi bien des accords multilatéraux que bilatéraux, de nouveaux accords que des renouvellements, accords complémentaires ou protocoles additionnels*» (op. cit., nota 56, pp. 296-297).

celebrados por la UE⁶³. En primer término, tiene interés destacar que los acuerdos de asociación más recientes contemplan la aplicación provisional parcial y dejan en manos de la Unión la determinación de las partes concretas afectadas. Así, el art. 431 del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, de 2014, dispone en su apartado 3 que «la Unión y Georgia acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo en lo que se refiere a las partes que indique la Unión»; de esta forma, hay que acudir a la Decisión del Consejo para conocer el alcance de la aplicación provisional⁶⁴. Lo mismo sucede en otros casos, como el Acuerdo de Asociación con Moldavia⁶⁵, el Acuerdo de Colaboración y Cooperación reforzadas con Kazajistán⁶⁶ y en el Acuerdo de Asociación con Ucrania⁶⁷, con la particularidad en este último caso de que las partes del Acuerdo a las que se extiende la aplicación provisional se ha establecido mediante dos Decisiones sucesivas del Consejo⁶⁸. Las cláusulas en cuestión son novedosas también porque en el supuesto de otros acuerdos similares, en vez de utilizar la aplicación provisional se han celebrado acuerdos interinos con la misma finalidad de comenzar la aplicación de partes del tratado antes de su entrada en vigor⁶⁹. Es evidente que estos Estados, deseosos de comenzar a

⁶³ Se excluyen del análisis las recogidas en convenios multilaterales generales, dado que no son exponente de la práctica autónoma de la Unión.

⁶⁴ Véase la Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (2014/494/UE) (DO L núm. 261, de 30 de agosto de 2014).

⁶⁵ Art. 464 del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Moldavia, por otra, de 2014. Véase la Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra (2014/492/UE).

⁶⁶ Art. 281.4 del Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajistán, de 2015. Véase la Decisión (UE) 2016/123 del Consejo, de 26 de octubre de 2015, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajistán, por otra.

⁶⁷ Art. 486 del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, de 2014.

⁶⁸ Véanse: Decisión del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, en lo que se refiere al preámbulo, art. 1 y títulos I, II y VII del mismo (2014/295/UE); Decisión del Consejo, de 23 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, en lo que se refiere al título III (con excepción de las disposiciones relativas al tratamiento de los nacionales de terceros países legalmente empleados como trabajadores en el territorio de la otra Parte), y títulos IV, V, VI y VII del mismo, así como los anexos y Protocolos conexos (2014/668/UE).

⁶⁹ Así se prevé en el art. 139 del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Montenegro, por otra, de 2007; también, en el art. 139 del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, de 2008 y en el art. 136 del

disfrutar algunos de los beneficios previstos en los acuerdos, no han tenido ningún inconveniente en aceptar esta peculiar fórmula que en todo caso está amparada por la flexibilidad que inspira el art. 25 de las Convenciones de Viena.

En segundo lugar, las peculiaridades de los acuerdos mixtos se refleja también en las modalidades de su aplicación provisional. Entre ellas, apuntemos aquí que en lo que atañe a la parte del acuerdo constituida por la Unión y sus Estados miembros, hay algún caso en que la aplicación provisional solo afecta a la primera⁷⁰; también, que resulta habitual y lógico que la correspondiente cláusula contenga previsiones de salvaguarda del derecho estatal en la materia, con fórmulas tales como que «a la espera de su entrada en vigor... las Partes acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo, en la medida en que lo permita la legislación nacional aplicable»⁷¹, que el acuerdo «se aplicará de forma provisional, con arreglo a la legislación nacional de las Partes Contratantes»⁷² o que la aplicación provisional comenzará una vez que «las Partes se hayan notificado haber concluido los procedimientos necesarios a este efecto»⁷³. La necesidad de respetar los procedimientos internos relativos a la aplicación provisional de los terceros Estados con los que se celebra el acuerdo conduce a veces a cláusulas como la art. 98.4 del Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Eu-

Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, de 2006.

⁷⁰ Sucede por ejemplo en el Acuerdo de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suíza, por otra, sobre los Programas Europeos de Navegación por satélite, de 2013, cuyo art. 27.2 señala que «Suíza y la Unión Europea acuerdan, en relación con los elementos del presente Acuerdo que sean de la competencia de la Unión Europea, aplicarlo provisionalmente». Ocurre asimismo en algunos acuerdos de asociación recientes, como el celebrado con Kazajistán, respecto al que la Decisión (UE) 2016/123 del Consejo señala que determinadas partes del mismo «se aplicarán provisionalmente entre la Unión y la República de Kazajistán, aunque solo en la medida en que abarquen cuestiones que sean competencia de la Unión» (art. 3.1 de la Decisión, *cit.* en nota 66).

⁷¹ Es el caso del Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea y sus Estados miembros, de 2011 (art. 5), el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, de 2007 (art. 9.1) o del Acuerdo subsidiario entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, Islandia, por otra, y el Reino de Noruega, por otra, sobre la aplicación del Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América, por una parte, la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, Islandia, por otra, y el Reino de Noruega, por otra, de 2011 (art. 8).

⁷² Acuerdo Euromediterráneo de aviación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno del Estado de Israel, por otra, de 2013 (art. 30.1).

⁷³ Así se estipula en el Acuerdo de cooperación sobre un sistema de navegación por satélite entre la UE y sus Estados miembros y el Reino de Noruega, de 2009 (art. 12.4), en el Acuerdo Marco entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, hecho el 10 de mayo de 2010 (art. 49.2); el Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemí de Jordania, por otra, de 2010 (art. 29.2), el Acuerdo de libre comercio entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, de 6 de octubre de 2010 [art. 15.10.5 a)], el Acuerdo de colaboración y cooperación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Iraq, por otra parte, de 2012 (art. 17.1); el Acuerdo sobre un espacio aéreo común entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, de 2010 (art. 29.2), o el Acuerdo Comercial entre la UE y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, de 2011 (art. 330.3).

ropea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra, de 2009, según el cual:

«4. En espera de la entrada en vigor del presente Acuerdo, la Parte CE y la Parte África Central acuerdan aplicar sus disposiciones bajo sus competencias respectivas (“aplicación provisional”). Esta aplicación podrá llevarse a cabo, bien mediante aplicación provisional, cuando sea posible, bien mediante ratificación del Acuerdo.

5. Se notificará la aplicación provisional a los depositarios del Acuerdo. El Acuerdo se aplicará provisionalmente diez días después de la recepción, por una parte, de la notificación de aplicación provisional por la Comunidad Europea y, por otra, de la notificación, bien de ratificación, bien de aplicación provisional, por todos los Estados signatarios de África Central»⁷⁴.

En tercer lugar, otra singularidad consiste en fijar el comienzo de la aplicación provisional para una fecha anterior a la de celebración del acuerdo. Sirva como ejemplo el Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, firmado el 18 de julio de 2014, cuyo art. 13.2 establece que «Si todos los instrumentos de aprobación del presente Protocolo no se hubieran depositado antes del 1 de julio de 2013, el presente Protocolo se aplicará con carácter provisional con efectos a partir del 1 de julio de 2013». Dejando a un lado la imposibilidad de que se materializara la hipótesis relativa al depósito de los instrumentos apuntada en la disposición como premisa, nos encontramos ante lo que José Martín y Pérez de Nanclares ha denominado una aplicación provisional retroactiva, comentando que estamos ante una «práctica convencional que pone a prueba hasta los elementos más asentados de las Convenciones de Viena»⁷⁵. Se trata de una práctica a la que la UE viene recurriendo en relación con las ampliaciones para asegurar la incorporación de los nuevos Estados a los acuerdos mixtos preexistentes sin solución de continuidad, llevada a cabo mediante un protocolo adicional a cada acuerdo celebrado por el Consejo en nombre de

⁷⁴ Es similar el art. 243.3 y 4 del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2008, conforme al que «Hasta que entre en vigor el Acuerdo, la Comunidad Europea y los Estados signatarios del Cariforum aceptarán aplicar el Acuerdo de forma provisional, íntegramente o en parte. Esto podrá llevarse a cabo mediante una aplicación provisional con arreglo a la legislación de un signatario o mediante la ratificación del Acuerdo»; también, el arts. 76.2 y 3 del Acuerdo de Asociación interino entre la Comunidad Europea, por una parte, y los Estados del Pacífico, por otra, de 2009, el arts. 105.4 y 5 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2009 y el arts. 62.4 y 5 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2009. Sobre el Derecho interno de la aplicación provisional, puede verse GESLIN, A., *La mise en application provisoire des traités*, París, Pedone, 2005, pp. 207-258 y el comentario «Artículo 15. Aplicación provisional», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *op. cit.*, nota 17, pp. 307-327.

⁷⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar», *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, p. 54. La expresión «aplicación provisional retroactiva» está en la página citada, nota 163.

la Unión y sus Estados miembros y el tercer Estado⁷⁶. Hay que añadir que también se acude a esta discutible técnica en otros ámbitos⁷⁷.

¿Cómo podemos valorar esta sorprendente práctica? ¿Realmente se ven removidos los cimientos de las Convenciones de Viena? La doctrina viene afirmando con claridad dos ideas: de un lado, que conceptualmente aplicación provisional y retroactividad son cuestiones distintas⁷⁸; de otro, que el tenor del art. 28 de las Convenciones de Viena se interpreta en el sentido de que lo relevante es que el tratado respecto del que se plantea la retroactividad sea aplicable, bien porque haya entrado en vigor, bien por aplicación provisional⁷⁹. Partiendo de estas precisiones, la respuesta a nuestras preguntas la proporcionó Antonio Remiro Brotóns a propósito de un caso de la práctica

⁷⁶ A este procedimiento simplificado ya se ha hecho referencia en el apartado 3 de este Estudio. La práctica a la que nos referimos comenzó a raíz del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, Estonia, la Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y la República Eslovaca gracias a las previsiones de su art. 6.2 y ha dado lugar a un significativo número de protocolos que comparten la misma característica respecto a su aplicación provisional. Las fechas de comienzo de la denominada aplicación provisional coinciden con las de las adhesiones: 1 de mayo de 2004, 1 de enero de 2007 y 1 de julio de 2013. El elevado número de acuerdos de que se trata impide referenciarlos aquí.

⁷⁷ Por ejemplo, en determinados acuerdos sectoriales, en particular en los protocolos que fijan posibilidades de pesca; también, en acuerdos sobre incorporación de un Estado tercero a programas de la UE que tienen un ámbito temporal determinado, como sucede con el Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Confederación Suiza por el que se asocia a la Confederación Suiza a Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación, y al Programa de Investigación y Formación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica que complementa Horizonte 2020, y se regula la participación de la Confederación Suiza en las actividades del ITER desarrolladas por la Empresa Común *Fusion for Energy*, hecho el 5 de diciembre de 2014, que en el art. 15.1 dispone que el Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir de su firma pero añade que «La aplicación provisional surtirá efecto a partir del 15 de septiembre de 2014»; el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza en el ámbito audiovisual, por el que se establecen las condiciones para la participación de la Confederación Suiza en el programa comunitario MEDIA 2007, hecho el 11 de octubre de 2007, cuyo art. 13 señala que «se aplicará provisionalmente a partir del 1 de septiembre de 2007» y con el Acuerdo entre la Unión Europea y el Estado de Israel sobre la participación del Estado de Israel en el Programa de la Unión «Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020)», hecho el 8 de junio de 2014, cuyo art. 6.2 establece que «Comenzará a ser aplicable a partir del 1 de enero de 2014».

⁷⁸ Lleva razón Esperanza Orihuela Calatayud cuando afirma que «parece un despropósito ensanchar las excepciones que el principio de la irretroactividad puede recibir de la voluntad de las partes, viendo en la aplicación provisional del tratado una intención de aplicación retroactiva de las normas convencionales» (*Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 51). Por su parte, Mark E. Villiger señala que «Article 25 views the treaty's application pro futuro, though before its entry into force, whereas the perspective of Article 28 is that of looking backwards in time» («Article 28. Non-retroactivity of treaties», en *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., nota 23, p. 385).

⁷⁹ Kerstin Odendahl se ha planteado si el art. 28 de las Convenciones de Viena se refiere también a la aplicación provisional; en su opinión «Since the word 'bind' has to be read as 'have legal consequences' or 'is applicable with respect to a party' the answer is clear: a treaty becomes binding on a party at the moment it becomes applicable to that party, ie at the moment of its provisional application or, at the latest, at the moment of its entry into force» [«Article 28. Non-retroactivity of treaties», en DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K. (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlín/Heidelberg, Springer/Verlag, 2012, p. 487]. En la misma línea y apoyándose en los trabajos de la CDI, Frederic Dopagne apunta que «When a treaty is applied provisionally pending its entry into force, it seems that the critical date to appraise the retroactivity is the date of the provisional application, and no longer that of the entry into force»: véase «1969 Vienna Convention. Article 28. Non-retroactivity of treaties», en

española: el acuerdo de 9 de abril de 1981, complementario del convenio de cooperación social con Bolivia, para el establecimiento de un programa de cooperación socio-laboral, cuyo artículo XII disponía que entraría en vigor el día de su firma y añadía que se iniciaría su cumplimiento el 1 de enero de 1981, tres meses antes. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores calificó el caso como de aplicación provisional, haciéndolo —como afirmó Antonio Remiro Brotóns— «erróneamente, pues no se puede aplicar provisionalmente lo que el 1 de enero de 1981 no existe; el caso es, más bien, de retroactividad forzosa»⁸⁰. En definitiva, estamos ante un uso inadecuado de la aplicación provisional. Nada en el Derecho de los tratados impide atribuir eficacia retroactiva a un acuerdo, extender sus efectos hacia el pasado, pero la fórmula no es la aplicación provisional sino una cláusula de retroactividad que se podría ver activada al comenzar la aplicación provisional⁸¹. La Unión ya conoce la fórmula, figura por ejemplo en el Protocolo adicional del Acuerdo de libre comercio entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Croacia, hecho el 25 de marzo de 2014, que en el art. 9 señala:

«1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del primer mes siguiente a la fecha en que las Partes intercambien por escrito notificaciones que certifiquen que han finalizado sus respectivos procedimientos y requisitos jurídicos aplicables.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, el presente Protocolo se aplicará con efecto a partir del 1 de julio de 2013.

3. A la espera de la entrada en vigor del Protocolo, las Partes acuerdan aplicar provisionalmente el Protocolo a partir del décimo día de la recepción de la última notificación de aplicación provisional de la Unión Europea o de Corea».

De esta forma, se distingue adecuadamente entre la retroactividad y la aplicación provisional. Por ello, cabe desear que se persevere en esta dirección, que ya cuenta con algún precedente de previsión de retroactividad⁸².

CORTEN, O. y KLEIN, P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 720.

⁸⁰ REMIRO BROTONS, A., *op. cit.*, nota 25, p. 287. Esperanza Orihuela Calatayud comparte esta opinión (*op. cit.*, nota 78, p. 83). Señala esta autora que «Resulta sorprendente y contrario a la lógica del Derecho de los Tratados establecer una retroactividad en relación con la entrada en vigor. Resulta incomprensible y paradójico pretender retrotraer la entrada en vigor de un tratado a un momento en el que este ni siquiera había empezado a negociarse» (*ibid.*, p. 82); estas afirmaciones se pueden aplicar también a la aplicación provisional.

⁸¹ En el Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, el relator especial incluyó la siguiente afirmación: «Inclusive, existen ejemplos de acuerdos, realizados mediante canje de notas entre Estados y organizaciones internacionales, cuya aplicación no solo es provisional sino que contempla efectos retroactivos»: véase GÓMEZ-ROBLEDO, J. M., «Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados», A/CN.4/687, párr. 127. En la sesión de la CDI celebrada el 14 de julio de 2015, Mathias Forteau repuso: «*The way in which the Special Rapporteur described State practice was not always sufficiently clear. In paragraph 127 of the report, for example, the Special Rapporteur mentioned several cases where provisional application could have 'retroactive' effect; however, in the absence of detailed explanations, it was hard to understand what was meant and what the implications of that practice were*» (A/CN.4/SR.3269, p. 14).

⁸² El Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y el Reino Hachemí de Jordania que modifica el Acuerdo de Asociación CE-Jordania, hecho el 26 de septiembre de 2007,

Por último, en la práctica analizada también llama la atención la previsión de adoptar medidas unilaterales de aplicación antes de la aplicación provisional que aparece en algunos supuestos. El Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2008, establece en su art. 243.3 que la Comunidad Europea y los Estados signatarios del Cariforum «podrán adoptar medidas para aplicar el Acuerdo, antes de su aplicación provisional, en la medida de lo posible»⁸³, lo que nos coloca ante una especie de pre-aplicación provisional a título unilateral, por lo que la cuestión es si esta figura tiene cabida en el art. 25 de las Convenciones de Viena. Al respecto, se ha dicho que:

«In substantive terms, then, there seems to be no reason why the unilateral 'application'... could not be considered a case of 'provisional application' under Article 25 (1) –unless Article 25 (1) does not recognize unilateral provisional application... Textually, Article 25 simply refers to the act of provisionally applying a

afirma que «El presente Acuerdo será aplicable con efecto retroactivo desde el 1 de enero de 2006»; el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo a la introducción de determinadas modificaciones técnicas en los anexos I y II del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, con motivo de la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía, de 19 de mayo de 2009 dispone que «El acuerdo en forma de Canje de Notas entrará en vigor en la fecha de la Nota de respuesta. La aplicación de las disposiciones del presente Canje de Notas tendrá efecto retroactivo a partir del 1 de enero de 2007». También tiene interés apuntar que al igual que sucede en la práctica de las Naciones Unidas, los acuerdos de la UE con terceros países sobre el estatuto de las fuerzas de la Unión en operaciones en el exterior contienen una previsión de aplicación de determinados artículos relativos a dicho estatuto y las facilidades para el desarrollo de su misión desde la fecha en que se despliegue el primer contingente si esa fecha es anterior a la entrada en vigor [se trata de: Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre el estatuto de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia, de 2008 (art. 21.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República Centroafricana sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República Centroafricana, de 2008 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República Gabonesa sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República Gabonesa, de 2006 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Camerún sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en tránsito por el territorio de la República de Camerún, de 2008 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Chad sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Chad, de 2008 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Guinea-Bissau sobre el estatuto de la Misión de la Unión Europea de apoyo a la reforma del sector de la seguridad en la República de Guinea-Bissau, de 2008 (art. 20.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Yibuti sobre el estatuto de la fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Yibuti en el marco de la operación militar de la Unión Europea Atalanta, de 2009 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Seychelles sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Seychelles en el marco de la operación militar de la UE Atalanta, de 2009 (art. 19.1 y 2)].

⁸³ En el mismo sentido, el art. 76.4 del Acuerdo de Asociación interino entre la Comunidad Europea, por una parte, y los Estados del Pacífico, por otra, de 2009; el art. 98.6 del Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra, de 2009; en vez de, el art. 62.6 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2009 y el art. 105.6 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2009.

treaty: there is no requirement that such an act be mutual. Indeed, this appears to be uncontroversial»⁸⁴.

En definitiva, a la vista de los resultados de este recorrido por la práctica no cabe duda de que la UE está haciendo un uso creativo de la aplicación provisional que a veces va más allá de las previsiones expresas del art. 25 de las Convenciones de Viena pero que no las vulnera gracias a la permisividad y libertad sobre las que se basa esta disposición.

Esta práctica tan exuberante que hemos esbozado hasta aquí merecería ser tomada en adecuada consideración por la CDI en sus trabajos actualmente en curso sobre la aplicación provisional. En su Primer informe, el relator especial, al referirse a las razones y utilidad de la aplicación provisional, y en particular a la idea de que los tratados también pueden ser aplicados provisionalmente en aras de agilizar su implementación en forma previa a la culminación de los procesos constitucionales que llevan a su ratificación y entrada en vigor, apuntó que «La práctica reciente de la Unión Europea resulta relevante en este sentido»⁸⁵. Sin embargo, en su Tercer informe ha estudiado ya la aplicación provisional en relación con organizaciones internacionales pero no le ha prestado atención al tema y no parece que tenga intención de hacerlo, porque el relator especial afirma expresamente que «estima que con este informe se ha atendido la solicitud de estudiar la aplicación provisional en relación con la práctica de las organizaciones internacionales, por lo que no considera necesario volver sobre esta cuestión en informes futuros»⁸⁶. Ello pese a que en la relación de tratados multilaterales aplicados provisionalmente por organizaciones internacionales que el Relator Especial ofrece como anexo de este Tercer informe, la única organización que aparece y por tanto que genera práctica es la Comunidad Europea/UE⁸⁷. No obstante, no es de descartar que los miembros de la Comisión se inclinen por profundizar en el análisis de esta dimensión⁸⁸.

La propia UE está poniendo de su parte para que esto sea así, porque desde el comienzo de los trabajos de la CDI sobre el tema la representante de la UE ha hecho declaraciones en el seno de la Sexta Comisión de Naciones Unidas con ocasión de cada informe del relator especial, destacando el interés de la Unión por el tema habida cuenta de su abundante práctica, mostrando su preferencia por que «*the work on provisional application should rather be aimed at providing some kind of "guidelines" to help decision-makers in rel-*

⁸⁴ BARTELS, L., «Withdrawing Provisional Application of Treaties: Has the EU Made a Mistake?», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, núm. 1, p. 117.

⁸⁵ GÓMEZ-ROBLEDO, J. M., «Primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados», A/CN.4/664, párr. 35.

⁸⁶ GÓMEZ-ROBLEDO, J. M., «Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados», A/CN.4/687, párr. 132.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 32-45.

⁸⁸ En su intervención en la 3270.^a sesión, de 15 de julio de 2015, Concepción Escobar Hernández destacó el interés que presentaría el análisis de la práctica de la UE (A/CN.4/3270, p. 16) mientras que en la sesión del 23 de julio de ese año Kriangsak Kittichaisaree animó al Relator Especial a estudiar la práctica de las organizaciones regionales relevantes (A/CN.4/SR.3277, p. 7).

*evant aspects of treaty process»*⁸⁹ y apuntando aspectos para su consideración por la CDI, que se concretan en los siguientes:

- «— *to what extent provisions involving institutional elements, like provisions establishing joint bodies, may be subject to provisional application or whether there are limitations in that respect;*
- *whether provisional application should also extend to provisions adopted by such joint bodies during provisional application;*
- *whether are there limitations with regard to the duration of the provisional application;*
- *how the provisional application provided for in Article 25 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties (VCLT) relates to the other provisions of VCLT and other rules of international law, including responsibility for breach of international obligations»*⁹⁰.

En su intervención más reciente, la representante de la Unión mencionó expresamente las previsiones de aplicación provisional de los Acuerdos de asociación con Ucrania, Georgia y Moldavia, que cubren no solo el ámbito del comercio sino también las disposiciones sobre el diálogo político e institucionales, afirmando:

- «*The above examples demonstrate, on the one hand, that with respect to provisional application of treaties the Union acts in the same way as the other actors concerned. On the other hand, it shows that the European Union is an actor who is, in fact, actively contributing to shaping the practice in the field of provisional application of treaties»*⁹¹.

5. LA REDUCIDA PRÁCTICA EN MATERIA DE RESERVAS A LOS TRATADOS

Frente al amplio recurso a la aplicación provisional, en la práctica de la UE la técnica de las reservas es casi testimonial. Esta situación es comprensible si reparamos en que la mayoría de los tratados celebrados son bilaterales y que entre los multilaterales se encuentran muchos de ámbito restringido e impulsados por la propia Unión, por lo que esta ha podido diseñar a su gusto el régimen jurídico consagrado en el acuerdo ahorrándose la necesidad de

⁸⁹ «*Statement on behalf of the European Union by Eglantine Cujo, Legal Adviser, Delegation of the European Union to the United Nations, at the 68th United Nations General Assembly Sixth Committee on Agenda item 81 on Provisional application of treaties (4 November 2013)*», disponible en <http://eu-un.europa.eu/eu-statement-%C2%96-united-nations-6th-committee-provisional-application-of-treaties/> (última consulta: 13 de junio de 2016).

⁹⁰ «*Statement on behalf of the European Union by Eglantine Cujo, Legal Adviser, Delegation of the European Union to the United Nations, at the 69th United Nations General Assembly Sixth Committee on Agenda item 78 on Provisional application of treaties (3 November 2014)*», disponible en <http://eu-un.europa.eu/eu-statement-united-nations-6th-committee-provisional-application-of-treaties/> (última consulta: 13 de junio de 2016). Estos aspectos ya habían sido apuntados por el representante de la Unión en la declaración que efectuó en 2013.

⁹¹ El texto de la Declaración, que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2015, puede verse en <http://news-kitchen.eu/2015/11/09/eu-statement-united-nations-6th-committee-provisional-application-of-treaties/> (última consulta: 13 de junio de 2016).

formular reservas. Además, la práctica demuestra que en general las organizaciones internacionales rara vez recurren a las reservas⁹².

Así las cosas, dejando a un lado los convenios multilaterales generales, encontrar cláusulas sobre reservas en ese conjunto de tratados es absolutamente excepcional: cabe citar el Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro, de 2012, cuyo art. 361 dispone que «El presente Acuerdo no permite reservas unilaterales ni declaraciones interpretativas» y el Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Colombia y el Perú, por otro, también de 2012, que señala en su art. 335 que «Este Acuerdo no admite reservas en el sentido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

Tan difícil como hallar cláusulas es encontrar reservas formuladas por la UE. Ciñéndonos a las vigentes⁹³, se puede señalar la reserva de la Comunidad Europea a la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 1992⁹⁴; también, la reserva de la Comunidad Europea relativa al art. 9 del Protocolo sobre la energía del Convenio de los Alpes para preservar las competencias de la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁹⁵; Comunidad con la que se relacionan asimismo las reservas formuladas a algunos tratados de los que es depositaria la Agencia Internacional para la

⁹² Así lo afirma Delano R. Verwey añadiendo que «*The European Commission's stance on reservations is usually a neutral one*» (*op. cit.*, nota 5, p. 129).

⁹³ En su día, la Comunidad formuló reservas respecto de las disposiciones de determinados Anexos del Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros, de 1973, para tener en cuenta las exigencias de la unión aduanera (Decisión 75/199/CE, de 18 de marzo). Con posterioridad, la Decisión 94/167/CE, de 10 de marzo, modificó las reservas formuladas inicialmente, conforme a lo previsto en el propio Convenio, el cual ha sido enmendado por un Protocolo de 1999, en vigor desde 2007 (véase Decisión del Consejo, de 17 de marzo de 2003, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de Enmienda del Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (Convenio de Kioto), modificada por la Decisión del Consejo de 26 de abril de 2004).

⁹⁴ La formulada con ocasión de la aprobación de la Convención por parte de la Comunidad fue sustituida en 2007 por la siguiente: «*The Member States of the European Community, in their mutual relations, will apply the Convention in accordance with the Community's internal rules. The Community therefore reserves the right as concerns the threshold quantities mentioned in Annex I, Part I, Nos. 4, 5, and 6 to the Convention, to apply threshold quantities of 100 tonnes for bromine (very toxic substance), 5000 tonnes for methanol (toxic substance) and 2000 tonnes for oxygen (oxidising substance)*». La reserva va acompañada por una declaración en la que se enuncian los objetivos de la política comunitaria de medio ambiente y se enuncia el Derecho derivado sobre la materia. Ambos textos pueden verse en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-6&chapter=27&lang=en.

⁹⁵ Se trata de una reserva excluyente cuyo texto es el siguiente: «El artículo 9 del Protocolo sobre la energía se refiere a cuestiones de energía nuclear. Por lo que respecta a la Comunidad Europea, los requisitos a que se refiere el artículo 9 están previstos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom). La Decisión por la que se ratifica el Convenio de los Alpes no se basó en el Tratado Euratom, sino solo en el Tratado CE. La Decisión por la que se autoriza la firma del Protocolo debe tener la misma base jurídica. Por consiguiente, la Comunidad Europea no estará vinculada por el artículo 9 del Protocolo sobre la energía cuando dicho Protocolo entre en vigor para la Comunidad». La Comunidad Europea también formuló entonces tres declaraciones respecto al Protocolo sobre la protección de los suelos. La Comunidad Europea formuló igualmente dos declaraciones al Protocolo relativo a la aplicación del Convenio de los Alpes de 1991 en el ámbito de la agricultura de montaña.

Energía Atómica⁹⁶. A las que cabe añadir la reserva al art. 27.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, cuyo tenor es el siguiente:

«La Comunidad Europea declara que, en virtud del Derecho comunitario (y en particular de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), los Estados miembros pueden, en su caso, formular sus propias reservas en relación con el artículo 27, apartado 1, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la medida en que el artículo 3, apartado 4, de dicha Directiva del Consejo confiere a los Estados miembros el derecho de excluir del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la no discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito de las fuerzas armadas. Por ello, la Comunidad declara que su adhesión a la Convención se entiende sin perjuicio del derecho antes mencionado que en virtud del Derecho comunitario se confiere a los Estados miembros».

La peculiaridad de su contenido requiere algún análisis. En efecto, la Decisión del Consejo por la que se aprueba la Convención en nombre de la Comunidad, la califica como «reserva»⁹⁷ y como tal figura en la base de datos de Naciones Unidas⁹⁸. Sin embargo, su objetivo es declarar que los Estados miembros, en virtud del Derecho comunitario, pueden «formular sus propias reservas», de forma que lo que hace la Comunidad es declarar la facultad de los Estados para hacerlo, sin que ella esté excluyendo o modificando para sí misma los efectos de ninguna disposición de la Convención. En definitiva, la

⁹⁶ Se trata en primer lugar de las formuladas a la Convención sobre protección física de los materiales nucleares, de 1980 (pueden verse en https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm_reserv.pdf); con ocasión de la enmienda en 2015 de la Convención, denominada desde entonces Convención sobre protección física del material nuclear e instalaciones nucleares, la citada Comunidad también formuló reservas (pueden verse en https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm_amend_reserv.pdf). Aunque aparecen bajo la denominación de declaración, hay que tener en cuenta que su formulación está prevista por la Convención y por tanto se trata de reservas de las previstas en la directriz 1.1.6 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la CDI en 2011 («Reservas formuladas en virtud de cláusulas que autorizan expresamente la exclusión o la modificación de ciertas disposiciones de un tratado»; véase el comentario a esta directriz en *Informe de la CDI, 63.º periodo de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 66.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/66/10 Add. 1*, pp. 54-64). Con las mismas características que las anteriores, se hallan las reservas formuladas a la Convención sobre seguridad nuclear, de 1994 (pueden verse en https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/nuclearsafety_reserv.pdf) y las relativas a la Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos, de 1997 (pueden verse en http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/jointconv_reserv.pdf).

⁹⁷ Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, en su preámbulo se afirma que «dicha aprobación deberá ir acompañada de una reserva que será presentada por la Comunidad Europea en relación con el artículo 27, apartado 1 de la Convención...» (Considerando 6 de la Decisión); el art. 1 de la Decisión dispone que «Queda aprobada, en nombre de la Comunidad, la Convención... sin perjuicio de una reserva en relación con su artículo 27, apartado 1»; finalmente, su texto se contiene en el Anexo III de la citada Decisión, bajo la rúbrica «Reserva de la Comunidad Europea sobre el artículo 27, apartado 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad».

⁹⁸ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en.

declaración está simplemente anunciando posibles reservas formuladas por los Estados miembros; en la práctica, hasta el presente solo tres Estados de ellos la han formulado⁹⁹.

La conclusión de esta Convención por parte de la Comunidad Europea generó interés por ser el primer tratado de derechos humanos por el que aquella se ha obligado y también por el activo papel jugado durante su celebración¹⁰⁰; sin embargo, la autodenominada reserva parece haber pasado desapercibida para la doctrina¹⁰¹ y tampoco se ofrece ninguna justificación en el acto jurídico preparatorio elaborado por la Comisión Europea¹⁰². En ausencia de otros elementos de valoración, lo pertinente es acudir a las pautas contenidas en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la CDI en 2011¹⁰³; en ella, la definición de reserva retiene el concepto consagrado en las Convenciones de Viena y por tanto señala que el objeto de la reserva es «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación... a esa organización»¹⁰⁴, lo que no sucede en el caso que nos ocupa. Tampoco estamos ante una declaración interpretativa dado que el objeto de esta es «precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones»¹⁰⁵, lo que no ocurre en nuestro supuesto. La conclusión es que nos encontramos ante una declaración unilateral distinta de las reservas y de las declaraciones interpretativas¹⁰⁶.

Si la práctica de inclusión de cláusulas y de formulación de reservas es muy reducida¹⁰⁷, en cambio cabe registrar una original fórmula de valora-

⁹⁹ Chipre, Grecia y la República Eslovaca (pueden verse en <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=IV-15&chapter=4&lang=en>).

¹⁰⁰ Véanse DE BÚRCA, G., «The EU in the negotiation of the UN Disability Convention», disponible en <http://ssrn.com/abstract=1525611>; BIEL PORTERO, I., «El primer tratado de derechos humanos celebrado por la Unión Europea: la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad», *RGDE*, 2010, núm. 21, pp. 1-16; MARÍN AÍS, J. R., *La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 55-84 y FERRI, D., «The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: A Constitutional Perspective», *European Yearbook of Disability Law*, vol. 2, 2010, pp. 47-71.

¹⁰¹ Israel Biel Portero se limita a decir que «Con esta reserva el Consejo ha buscado evitar cualquier colisión entre la Convención y el Derecho comunitario» (*op. cit.*, nota 100, p. 12); los demás autores citados en la nota anterior guardan silencio.

¹⁰² COM (2008) 530 final/2, de 2 de septiembre de 2008.

¹⁰³ Informe de la CDI, 63.º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 66.º período de sesiones, Suplemento núm. 10, A/66/10 Add. 1.

¹⁰⁴ Directriz 1.1.

¹⁰⁵ Directriz 1.2.

¹⁰⁶ La directriz 1.5 excluye este tipo de declaraciones del ámbito de aplicación de la Guía.

¹⁰⁷ Más aún lo es la de formulación de objeciones a las reservas. La base de datos de la Comisión no ofrece este dato en la ficha de cada acuerdo internacional. Cabe citar la objeción de la Comunidad Europea de la Energía Atómica a una reserva de Pakistán al Convenio sobre protección física del material nuclear, de 1980, por considerarla incompatible con el objeto y el fin del tratado (la objeción puede verse en https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm_reserv.pdf; se formuló en 1991 y no se opone a la entrada en vigor del tratado en las relaciones mutuas). La misma objeción fue formulada por los Estados miembros y otros Estados, como puede comprobarse en el enlace indicado. La propuesta de la Comisión relativa a la objeción está en COM (2001) 583 final. Francisco Pascual Vives cita la objeción de la Comunidad Europea a las reservas de la URSS y Cuba a los Protocolos de 1978 y 1979 relativos a la cuarta y quinta Prórroga de la Convención sobre el comercio del trigo y de

ción conjunta de las reservas formuladas por terceros Estados. Sucede en relación con el régimen especial del Sistema de Preferencias Arancelarias Generalizadas (SPG+) de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza. El Reglamento (UE) núm. 978/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre¹⁰⁸, establece en su art. 9.1 entre los criterios para ser país beneficiario de dicho régimen especial no solo la ratificación de veintisiete convenios sobre derechos humanos y laborales, medio ambiente y principios de gobernanza¹⁰⁹ sino otras exigencias relacionadas con el cumplimiento de estos convenios, entre otras que el país beneficiario:

«c) en relación con cualquiera de los convenios pertinentes, no ha formulado una reserva que esté prohibida por cualquiera de dichos convenios o que a los efectos del presente artículo se considera incompatible con el objetivo y finalidad del citado convenio.

A los efectos del presente artículo, las reservas no se considerarán incompatibles con el objetivo y finalidad de un convenio, a menos que:

- i) un procedimiento establecido explícitamente a tal efecto en el marco del convenio así lo haya determinado, o
- ii) a falta de tal procedimiento, la Unión, cuando sea parte del convenio, y/o una mayoría cualificada de Estados miembros partes del convenio, de conformidad con sus respectivas competencias conforme a lo establecido en los Tratados, haga objeciones a la reserva por razones de su incompatibilidad con el objetivo y la finalidad del convenio y se oponga a la entrada en vigor del convenio tanto entre ellos como en el Estado de la reserva, a tenor de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

Además, el art. 15 prevé la posibilidad de retirada temporal del régimen especial si el país beneficiario del SPG+ ha formulado una reserva que esté prohibida por cualquiera de los convenios pertinentes o que sea incompatible con el objetivo y finalidad del citado convenio tal como se establece en el art. 9, apartado 1, letra c). De esta manera, se lleva a cabo una novedosa superación de la bilateralidad clásica en la apreciación de las reservas y el control de las reservas se convierte en un instrumento al servicio de la promoción de los valores de la Unión.

6. LA UTILIDAD DE LOS ACUERDOS *INTER SE*: APROVECHANDO LAS POTENCIALIDADES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Otra institución que le está resultando eficaz a la UE es la de los llamados acuerdos *inter se*, regulados en el art. 41 del Convenio de Viena. En su día, la inclusión de esta disposición no planteó ninguna dificultad en la CDI, habida cuenta de la existencia de práctica en la materia, si bien la invocada al efecto

la Convención relativa a la ayuda alimenticia constituyentes del Acuerdo internacional sobre el trigo (*op. cit.*, nota 5, pp. 118-119).

¹⁰⁸ Reglamento (UE) núm. 978/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) núm. 732/2008 del Consejo (*DO L* núm. 303, de 30 de octubre de 2012).

¹⁰⁹ Enumerados en el Anexo VIII del Reglamento.

se vinculaba a convenios multilaterales de cooperación, no a tratados relacionados con fenómenos de integración¹¹⁰. Con todo, nada impide su aplicación a estos supuestos. Al respecto, la intervención del representante de Uruguay, Eduardo Jiménez de Aréchaga, cuando se trató el tema en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados parece premonitoria, pues al apoyar la inserción del artículo señaló que:

«Frequently a number of States bound by close historic and other ties would be able, in their inter se relations, to go further than the other parties in the direction of progress marked by the main treaty.

Inter se agreements... They also provided a necessary safety-valve for cases in which, for one reason or another, a useful step forward could not be immediately approved by a few of the original parties»¹¹¹.

Años más tarde, el Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional volvió sobre la práctica de los acuerdos *inter se*, apuntando que:

«Esos acuerdos son una técnica empleada a menudo para lograr una aplicación más eficaz del tratado original entre un pequeño número de partes en él que estén dispuestas a adoptar medidas más eficaces y de mayor alcance para la consecución del objeto y el fin del tratado original»¹¹².

Pues bien, esta figura no es extraña en el proceso de integración europea. Siempre hemos convivido con aquella disposición que preveía la celebración de acuerdos sobre cuatro ámbitos de materias¹¹³ y cuya numeración fue cambiando con las sucesivas reformas de los Tratados, la última fue el art. 293 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). De los tratados celebrados al amparo de esa disposición se decía que formaban parte del Derecho complementario y han sido muy importantes y útiles durante muchos años¹¹⁴. Algunas materias están reguladas ahora por actos de Derecho derivado y con

¹¹⁰ Véase WALDOCK, H., «Tercer informe sobre el Derecho de los Tratados», *Anuario CDI*, 1964, vol. II, pp. 47-52.

¹¹¹ *UN Conference on the Law of the Treaties, First Session, Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records*, p. 206. Un estudio reciente del art. 41 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados puede verse en CORTEN, O. y KLEIN, P., (eds.), vol. II, *op. cit.*, nota 79.

¹¹² «Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional», *Informe de la CDI, 58.º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 61.º período de sesiones, Suplemento núm. 10, A/61/10*, p. 460. El informe del Grupo de Estudio analizó con detalle las características de este tipo de acuerdos: véase KOSKENNIEMI, M., «Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional», A/CN.4/L.682, pp. 173-190, párrs. 295-323.

¹¹³ La protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales; la supresión de la doble imposición; el reconocimiento recíproco de las sociedades, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes; la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.

¹¹⁴ Convenio de 29 de febrero de 1968 sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas; Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Convenio de 23 de julio de 1990 sobre supresión de la doble imposición; Convenio de 23 de noviembre de 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia (este Convenio no llegó a entrar en vigor).

el Tratado de Lisboa ha desaparecido el artículo correspondiente, pero a los efectos que nos ocupan se trataba de un recurso a los convenios internacionales con características análogas aunque no idénticas a los acuerdos *inter se*, porque aquellos se celebraron entre todos los Estados miembros y su objeto no era por entonces competencia comunitaria¹¹⁵. En cambio, sí fue un acuerdo *inter se* en sentido propio el Acuerdo sobre Política Social concluido por once de los entonces doce Estados miembros y anexo al Tratado de Maastricht mediante el Protocolo 14, situación luego superada por el Tratado de Ámsterdam mediante su incorporación en el TCE.

Al margen de lo expresamente previsto en los Tratados, los principales supuestos de acuerdos *inter se* celebrados con anterioridad en la UE tuvieron lugar en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia. Los primeros fueron el Acuerdo de Schengen, de 1985 y su Convenio de Aplicación, de 1990; como es sabido, el sistema Schengen está ya integrado desde el Tratado de Ámsterdam¹¹⁶. El segundo supuesto es el Tratado de Prüm, celebrado en 2005 por siete de los entonces veinticinco miembros de las Comunidades Europeas¹¹⁷. Se concibió como un régimen transitorio, pues su art. 1.4 dispone que tres años después de su entrada en vigor se pondría en marcha una iniciativa para trasladar sus disposiciones al marco jurídico de la Unión Europea; por otra parte, su art. 47.1 estipula que las disposiciones del Tratado solo serían aplicables en la medida en que fueran compatibles con el Derecho de la UE. Con posterioridad, una parte de su contenido se integró en una Decisión del antiguo Tercer Pilar¹¹⁸.

La introducción en los Tratados constitutivos del mecanismo de la cooperación reforzada dio lugar a un debate doctrinal sobre el carácter excluyente o no de este y por tanto de la exclusión o incluso prohibición implícita de los acuerdos *inter se* en la Unión Europea¹¹⁹. La doctrina comparte

¹¹⁵ También cabe traer a colación los acuerdos entre los Estados miembros celebrados para realizar un objetivo comunitario en casos no previstos en los Tratados, como sucedió con el Convenio de 7 de septiembre de 1967 para la asistencia mutua entre las administraciones aduaneras, el Convenio de 15 de diciembre de 1975 relativo a la patente comunitaria en el Mercado Común y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; este último ha dado lugar al Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) (DO L núm. 177, de 4 de julio de 2008).

¹¹⁶ Mediante un Protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al TCE. Por el art. 1 del Protocolo 19 anexo al Tratado de Lisboa sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea, los Estados miembros que participan en Schengen quedan autorizados a establecer entre sí una cooperación reforzada en los ámbitos referentes a las disposiciones definidas por el Consejo y que constituyen el acervo de Schengen.

¹¹⁷ Su denominación oficial es Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho el 27 de mayo de 2005. Los Estados Partes iniciales fueron Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria, luego se incorporaron otros Estados.

¹¹⁸ Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

¹¹⁹ Una síntesis de ese debate se encuentra en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm», REDE,

mayoritariamente la posición favorable a su legalidad. Al no existir una prohibición expresa en los Tratados, los Estados miembros pueden, como sujetos de Derecho internacional público que son, celebrar tratados entre ellos al amparo de las normas del Derecho de los tratados, siempre que el cumplimiento de sus obligaciones como Estados miembros de la UE no se vea afectado¹²⁰; en el asunto *Pringle*, el TJUE ha confirmado esta interpretación¹²¹.

La crisis económica y financiera ha aportado nuevos y relevantes supuestos de acuerdos *inter se* en la práctica de los Estados miembros: el Tratado por el que se crea el MEDE y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), ambos de 2012, son acuerdos *inter se* a los que se ha acudido para evitar las dificultades que se plantearían en una reforma de los Tratados. A ellos hay que añadir el Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución, de 2014¹²².

La celebración de estos acuerdos pone de relieve que los Estados implicados, ya sea por las dificultades que se derivarían del método comunitario, ya por conveniencias políticas, han preferido aprovechar las ventajas de flexibilidad que pone a su disposición el Derecho internacional. Como ha señalado Bruno de Witte,

«The advantages of these instruments are readily apparent. They are based on the fact that EU member states are still sovereign states with the capacity to conclude international treaties. By concluding a separate agreement, its signatories can bypass veto positions for single countries that may exist under EU law. Another ad-

2011, núm. 40, pp. 426-429. Esta autora considera que este tipo de acuerdos son plenamente aceptables y una alternativa posible a la cooperación reforzada, si bien el principio de cooperación leal otorga a las fórmulas intergubernamentales un carácter residual con respecto a la cooperación reforzada como mecanismos para profundizar en la integración, como consecuencia de lo cual los acuerdos *inter se* únicamente son admisibles cuando no cabe la cooperación reforzada, bien porque estemos en un ámbito de competencias estatales, bien porque no se haya autorizado aquella, bien porque el número de Estados interesados en avanzar en la integración se mantiene por debajo del umbral exigido para poder poner en marcha una cooperación reforzada (*op. cit.*, pp. 430 y 438-439).

¹²⁰ En la doctrina española, Araceli Mangas Martín se pronunció tempranamente a favor de integraciones diferenciadas al margen de las cooperaciones reforzadas («La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam», *Comunidad Europea Aranzadi*, octubre 1998, pp. 27-38); más recientemente, se ha preguntado «¿Pero qué norma impide a los Estados que desean avanzar hacerlo mediante acuerdos *ad hoc*?»: véase «Estudio Introductorio. Post-Lisboa y la larga crisis», en *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*, Madrid, 16.ª ed., Tecnos, 2012, p. 23 (reiterado en las ediciones posteriores).

¹²¹ Al afirmar que «los Estados miembros son competentes para celebrar entre ellos un acuerdo por el que se establezca un mecanismo de estabilidad como el Tratado MEDE, siempre que los compromisos asumidos por los Estados miembros contratantes en el marco de tal acuerdo respeten el Derecho de la Unión» (Sentencia *Pringle*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, apdo. 109).

¹²² *BOE* núm. 302, de 18 de diciembre de 2015. Tiene interés apuntar que en el Preámbulo de este Acuerdo se afirma: «Las Partes Contratantes reconocen que las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al igual que el Derecho internacional consuetudinario, son de aplicación respecto de todo cambio fundamental de circunstancias que se produzca contra la voluntad de las Partes y que afecte a la base esencial del consentimiento de estas en quedar obligadas por las disposiciones del presente Acuerdo... Por consiguiente, las Partes Contratantes pueden invocar las consecuencias de cualquier cambio fundamental de circunstancias que se produzca contra su voluntad, en virtud del Derecho internacional público» (apdo. 10).

*vantage is in relation to the entry into force: if you draw up a separate international agreement, you can also adopt specific rules for its entry into force...»*¹²³.

En definitiva, como apunta Marise Cremona,

*«It is quite interesting that member states in the end, when they are in a crisis and do not know what to do, fall back on what they know and what they know is the traditional kind of international agreement: they feel more comfortable with international agreements, they know how to do those things and... they did it remarkably quickly»*¹²⁴.

Así pues, estamos ante una vuelta al Derecho internacional y con estos nuevos acuerdos se reconocen las potencialidades del Derecho de los tratados, el cual al mismo tiempo se enriquece pues la necesidad de atender a todas las exigencias jurídico-económico-políticas arroja como resultado unos textos convencionales plagados de peculiaridades que llevan a los expertos a preguntarse si son «monstruos legales»¹²⁵, a decir que son piezas de «hechicería legal»¹²⁶, a hablar de las «contorsiones jurídicas» que contienen¹²⁷ o a calificarlos como «tratados parásitos»¹²⁸.

7. LA APOTEOSIS DE LAS CLÁUSULAS Y LOS RIESGOS CONSENTIDOS DE LA CLÁUSULA DE DESCONEJÓN

Otro rasgo muy destacado de la práctica convencional de la UE consiste en la inserción de cláusulas a través de las cuales preserva su sistema ju-

¹²³ DE WITTE, B., «Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty», *EUI Working Papers LAW* 2012/09, p. 6. En este sentido, el Tratado MEDE vincula su entrada en vigor a la manifestación del consentimiento por un grupo de signatarios cuyas cuotas iniciales de suscripción representen globalmente como mínimo el 90 por 100 del total de suscripciones (art. 48 del Tratado), mientras que el TEGC requiere la ratificación por doce Estados miembros de la zona euro (art. 14.2 del Tratado); este último Tratado contempla además una aplicación asimétrica pues estando abierto a la ratificación de los veinticinco Estados que lo suscriben, sin embargo es de aplicación a aquellos cuya moneda es el euro, mientras que a los demás lo será desde la fecha en que adopten la moneda única, si bien en el momento de manifestar el consentimiento cada uno de estos Estados, o con posterioridad a ese momento, puede declarar su intención de quedar vinculado por la totalidad o una parte de las disposiciones de los Títulos III y IV (art. 14.5 del Tratado). Todo esto supone una novedad en la práctica convencional de la UE, pero no lo es en absoluto desde la perspectiva del Derecho de los tratados.

¹²⁴ Intervención en el debate *Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty*, *cit.*, nota 123, p. 9.

¹²⁵ Repárese en el título del debate organizado en el Instituto Universitario Europeo sobre el TEGC, citado en las notas 123 y 124.

¹²⁶ DE SADELEER, N., «The New Architecture of the European Economic Governance: a Leviathan or a Flat-Footed Colossus?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, núm. 19, p. 369.

¹²⁷ LOUIS, J.-V., «Un traité vite fait, bien fait? Le traité du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire», *RTD eur.*, 2012, núm. 48, p. 15.

¹²⁸ LINDE PANIAGUA, E., «La mutación de la Unión Europea y de su Derecho originario: la modificación del artículo 136 del TFUE, y otros Tratados (Tratados parásitos) suscritos por Estados de la Unión Europea, en particular el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea», *RDUE*, 2012, núm. 23, pp. 87-104. Este autor denomina a este conjunto de acuerdos como «Derecho euro-intergubernamental» (pp. 88 y 103). Por su parte, Albrecht Weber los califica como «tratados internacionales intracomunitarios»: véase «Elementos de Derecho europeo e internacional para la garantía de la disciplina presupuestaria en la Unión Monetaria», *REDC*, 2013, núm. 98, pp. 47 y 52.

rídico, desarrolla sus políticas y extiende sus valores. La base de datos de la Oficina de Tratados ofrece largos inventarios de cláusulas de nación más favorecida, elemento esencial, no afectación, evolutiva, derechos humanos, readmisión, suspensión, etc.¹²⁹. Estas cláusulas no plantean problemas desde la perspectiva del Derecho de los tratados pues obedecen a la autonomía de la voluntad de las partes, siendo frecuente que en la práctica convencional general se recurra a este tipo de fórmulas, para lo cual los negociadores gozan de libertad. En este sentido, se ha dicho que:

«Para fomentar la participación... los negociadores han ideado y convenido estipulaciones escapatorias o de modulación del contenido del tratado. Cláusulas *facultativas*, de *exclusión*, de *excepción* y *restrictivas*, cláusulas que permiten la *opción* entre distintas disposiciones o su *modificación* en las relaciones entre solo algunos contratantes, aparecen solas o combinadas, al extremo de que en ocasiones resulta difícil delimitarlas»¹³⁰.

Sin embargo, es controvertida la llamada cláusula de desconexión, que Marise Cremona describe de la manera siguiente:

«*Disconnection clauses within an international agreement are designed to protect the autonomy of the Community, and now the Union, legal order by providing that as between EU Member State parties to agreement, the relevant provisions of Union law shall apply rather than the provisions of the international agreement. Disconnection clauses may be used where the EU is itself party alongside the Member States (mixed agreements), where Member States are parties but the EU is not, and even where the EU alone is a party*»¹³¹.

Algunos autores apuntan que el primer tratado que incluyó una cláusula de estas características fue el Convenio sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal, de 1988¹³²; desde entonces, la práctica es significativa¹³³. Desde el punto de vista de la Unión, sus ventajas son evidentes; como la Comisión Europea ha señalado en varias ocasiones, previene la fragmen-

¹²⁹ Pueden verse en <http://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do>. A las que aparecen en esa base de datos hay que añadir la cláusula de no proliferación, adoptada por el Consejo en noviembre de 2003 en relación con la estrategia de la UE contra las armas de destrucción masiva, como elemento a incluir en los acuerdos con terceros Estados (véase Doc. 14997/03, de 19 de noviembre de 2003, donde se proporciona un modelo de cláusula). Sobre el tema, puede verse GRIP, L., «The European Union non-proliferation clause: a preliminary assessment», *SIPRI Background Paper*, November 2009, disponible en www.sipri.org.

¹³⁰ REMIRO BROTONS, A. y otros, *op. cit.*, nota 26, p. 277.

¹³¹ CREMONA, M., «Disconnection Clauses in EU Law and Practice», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 160. Esta autora ofrece una útil descripción de las clases de cláusulas de desconexión (*ibid.*, pp. 162-170); también se proporciona una tipología en ECONOMIDES, C. P. y KOLLIPOULOS, A. G., «La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critique», *RGDIP*, t. 110, 2006, pp. 274-278.

¹³² Así lo afirma SMRKOLI, M., «The Use of the «Disconnection Clause» in International Treaties: What does it tell us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?», 2008, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1133002>. Para Jan Klabbbers, «[it] is possibly the first treaty in which it is contained» (*Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 220) y parecida cautela se encuentra en Marise Cremona, quien cita ese convenio diciendo que es «*One of the first (perhaps the first)*» (*op. cit.*, nota 131, p. 168).

¹³³ La producción doctrinal sobre este tema es abundante; además de las contribuciones citadas en otras notas de este apartado, véase también BORRÁS, A., «Les clauses de déconnexion et le droit

tación del Derecho de la UE y la segmentación del mercado interior, salvaguardando la primacía de este ordenamiento¹³⁴. Sin embargo, se ha señalado con razón que:

«Obviously, by pointing to the benefits for Community law of use of the disconnection clause, the Commission's reasoning fails to respond to concerns about its effects on the international legal order at large»¹³⁵.

Pues bien, desde la perspectiva del Derecho internacional la valoración de la cláusula de desconexión es bien distinta. Al respecto, el estudio de Constantin P. Economides y Alexandros G. Kolliopoulos¹³⁶ es una referencia obligada; en él se denuncia que puede atentar contra el principio de igualdad entre las partes en un tratado internacional y que si esta práctica se generalizara el Derecho internacional resultaría lesionado¹³⁷. El Informe del Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional elaborado por Martti Koskenniemi, haciéndose eco del mencionado estudio¹³⁸, también ha alertado sobre esta cláusula, diciendo que «parece difícil clasificarlas con referencia a una u otra disposición de la Convención de Viena y el efecto de la proliferación de estas cláusulas en la coherencia del tratado original parece problemático»¹³⁹, y añadiendo que «lo que puede parecer inquietante en esas cláusulas es que solo son aplicables a algunas partes en el tratado original y que el contenido del Derecho comunitario a que se refieren puede ser incierto y susceptible de modificación»¹⁴⁰. Este Informe apunta no obstante que el efecto —y por tanto el riesgo— de la cláusula depende de su concreta redacción y además proporciona pautas para valorar en cada caso su conformidad con las normas internacionales¹⁴¹, partiendo de que

international privé communautaire», en VV.AA., *Festschrift für Eric Jayme*, vol. I, Munich, Sellier, 2004, pp. 57-72.

¹³⁴ SEC (2001) 315, de 19 de febrero de 2001. Martina Licková resume argumentos similares desarrollados por el servicio jurídico del Consejo («European Exceptionalism in International Law», *EJIL*, vol. 19, 2008, p. 486). En la doctrina, Marise Cremona señala entre sus ventajas que la cláusula de desconexión facilita la celebración de acuerdos mixtos, pone énfasis en la unidad de la UE y sus Estados miembros y hace visibles las obligaciones de los Estados miembros a nivel internacional (*op. cit.*, nota 131, pp. 185-186).

¹³⁵ KLABBERS, J., *op. cit.*, nota 132, p. 222.

¹³⁶ ECONOMIDES, C. P. y KOLLIPOULOS, A. G., *op. cit.*, nota 131.

¹³⁷ Por su expresividad, reproducimos algunas frases: «L'accord qui contient une clause de déconnexion acquière ainsi le caractère d'un traité quasi inégal» (*op. cit.*, nota 131, p. 288); «la clause de déconnexion... vide la règle pacta sunt servanda de son contenu ... elle heurte violemment le principe de la primauté du droit international sur le droit propre des Parties... La clause de déconnexion est donc en contradiction manifeste avec l'esprit de ces deux principes fondamentaux du droit international» (*Ibid.*, p. 292); «la clause... risque d'affaiblir le droit international en engendrant une fragmentation négative» (*Ibid.*, p. 300).

¹³⁸ Al que cita en cuatro ocasiones seguidas (*op. cit.*, nota 112, pp. 169-170, notas 388-391).

¹³⁹ *Ibid.*, p. 171, párr. 291.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 171, párr. 292.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 171-173, apdos. 293-294. Las Conclusiones del Grupo de Estudio concretan las exigencias para este tipo de cláusulas en que no afecten a derechos de terceros, sean lo más claras y específicas posible, se refieran a disposiciones específicas del tratados y no menoscaben su objeto y fin (párr. 30). Las Conclusiones se encuentran en *Anuario CDI*, 2006, vol. II, pp. 195-202, p. 200. Al elaborar la Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados, de 2011, la CDI calificó la cláusula de desconexión entre las alternativas a las reservas; así, en el comentario a la directriz 1.7.1 se afirma que «La referencia a los acuerdos por los que dos o más Estados u organizaciones internacionales, en

(Véase nota 142 en página siguiente)

«la validez de una cláusula de desconexión dimana del consentimiento de las partes»¹⁴².

El tema ha sido objeto de debate en el seno del Consejo de Europa, donde las reticencias de varios Estados han forzado declaraciones explicativas y mejoras técnicas en la cláusula¹⁴³. Además, en 2007 el Comité de Ministros invitó al Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) a examinar las consecuencias jurídicas de la cláusula de desconexión en el Derecho internacional en general y en los convenios del Consejo de Europa en particular; el informe se aprobó en 2008¹⁴⁴ y en él, compartiendo la necesidad de analizar caso por caso, se destaca «*the importance of ensuring, when it is necessary to include «disconnection clauses» in future conventions, that all the parties to the convention are able to identify the applicable EC/EU rules so as to allow each party to ascertain the extent of each of the respective parties' commitment*»¹⁴⁵ y se apunta la conveniencia de recurrir a la fórmula de la declaración de competencia por parte de la Unión¹⁴⁶. De otro lado, aprovechando de que —como afirma— el término cláusula de desconexión «*it is not a term of art in international law*»¹⁴⁷, el CAHDI invita a reconsiderarlo y recuerda algunas sugerencias¹⁴⁸, tales como «cláusula UE»¹⁴⁹ o «cláusula

virtud de una disposición expresa de un tratado, se proponen excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en sus relaciones mutuas responde a las mismas preocupaciones. Por ejemplo, la Unión Europea y sus Estados miembros han insertado en los tratados multilaterales las denominadas «cláusulas de desconexión», mediante las cuales se proponen excluir la aplicación del tratado en sus relaciones mutuas, que se siguen rigiendo por el Derecho de la Unión» (*Informe de la CDI, 63.º periodo de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 66.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/66/10 Add. 1, p. 131*).

¹⁴² «Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», *op. cit.*, nota 112, p. 173, párr. 294. Como apunta Jan Klabbers, «*As long as other States agree to this (and this is usually the case) there is legally not much of a problem; politically, though, insisting on the inclusion of a disconnection clause smacks a bit of the exercise of raw power*» (*An Introduction to International Organizations Law*, Cambridge, 3.ª ed., Cambridge University Press, 2015, p. 283).

¹⁴³ Véanse las declaraciones hechas por la Comunidad Europea y sus Estados miembros en relación con el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (núm. 196), el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (núm. 197) y el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, detección, aprehensión y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo (núm. 198), todos de 2005; las declaraciones están recogidas en los correspondientes *Explanatory Report*, pp. 29-30, apdo. 272, p. 57, apdo. 375 y pp. 45-46, apdo. 306. Véanse también las opiniones de las delegaciones expresadas con ocasión de la 35.ª sesión del CAHDI en *Meeting Report*, CAHDI (2008) 15, pp. 2-4, disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800549e4>.

¹⁴⁴ En la 36.ª sesión del CAHDI; su texto constituye el Apéndice IV del *Meeting Report*, CAHDI (2008) 25, disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680054b0e>.

¹⁴⁵ *Meeting Report*, *op. cit.*, nota 144, apdo. 33. Sobre las vicisitudes de la cláusula de desconexión en el Consejo de Europa, véase DE SCHUTTER, O., «The Two Europes of Human Rights. The Emerging Division of Tasks between the Council of Europe and the European Union in Promoting Human Rights in Europe», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 14, 2008, núm. 3, pp. 536-542.

¹⁴⁶ *Meeting Report*, *op. cit.*, nota 144, apdo. 37.

¹⁴⁷ *Ibid.*, apdo. 10.

¹⁴⁸ *Ibid.*, apdos. 42-44.

¹⁴⁹ Apuntada por Jean Claude Juncker en «A Sole Ambition for the European Continent: Report by Jean Claude Juncker, Prime Minister of the Grand Duchy of Luxembourg, to the attention of the

de transparencia»¹⁵⁰, sin llegar a decantarse por ninguna. Esta propuesta no deja de ser un cambio cosmético inteligente pero secundario.

Con todo, es claro que la técnica de las cláusulas de desconexión se ha ido decantando de forma que se ha logrado limar los extremos más preocupantes. Esta apreciación nos podría infundir tranquilidad en lo que atañe al respeto al régimen del tratado en el que se insertan, si no fuera por lo sucedido recientemente en el caso *Charanne B.V. y Construction Investments SARL c. España*, relativo a los cambios en el régimen regulatorio de los sistemas de generación de electricidad basados en energía solar fotovoltaica. Para oponerse a la jurisdicción del tribunal arbitral administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), España, apoyándose en el razonamiento formulado por la Comisión Europea en su escrito *amicus curiae*, alegó la existencia de una cláusula de desconexión implícita para las relaciones intra-UE, cuyo objeto sería desvincular del Tratado sobre la Carta de la Energía, de 1994, a los Estados miembros, en sus relaciones entre ellos; dicha cláusula se derivaría de un paralelismo entre el art. 27 del citado Tratado y el art. 267 del TFUE así como de la existencia en la UE de una unión aduanera puesta en relación con el art. 7 del Tratado sobre la Carta de la Energía. En su Laudo Final de 21 de enero de 2016, el Tribunal arbitral desestimó estos argumentos y consideró que tal cláusula de desconexión implícita era innecesaria porque no había contradicción entre el TCE y el Derecho de la UE¹⁵¹.

Desde la esperanza de que esto no haya sido más que un extravagante argumento puntual, no parece necesario ocupar espacio para denunciar la quiebra total de la seguridad jurídica que supondría semejante cláusula implícita en manos de la siempre voraz Comisión Europea.

La cuestión de la cláusula de desconexión nos coloca en el umbral de aquellas manifestaciones de la práctica convencional de la UE que presentan aspectos más complejos. Nos referiremos aquí a una en concreto: las dificultades de calificación de algunos textos desde la perspectiva del Derecho de los tratados.

8. LAS DIFICULTADES DE CALIFICACIÓN

En efecto, la UE y sus Estados miembros adoptan con cierta frecuencia textos a los que denominan de forma diversa cuyo contenido permite que nos

Heads of State or Government of the Member States of the Council of Europe», de 11 abril 2006, p. 16. Sin embargo, el CAHDI considera que «*this term is already in use for various other types of clause, and does not reflect the fact that the "disconnection clause" may be in general terms and not specific to the EU*» (*Meeting Report, op. cit.*, nota 144, apdo. 43).

¹⁵⁰ Propuesta, entre otros autores, por Pieter Jan Kuijper en <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/CourseMaterialsUL/UL2010/Kuijper/KuijperReading4.pdf> (p. 6).

¹⁵¹ *Charanne B.V. y Construction Investments SARL c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 26 de enero de 2016, párrs. 252 y 433-439).

formulemos algunas preguntas a la luz de la práctica reciente, la cual suministra interesantes supuestos para el estudio desde estas perspectivas.

8.1. ¿Hay tratados ocultos?

Con la expresión «tratado oculto» se quiere aludir a un texto que contiene obligaciones convencionales internacionales de carácter jurídico pero que no se presenta como tal tratado ni se le denomina así¹⁵². Señalaremos aquí algunos candidatos a figurar en esa nómina de dudosa reputación.

Varios de estos aspirantes forman parte de los múltiples y diversos instrumentos jurídicos articulados para hacer frente a la crisis económica y financiera. En esta línea, cabe valorar el Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF), de 2010 y su Enmienda de 2011, que presentan diversas peculiaridades: el Acuerdo se celebró entre los Estados de la zona euro y la FEEF, sociedad anónima constituida en Luxemburgo; el Acuerdo y las obligaciones no contractuales que se refieran o deriven del mismo se regirán e interpretarán de conformidad con el Derecho inglés y las controversias entre los Estados se someterán al TJUE mientras que las que se planteen entre Estados y la FEEF se plantearán ante los tribunales de Luxemburgo; la Enmienda fue objeto de aplicación provisional. En los Estados miembros, unos lo tramitaron como tratado internacional y otros no¹⁵³ y la doctrina se ha mostrado dividida respecto a su calificación. Para Bruno de Witte no es un tratado¹⁵⁴ mientras que, entre nosotros, Antonio Pastor Palomar ha defendido lo contrario¹⁵⁵. Los instrumentos internacionales de rescate a Grecia, Irlanda, Portugal y España también son controvertidos en cuanto a su naturaleza jurídica¹⁵⁶.

¹⁵² La afortunada expresión, tomada de Charles Lipson, es utilizada por GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Tratados ocultos? Sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada «no convencional» en el marco de las competencias «reservadas» a los tratados internacionales», en VV.AA., *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 75-101 (la cita de Charles Lipson, en p. 78, nota 4).

¹⁵³ El gobierno alemán defendió ante el Tribunal Constitucional Federal que no lo era, y así lo refleja la Sentencia de 7 de septiembre de 2011.

¹⁵⁴ DE WITTE, B., «Using international Law in the euro crisis. Causes and consequences», *ARENA Working Paper*, núm. 4, 2013, pp. 1-25. Se basa en que una de las partes es una sociedad privada y que se aplica el Derecho inglés.

¹⁵⁵ PASTOR PALOMAR, A., «El Derecho internacional en los mecanismos de rescate financiero en la zona euro», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y ABAD CASTELOS, M. (dirs.), GUINEA LLORENTE, M. y TUÑÓN NAVARRO, J., (coords.), *Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: El papel de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 297-301. Entre otros argumentos, considera que cabe interpretar que los Estados han querido conceder a la FEEF capacidad para celebrar el tratado, que el Derecho inglés no es el único aplicable y que un buen número de disposiciones contienen decisiones soberanas de los Estados. Del mismo autor, puede verse «The interplay between EU Law and international Law to set up the Eurozone Rescue Mechanisms», en SCHMIDT, J., ESPLUGUES, C. y ARENAS, R. (eds.), *EU Law after the financial crisis*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 5-23.

¹⁵⁶ Véanse las reflexiones que sobre estos instrumentos desarrolla PASTOR PALOMAR, A., «El Derecho internacional en los mecanismos de rescate financiero en la zona euro», *op. cit.*, nota 155, pp. 292-297 y 301-304.

Otros casos proceden de las medidas adoptadas para atajar la llamada crisis de los refugiados. Así sucede con la Resolución de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre la reubicación desde Grecia e Italia de 40.000 personas claramente necesitadas de protección internacional¹⁵⁷ y con las Conclusiones de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales de 20.000 personas claramente necesitadas de protección internacional, de 20 de julio de 2015¹⁵⁸, textos ambos que pueden ser considerados como acuerdos en forma simplificada.

Por último, es probable que también merezca estar aquí la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2006 sobre la crisis migratoria¹⁵⁹. Los términos utilizados, tanto en su título como en su contenido, huyen de la terminología convencional¹⁶⁰ pero se ha dicho que:

«Both the text and context of the EU-Turkey Statement support the view that it is a treaty. The parties “decided” to end the irregular migration from Turkey to the EU, and, to that purpose, they “agreed” on a number of action points... All this indicates that the EU-Turkey Statement was meant to sort legal effects. This, in turn, indicates that both parties intended to bind themselves and that, therefore, it is a treaty...» ... «We are therefore of the view that the EU-Turkey Statement is a treaty with legal effects, despite its name and despite internal EU rules not having been observed.»¹⁶¹

En el mismo orden de ideas, también se ha estimado que:

«In spite of its elusive title, the Statement appears to be an international agreement»¹⁶²... «With regard to its content, there is little doubt that the State-

¹⁵⁷ Resolución 11097/15, de 20 de julio.

¹⁵⁸ Resolución 11130/15, ASIM 62 RELEX 633, Anexo (disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/en/pdf>).

¹⁵⁹ La UE ha proporcionado un resumen a través de un comunicado de prensa (*Press Release* 144/16, de 18 de marzo de 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>; última consulta: 14 de junio de 2016) pero su texto completo ha sido publicado —entre otros— por la Cámara de los Comunes (disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmselect/cmeuleg/342-xxix/34206.htm>; última consulta: 14 de junio de 2016).

¹⁶⁰ Curiosamente, en las observaciones formuladas por el Presidente del Consejo Europeo después de la reunión, Donald Tusk usa el término «*agreement*» cinco veces [«*Statements and Remarks*», 151/16, de 18 de marzo de 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-tusk-remarks-after-euco-turkey/> (última consulta: 14 de junio de 2016)].

¹⁶¹ DEN HEIJER, M. y SPIJKERBOER, Th., «*Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*», post publicado el 7 de abril de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html> (última consulta: 14 de junio de 2016). En la misma dirección, Antonietta M. Gatti apunta «*that the leaders of EU States intended to ‘hide’ the binding nature of the statement*» («*The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 1 of 2)*»), post publicado el 18 de abril de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/> (última consulta: 14 de junio de 2016). En cambio, Steve Peers adopta una perspectiva formal para sostener lo contrario: «*Since the agreement will take the form of a ‘statement’, in my view it will not as such be legally binding*» («*The draft EU-Turkey deal on migration and refugees: is it legal?*»), post publicado el 16 de marzo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-draft-eu-turkey-deal-on-migration.html> (última consulta: 14 de junio de 2016).

¹⁶² Editorial, «*Disintegration Through Law?*», *European Papers*, vol. 1, 2016, p. 3, disponible en: <http://europeanpapers.eu/en/e-journal/disintegration-through-law> (última consulta: 14 de junio de 2016).

ment is not a mere declaration of principles, but rather a full-fledged normative scheme, spelling out specific conduct for the parties»... «With regard to the intent, the phraseology used in the Statement clearly indicates that the parties intended its provisions to be binding in their reciprocal relations»¹⁶³.

Las dudas sobre la naturaleza jurídica de la Declaración han llegado también al Parlamento Europeo (PE), tanto por la vía de preguntas¹⁶⁴ como en los debates; en uno de ellos, el Presidente del Consejo señaló —como cabía esperar— que *«in our position it is not an agreement within the legal meaning of Article 218 of the Treaty»* y dijo que se trataba de un acuerdo político¹⁶⁵.

8.2. ¿Hay acuerdos inventados?

Utilizamos esta expresión para plantear el caso de la Declaración dirigida a la República Bolivariana de Venezuela sobre la concesión de posibilidades de pesca en aguas de la UE a los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de la República Bolivariana de Venezuela en la zona económica exclusiva frente a la costa de la Guayana francesa, de 2011, que figura como anexo de una Decisión del Consejo¹⁶⁶. Objeto de recursos de anulación presentados por el Parlamento Europeo y por la Comisión, la Abogada General Eleanor Sharpston se planteó en sus Conclusiones la cuestión de la calificación jurídica de dicha Declaración, inclinándose por considerarla como un acto unilateral, en el sentido que este concepto tiene en Derecho internacional público¹⁶⁷. Sin embargo, en su Sentencia de 26 de noviembre de 2014¹⁶⁸, apoyándose en una discutible interpretación del art. 62.2 de la Convención de las Naciones

¹⁶³ *Ibid.*, p. 4.

¹⁶⁴ El tema ha sido objeto de una pregunta al Consejo con solicitud de respuesta oral, con el título «Carácter jurídico y vinculante del denominado «Acuerdo UE-Turquía»» (efectuado el 22 de marzo de 2016, núm. O-000053/2016, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bOQ%2bO-2016-000053%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fES&language=ES>; última consulta: 14 de junio de 2016).

¹⁶⁵ Se planteó en la sesión de 28 de abril de 2016 a propósito del tema Aspectos jurídicos, control democrático y ejecución del Acuerdo entre la UE y Turquía; opinaron en sentido contrario de esta posición los europarlamentarios Sophie in 't Veld y Juan Fernando López Aguilar, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20160428+ITEM-002+DOC+XML+V0//ES>; última consulta: 14 de junio de 2016. El interés del PE se relacionaba tanto con el deseo de controlar su contenido, del que muchos de sus miembros discrepaba, como de defender las competencias de la institución en materia de celebración de tratados internacionales.

¹⁶⁶ Decisión 2012/19/UE, de 16 de diciembre de 2011, por la que se aprueba, en nombre de la Unión Europea, la Declaración sobre la concesión de posibilidades de pesca en aguas de la UE a los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de la República Bolivariana de Venezuela en la ZEE frente a la costa de la Guayana francesa.

¹⁶⁷ Véanse los apdos. 83-98 de las Conclusiones. Como se ha señalado, *«The Opinion delivered by Advocate General Sharpston bears the hallmark of true inter-judicial dialogue. The Advocate General provided a rigorous analysis of the juridical character of both international agreements and unilateral acts in international law and critically examined both the relevant case-law of the ICJ and the work of the ILC before concluding that the Decision in question constituted in fact a unilateral juridical act»*: véase KASSOTI, E., «Fragmentation and Inter-Judicial Dialogue: The CJEU and the ICJ at the Interface», *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, 2015, núm. 2, p. 47.

¹⁶⁸ Sentencia Parlamento y Comisión /Consejo, C-103/12 y C-165/12, ECLI:EU:C:2014:2400.

Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁶⁹ el TJUE no dudó en considerarla como un tratado internacional, pese a que nunca se había negociado con Venezuela y a que la propia Declaración advierte de que el compromiso podrá ser retirado por la UE en cualquier momento, mediante otra declaración unilateral¹⁷⁰.

Para Ricardo Gosalbo Bono, «la Declaración puede tipificarse como un instrumento unilateral que emana de la UE destinado a producir efectos jurídicos conforme al Derecho internacional... Se trata de un instrumento unilateral porque nada en el texto de la Declaración sugiere que la validez de tal compromiso dependa de la aceptación ulterior de Venezuela. La Declaración tampoco impone obligaciones a Venezuela sin su consentimiento... Es más, en la Declaración, la UE se reserva el derecho a retirar, en cualquier momento, mediante una declaración unilateral, el compromiso específico expresado en la Declaración»¹⁷¹. Todos estos elementos llevan a considerar que no se trataba de un acuerdo internacional¹⁷² y por tanto que el TJUE «inventó» su existencia. Seguramente, en la decisión del Tribunal pesó la inexistencia de base jurídica y por tanto de procedimiento para la realización de declaraciones unilaterales vinculantes por parte de la UE¹⁷³, lo que le llevó a desplazar la Declaración controvertida al terreno conocido y más confortable de los acuerdos internacionales pero esto ha sido a costa de desnaturalizar el concepto de tratado e ignorar la institución del acto unilateral, lo que desde la perspectiva del Derecho internacional es un precio demasiado alto.

¹⁶⁹ Véase DE PIETRI, D., «La doctrina de los actos unilaterales pasa inadvertida ante el TJUE. Comentario a la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2014, asuntos acumulados C-103/2012 y C-165/2012, Parlamento Europeo y Comisión/Consejo», *La Ley*, marzo de 2015, núm. 24, pp. 22-32, pp. 27-28.

¹⁷⁰ El apartado 4 de la Declaración dispone que la UE «podrá retirar en cualquier momento, mediante una declaración unilateral, el compromiso específico expresado en la presente Declaración de conceder posibilidades de pesca».

¹⁷¹ GOSALBO BONO, R., «Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión Europea», *RDCE*, 2015, núm. 50, p. 267.

¹⁷² Así lo entiende DE PIETRI, D., *op. cit.*, nota 169, pp. 29-30. Ricardo Gosalbo Bono no lo afirma tajantemente, pero la misma conclusión parece desprenderse de sus valoraciones (*op. cit.*, nota 171, pp. 269-270). Para Gabriela A. Oanta, el TJUE «fuerza mucho al considerarlo un acuerdo internacional, perdiendo, de este modo, una excelente ocasión... para pronunciarse, por vez primera, sobre la capacidad de la UE para emitir actos unilaterales», estimando que «la situación a la que se enfrenta Venezuela podría considerarse bien como un acto unilateral adoptado por la UE» («Tres sentencias claves para la delimitación del contorno jurídico de las competencias convencionales de la Unión Europea en el ámbito pesquero», *RDCE*, 2016, núm. 53, pp. 217 y 218, respectivamente). Desde luego, la Declaración cumple con lo que Eva Kassotí denomina los principales indicadores de unilateralismo: ausencia de un contexto de Derecho de los tratados, ausencia de norma que requiera reciprocidad y ausencia de un contexto de negociaciones (*The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leiden/Boston, Brill, Nijhoff, 2015, pp. 98-104).

¹⁷³ En este sentido, Jed Odermatt señala que «*Had the Court determined the instrument to be a unilateral declaration, as the AG had recommended, it would have been faced with the complex task of determining which EU rules should apply to adoption of such instruments*» (*op. cit.*, nota 5, p. 127). La Abogada General proponía aplicar el art. 218 del TFUE por analogía, en concreto el apdo. 6.a inciso v) (véanse los apdos. 123 y 184 de las Conclusiones). Cécile Rapoport ha sugerido unificar los procedimientos de elaboración de los compromisos internacionales de la UE, incluyendo los relativos a las declaraciones unilaterales (*op. cit.*, nota 39, pp. 160-161).

8.3. La *non nata* Decisión sobre el *Brexit*: ¿un acuerdo político, un acuerdo para interpretar o también para enmendar?

Aunque no haya llegado a entrar en vigor y su vida haya sido corta, la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la UE, adoptada en el Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016¹⁷⁴, es un objeto de estudio insoslayable¹⁷⁵. En su carta de noviembre de 2015, el Primer Ministro David Cameron dijo que el arreglo debía ser «jurídicamente vinculante»¹⁷⁶; una vez adoptada la Decisión el gobierno británico afirmó que se había cumplido su exigencia¹⁷⁷. Y, ciertamente, en las Conclusiones del mencionado Consejo Europeo se señala que «la Decisión es jurídicamente vinculante»¹⁷⁸. Pero conviene analizar a la luz del Derecho de los tratados cuál es la naturaleza de este texto y el alcance de esa vinculación jurídica.

Araceli Mangas Martín lo ha calificado como acuerdo político, también como acuerdo no normativo, afirmando que «como tal Acuerdo político es vinculante para los Estados miembros, solo ellos podrían modificar o derogar su propio acuerdo no normativo. Este acuerdo no es muy distinto a un memorándum de entendimiento que obliga a las partes a cumplirlo de buena fe»¹⁷⁹ y añadiendo: «la vía elegida es el acuerdo político o no normativo de los miembros de la UE para eludir doblemente el procedimiento europeo de

¹⁷⁴ Anexo I a las Conclusiones del Consejo Europeo del 18 y 19 de febrero de 2016 (EUCO 1/16). Al día siguiente del referéndum británico, la Declaración conjunta de los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo y la Comisión Europea afirmó que «no entrará en vigor y dejará de existir» (Statement/16/2329, de 24 de junio de 2016).

¹⁷⁵ Esta Decisión resucita los debates sobre la naturaleza jurídica de la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el TUE, de 1992 y la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los veintisiete miembros de la UE, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa, de 2009. La Opinión del Servicio Jurídico del Consejo sobre el proyecto de Decisión las cita expresamente (Opinión de 8 de febrero de 2016, EUCO 15/16 JUR 64, apdo. 3. Disponible en http://www.parliament.uk/documents/commons-committees/european-scrutiny/0413_001.pdf). Un resumen de las posiciones doctrinales mantenidas entonces puede verse en PALOMARES AMAT, M., «Las decisiones de los Jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica para regular, transitoriamente, la participación en la Unión Europea de nuevos Estados surgidos de la separación de Estados miembros», *REAF*, 2013, núm. 17, pp. 146-183, pp. 170-174; también, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Las declaraciones en el derecho comunitario. Estudio de las declaraciones a los tratados y al derecho derivado*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 112 y 127-130. ALCOCEBA GALLEGU, A., *Fragmentación y diversidad en la construcción europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 136-139 y ALCOCEBA GALLEGU, A., «Irlanda y el Tratado de Lisboa: un nuevo compromiso de Edimburgo», *RGDE*, 2009, núm. 19.

¹⁷⁶ «I hope that this letter can provide a clear basis for reaching an agreement that would, of course, need to be legally-binding and irreversible - and where necessary have force in the Treaties» (Prime Minister letter to President of the European Council Donald Tusk, p. 5, disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/475679/Donald_Tusk_letter.pdf).

¹⁷⁷ Véase el informe *The best of both worlds: the United Kingdom's special status in a reformed European Union*, febrero 2016, pp. 33-34, apdo. 2.129 (disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/502291/54284_EU_Series_No1_Web_Accessible.pdf).

¹⁷⁸ Conclusiones, I.3.iii) (EUCO 1/16, p. 2).

¹⁷⁹ MANGAS MARTÍN, A., «El futuro del Reino Unido: ¿salir de la UE o cambiar la UE?», Conferencia pronunciada el 30 de noviembre de 2015 en el ciclo organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, actualizada tras el Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, p. 2.

revisión de los Tratados y el procedimiento parlamentario nacional de autorización de acuerdos internacionales»¹⁸⁰.

Otros se decantan a favor de considerarlo como un acuerdo internacional en forma simplificada. Es el caso de Alan Dashwood¹⁸¹, de Steven Peers¹⁸² o José Martín y Pérez de Nanclares, para quien el elemento clave está en si resulta jurídicamente vinculante y ante la afirmación expresa en este sentido contenida en las Conclusiones del Consejo Europeo, entiende que «existe un elemento capital que impide de plano poder considerar a la Decisión como un acuerdo internacional no normativo, a saber, la expresa voluntad de los celebrantes del acuerdo de que resulte jurídicamente vinculante... Así pues, si la voluntad de los celebrantes es la de dotar al acuerdo de un efecto jurídicamente vinculante no cabrá en modo alguno calificar la Decisión como acuerdo internacional no normativo (o como un acuerdo político)» y concluye que se trata de un «acuerdo internacional celebrado de manera simplificada»¹⁸³. Esta fue también la posición del Servicio Jurídico del Consejo en la Opinión emitida sobre el proyecto de Decisión¹⁸⁴.

Sin embargo, aceptando esta calificación, la cuestión no está totalmente resuelta pues queda por determinar qué tipo de acuerdo internacional es: un tratado conforme al art. 2.a) de las Convenciones de Viena o un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación del tratado, en el sentido del art. 31.3.a) de dichas Convenciones. La distinción no es baladí porque —como ha señalado Georg Nolte— «aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo [interpretativo] es un tratado»¹⁸⁵; además, de los trabajos de la CDI sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados se desprenden algunas consideraciones que son relevantes para nuestro análisis. Así, como también advirtió el relator especial Nolte, «Un ‘acuerdo’ en virtud del art. 31.3.a) no necesariamente debe ser vinculante»¹⁸⁶ y «No es preciso

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 3. Esa calificación como acuerdo político es reiterada por MANGAS MARTÍN, A., en «Los dilemas del Reino Unido y de la UE: ¿salir o cambiar la Unión?», *RIE*, DT 3/2016, pp. 7 y 23; en «Referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la UE: Consecuencias», *España y el riesgo del Brexit*, Círculo Cívico de Opinión, Cuadernos 18, junio 2016, (disponible en <http://www.circulocivicocodeopinion.es/download/pdf/cuadernos18.pdf>) habla de «acuerdo político» (p. 9) y de «Decisión política» (p. 18).

¹⁸¹ DASHWOOD, A., «A ‘Legally Binding and Irreversible’ Agreement on the Reform of the EU», *Henderson Chambers*, 19 de febrero de 2016, pp. 2 y 4.

¹⁸² Quien se refiere a «*its status as a treaty, it is binding under international law*»: véase S. PEERS, «The Final UK/EU renegotiation deal: legal status and legal effect», post publicado el 21 de febrero de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/02/the-final-ukeu-renegotiation-deal-legal.html> (última consulta: 14 de junio de 2016).

¹⁸³ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Unión Europea ante el desafío del *Brexit*: de la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno a la activación del procedimiento de retirada», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, junio-septiembre 2016, núm. 43 (pendiente de publicación). Carlo Curti Gialdino se inclina también por la calificación de acuerdo internacional en forma simplificada («*To be or not to be togheter...’ Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell’UE: una prospettiva ragionevole per l’integrazione europea?*», *Federalismi.it*, 2016, núm. 3, p. 4).

¹⁸⁴ EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdo. 4.

¹⁸⁵ NOLTE, G., *op. cit.*, nota 16, párr. 68.

¹⁸⁶ NOLTE, G., «Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», A/CN.4/671, párr. 56. En consonancia, el Proyecto de conclusión 10

que dicho acuerdo [interpretativo] se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁸⁷. Incluso apunta que:

«De hecho, si las partes concluyen un acuerdo jurídicamente vinculante acerca de la interpretación de un tratado, se plantea entonces la cuestión de si se pretende que dicho acuerdo sea un medio de interpretación más entre otros tantos o si primaría sobre el tratado»¹⁸⁸.

Algunos expertos se inclinan por afirmar que se trata de un acuerdo interpretativo. Según Pavlos P. Eleftheriadis, la Decisión «*is legally binding only in the weak sense that, as a matter of international law, it provides material that is relevant to the interpretation of existing treaties under Article 31 of the Vienna Convention*»¹⁸⁹. Ahora bien, para concluir que estamos ante un mero acuerdo interpretativo habría que determinar si esa es su única finalidad. En esta vía, resulta que la Opinión del Servicio Jurídico del Consejo —que coincide en calificarla como acuerdo en forma simplificada¹⁹⁰— señala que:

«*Decision of the Heads of State or Government in the present case is an instrument of international law by which the 28 Member States agree on a joint interpretation of certain provisions of the EU Treaties and on principles and arrangements for action in related circumstances*»¹⁹¹.

Con lo que viene a reconocer que la finalidad de la Decisión no es meramente interpretativa. Esta pluralidad de objetivos aflora de nuevo en otro apartado de la Opinión, al afirmar:

«*In the case of the present draft Decision, its content is drafted in such a way that many of its provisions use legal terminology commonly used in order to pro-*

aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en primera lectura establece en su párr. 1 que «Un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Aunque se tendrá en cuenta, dicho acuerdo no tiene que ser legalmente vinculante» (A/CN.4/L.874).

¹⁸⁷ *Ibid.*, párr. 54. Esta precisión es pertinente porque uno de los argumentos esgrimidos por el gobierno británico para justificar que la Decisión es un acuerdo jurídicamente vinculante es que ha sido registrada (por el propio gobierno) en Naciones Unidas (*op. cit.*, nota 177, apdo 2.129). El *Manual de Tratados* preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas advierte en su apartado 5.3.1 de que «El registro de un instrumento en la Secretaría no implica un juicio de la Secretaría sobre la índole del instrumento, el estatuto jurídico de una parte o cualquier cuestión análoga. Por tanto, la aceptación por la Secretaría de un instrumento para su registro no conferirá a ese instrumento la condición jurídica de tratado o acuerdo internacional si el instrumento no posea ya esa condición jurídica». (Edición revisada de 2013, p. 31, disponible en <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>).

¹⁸⁸ NOLTE, G., *op. cit.*, nota 186, párr. 57.

¹⁸⁹ «The Proposed New Legal Settlement of the UK with the EU», post publicado el 13 de febrero de 2016, disponible en <https://ukconstitutionallaw.org/> (última consulta: 14 de junio de 2016). También Stefani Weiss y Steven Blockmans consideran que la Decisión es un acuerdo interpretativo («The EU deal to avoid Brexit: Take it or leave», *CEPS Special Report*, núm. 131, febrero 2016, p. 11, disponible en www.ceps.eu). La misma opinión manifestó Damian Chalmers ante la Cámara de los Comunes (<http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/european-scrutiny-committee/uk-governments-renegotiation-of-eu-membership-parliamentary-sovereignty-and-scrutiny-follow-up/written/29456.html>).

¹⁹⁰ EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdo. 4.

¹⁹¹ EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdo. 4 (redonda añadida). Para reforzar la calificación como acuerdo interpretativo, la Opinión trae a colación el asunto *Rottmann*, en el que el TJUE tomó en consideración la Declaración de Edimburgo de 1992 como instrumento de interpretación de los Tratados (*ibid.*, p. 8).

*vide for legal obligations. The draft Decision contains provisions, which are of interpretative character, as well as provisions setting out principles and new arrangements. Where providing for legal obligations was considered not necessary or appropriate, notably in order to respect the institutional autonomy of EU institutions, a few provisions have a descriptive or programmatic character»*¹⁹².

Algo parecido sucede con el Preámbulo de la Decisión, en el que los Jefes de Estado o de Gobierno se muestran:

«Con la intención de aclarar en la presente Decisión determinados temas de particular importancia para los EEMM de forma que dicha aclaración tenga que tomarse en consideración como un instrumento para la interpretación de los Tratados; con la intención *asimismo* de llegar a acuerdos en cuestiones como la función de los Parlamentos Nacionales en la Unión, así como la gestión eficaz de la unión bancaria y de las consecuencias de la mayor integración de la zona del euro»¹⁹³.

Por consiguiente, la Decisión *Brexit* desborda el art. 31.3.a) de las Convenciones de Viena y constituye un tratado internacional celebrado, eso sí, en forma simplificada, lo que explica que en la Opinión del Servicio Jurídico se invoquen tanto aquella disposición como el art. 11¹⁹⁴.

Despejadas las incógnitas anteriores, queda la duda de si alguna de las previsiones recogidas en la Decisión añade o modifica algo en los Tratados constitutivos, lo que en caso afirmativo nos colocaría ante las figuras reguladas en los arts. 30 —tratados sucesivos concernientes a la misma materia— o el art. 39 —enmienda de los tratados— de las Convenciones de Viena pero con la dificultad añadida de que los Tratados constitutivos de la UE están sometidos a un mecanismo específico de revisión regulado en el art. 48 del TUE. En una primera aproximación, hay que tener presente que el relator especial Georg Nolte ha reconocido que «a menudo es muy difícil establecer una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores conforme al artículo 31.3.a) que no son vinculantes como tales y, finalmente, acuerdos sobre la modificación de un tratado de conformidad con el artículo 39. Parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que se puedan estipular en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre estas diferentes formas de acuerdos ulteriores»¹⁹⁵. Para afrontar el problema, el relator especial ofrece una reflexión útil:

«Parece que el enfoque más razonable consiste en considerar que no puede establecerse la línea divisoria entre interpretación y modificación utilizando criterios abstractos, sino que debe inferirse, en primer lugar, del propio tratado,

¹⁹² EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdo. 10.

¹⁹³ Cursiva añadida.

¹⁹⁴ EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdos. 4 y 5. Lo cual no impide que —como indica J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES— junto a su «naturaleza de tratado» la Decisión tenga también una «función interpretativa» (*op. cit.*, nota 183).

¹⁹⁵ NOLTE, G., *op. cit.*, nota 186, párr. 163.

del carácter de la disposición convencional concreta en cuestión y del contexto jurídico en el que esté inmerso el tratado, así como de las circunstancias específicas del caso»¹⁹⁶.

En nuestro caso, no se puede ocultar que desde la doctrina se han apuntado de forma convincente algunos extremos del contenido de la Decisión en los que parece que se desbordan las previsiones de los Tratados. A propósito de la Sección C, Soberanía, Araceli Mangas Martín entiende que «El Consejo Europeo... se equivoca y se adentra en una línea roja cuando afirma... que “Se reconoce que el Reino Unido, habida cuenta de su situación específica conforme a los Tratados, no se ha comprometido a una mayor integración política en el seno de la Unión Europea”. El art. 1 es aplicable a todos... y no puede exonerar ahora del compromiso»¹⁹⁷. Por lo que atañe al papel de los Parlamentos Nacionales, también considera que la Decisión «roza la legalidad o contiene un error»¹⁹⁸ al ampliar a doce semanas el plazo para emitir un dictamen motivado en relación con el principio de subsidiariedad y considera que esta parte de la Decisión «introduce distorsiones jurídicas que pueden afectar al principio constitucional de equilibrio institucional»¹⁹⁹. No obstante, también hay que tener en cuenta que las Conclusiones del Consejo Europeo afirman tajantemente que «el contenido de la Decisión es totalmente compatible con los Tratados»²⁰⁰ y el Preámbulo de la Decisión proclama la voluntad de los Jefes de Estado o de Gobierno de «resolver, de conformidad con los Tratados, algunas cuestiones...».

Estas cautelas, fruto del buen hacer profesional de los juristas que prepararon el texto, facilitan acogerse a la tabla de salvación que proporciona el Proyecto de conclusión 7.3 de los que está elaborando la CDI sobre el tema de los acuerdos ulteriores al que venimos refiriéndonos. Se trata de una presunción que concreta las indicaciones del relator especial de la manera siguiente:

«Se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo alcanzado ulteriormente o una práctica seguida en la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado, y no de enmendarlo o modificarlo»²⁰¹.

De esta forma, la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional vienen en auxilio de la Unión, ayudando a solventar una espinosa cuestión.

¹⁹⁶ *Ibid.*, párr. 165.

¹⁹⁷ MANGAS MARTÍN, A., «Los dilemas del Reino Unido y de la UE: ¿salir o cambiar la Unión?», *op. cit.*, nota 180, p. 12.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 13. Añade que «es una modificación “salvaje” del Protocolo al margen del procedimiento de reforma» (*ibid.*).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 14.

²⁰⁰ I.3.ii).

²⁰¹ A/CN.4/L.874, p. 3.

9. LAS REPERCUSIONES DE LA PRÁCTICA CONVENCIONAL DE LA UE SOBRE EL SISTEMA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: UN BREVE APUNTE DESDE LA PERSPECTIVA DE ESPAÑA

Algunas de las manifestaciones de la versátil práctica desplegada por la UE incide en los Estados miembros provocando tensiones en su sistema interno de celebración de tratados. A ello contribuye la creciente tendencia a recurrir a acuerdos internacionales administrativos y a acuerdos internacionales no normativos que —al igual que en los Estados— se está desarrollando en la Unión²⁰². Como consecuencia, en ocasiones se producen distorsiones, ya sea en el sentido de que un mismo texto puede ser tramitado como tratado en unos Estados y en otros no, ya sea en relación con el derecho interno en materia de tratados. Plantaremos aquí algunos casos relacionados con la práctica española.

La primera situación se ha producido en relación con algunos de los instrumentos creados para atajar la crisis económica y financiera. Ya hemos aludido más arriba al Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, de 2010. Pues bien, frente a lo que ocurrió en Alemania²⁰³ en España se tramitó como un tratado internacional porque tanto el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) como el Consejo de Estado entendieron que implicaba obligaciones financieras para la Hacienda Pública y renuncia a inmunidades procesales del Estado²⁰⁴. Lo mismo sucedió con la Enmienda de 2011²⁰⁵. En relación con el rescate de Grecia, el Acuerdo entre Acreedores y el Acuerdo de Servicio de Préstamo, de 2010, fueron también tramitados como tratados²⁰⁶; en cambio, en lo que atañe al caso de España, tanto el Acuerdo de Facilidad de Asistencia Financiera y el Acuerdo de Transferencia y Asunción, hechos en Madrid y en Luxemburgo el 29 de noviembre de 2012 como el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el

²⁰² Sobre este tema puede verse PASTOR PALOMAR, A., «Efecto de los acuerdos internacionales en el derecho de la UE: práctica reciente y perspectiva de España», en BENEYTO, J.M. (coord.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo IX: Acción Exterior de la UE: Parte General*, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, en edición, 2016 y GARCÍA ANDRADE, P. «The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments», *European Papers*, vol. 1, 2016, núm. 1 (disponible en <http://europeanpapers.eu/en/e-journal/distribution-powers-between-eu-institutions-conducting-external-affairs>; última consulta: 14 de junio de 2016). Es útil también el documento de la Comisión Europea «Vademecum on the External Action of the European Union», *op. cit.*, nota 23, pp. 52-55 así como el de la Secretaría General del Consejo denominado «Manual of Precedents for International Agreements and Related Acts», SN 1295/10 REV 6, 2015.

²⁰³ Véase nota 153.

²⁰⁴ Véase el Dictamen del Consejo de Estado 1143/2010, de 10 de junio. El Acuerdo Marco se publicó en el *BOE* núm. 164, de 11 de julio de 2011.

²⁰⁵ Véase el Dictamen del Consejo de Estado 1464/2011, de 8 de septiembre. La Enmienda de 2011 se publicó en el *BOE* núm. 216, de 8 de septiembre de 2011.

²⁰⁶ Véase el Dictamen del Consejo de Estado 990/2010, de 2 de junio. Los acuerdos se publicaron en el *BOE* núm. 117, de 13 de mayo de 2010.

24 de julio de 2012 se publicaron en el *BOE* pero no fueron calificados como tratados internacionales²⁰⁷. Según Antonio Pastor Palomar, «Ambos instrumentos... son susceptibles de ser cubiertos formal y materialmente» por el Acuerdo Marco de la FEEF²⁰⁸ por lo que pueden considerarse como acuerdos internacionales administrativos²⁰⁹. Sin embargo, esta opinión no es compartida unánimemente. En particular, Antonio Fernández Tomás ha señalado tres razones en contra de tal calificación:

«*Firstly, because even if the treaty signed by the 16 countries of the euro zone and the EFSF in 2010 is a framework agreement, not all developing agreements of a framework agreement need to be administrative agreements. They may as well be new international treaties needing parliamentary authorization. Secondly, as it is pointed in the Constitutional Court Ruling STC 155/2005 (June 9th 2005), mutatis mutandis, "the financial dimension of the obligation assumed by the Spanish Treasury Authorities according to these New Agreements renders the ex ante parliamentary authorization unavoidable". Thirdly, the International Legal Advisory itself, in the context of similar agreements established by the other 15 members of the EU for the bailout of Greece (Spain being of the creditors on that occasion), considered that agreement to be a treaty implying financial obligations for the Treasury Authorities (Article 94.1.d Spanish Constitution) and therefore subjecting it to ex ante parliamentary authorization*»²¹⁰.

La cuestión de la naturaleza jurídica de los instrumentos de ayuda financiera a España estuvo presente durante la tramitación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales²¹¹ e influyó en la posición de algunos grupos políticos²¹².

²⁰⁷ *BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012.

²⁰⁸ PASTOR PALOMAR, A., «Tipos de acuerdos internacionales celebrados por España: al hilo del Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales de noviembre de 2013», *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 1, p. 335.

²⁰⁹ Véase PASTOR PALOMAR, A., «El Derecho internacional en los mecanismos de rescate financiero en la zona euro», *op. cit.*, nota 155, pp. 301-304. Sin embargo, este autor deja margen para la duda cuando apunta que «el Acuerdo de Asistencia no se tramitó en España como un tratado internacional sino como un acuerdo internacional administrativo. No resultaba absolutamente imposible su caracterización como tal...» (*ibid.*, p. 304); de manera idéntica se expresa en *op. cit.*, nota 202. Para José Martín y Pérez de Nanclares también son acuerdos internacionales administrativos (*op. cit.*, nota 75, p. 43, nota 119).

²¹⁰ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Parliamentary Control of «Other International Agreements» in the New Spanish Treaties and Other International Agreements Act (TOIAA)», *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, p. 82 (disponible en <http://www.sybil.es/archive/vol18/>).

²¹¹ Ya cuando comenzó la tramitación, el portavoz del Grupo Socialista, Diego López Garrido, se refirió al «espectáculo humillante que hemos sufrido cuando un memorándum de entendimiento que establece enormes obligaciones para el Estado, como es el memorándum de entendimiento sobre el rescate bancario, que ha supuesto 40.000 millones de euros de deuda para el Estado, hasta que eso se pague por los bancos, haya sido debatido y aprobado por el Bundestag alemán y aquí en esta Cámara no nos hayamos enterado de nada» (Cortes Generales, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 2013, X Legislatura, núm. 165, Sesión plenaria núm. 156, de 12 de diciembre de 2013, p. 18). Más tarde, volvió a referirse al «memorándum de entendimiento, que sirve para acordar rescates bancarios multimillonarios, como el que se produjo y que todavía está vigente porque hay que devolver ese dinero por importe de más de 41.000 millones de euros por el Estado español, que hizo aumentar la deuda pública española, y que crea compromisos de devolución de ese dinero. Ese tratado —yo le llamo tratado porque es un verdadero tratado, aunque no se le llamó así, se le llamó memorándum de entendimiento, que es

(Véase nota 212 en página siguiente)

La segunda situación se ha planteado a propósito de los diversos protocolos adicionales celebrados por el Consejo en nombre de la Unión y de los Estados miembros con terceros Estados para tener en cuenta las nuevas adhesiones, a los que ya nos hemos referido. La práctica seguida por España consiste en limitarse a publicarlos en el *BOE* y esto es lo correcto habida cuenta de la previsión consagrada en las Actas de Adhesión desde 2004, que centraliza en el Consejo la celebración de este tipo de acuerdos. Sin embargo, en esta práctica constante se han producido algunas quiebras curiosas. Una de ellas ha sido con ocasión del Protocolo adicional del Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Croacia a la Unión Europea, de 2014. Cambiando el criterio seguido hasta entonces, el MAEC puso en marcha su tramitación por considerar que era necesaria la autorización de las Cortes. En su Dictamen, el Consejo de Estado señaló:

«El Consejo de Estado ha afirmado de forma reiterada que la adhesión de un Estado a un tratado internacional trae consigo una ampliación del ámbito subjetivo de las obligaciones que las demás Partes habían asumido al suscribir originariamente el tratado. Por ello, si dichas obligaciones son de tal carácter que dan lugar a la aplicación del artículo 94.1 de la Constitución, en principio toda nueva adhesión ha de obtener la autorización prevista en dicho precepto constitucional.

La ampliación subjetiva de la eficacia de un Tratado que sustantivamente ha exigido la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión, como aquí ha acontecido respecto del Acuerdo ex artículo 94.1.a) y e) de la Constitución, requiere asimismo y en consonancia con la doctrina antes expuesta la autorización previa de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado y fundada en la misma calificación del Acuerdo objeto de extensión»²¹³.

En consonancia, el Protocolo fue tramitado en las Cortes, las cuales lo autorizaron²¹⁴ y se publicó en el *BOE*²¹⁵. Lo que sucedió después fue que la

una forma muy light de llamar a una cosa tan importante— no vino a esta Cámara, como todos los que estamos aquí sabemos, pero sí fue al Bundestag. En el Bundestag alemán se vio y se votó el acuerdo de rescate bancario a España, pero aquí, en España, no se vio ni se votó ni se debatió» (Cortes Generales, *DSCD*, Comisiones, 2014, X Legislatura, núm. 587, Asuntos Exteriores, Sesión núm. 28, de 11 de junio de 2014, p. 7). En el Senado, el portavoz del mismo partido, Francisco Javier Losada de Azpiazu, también criticó la ausencia de tramitación parlamentaria del Memorandum (véase DS, Senado, Pleno, núm. 129, Sesión núm. 61, de 29 de octubre de 2014, p. 12367).

²¹² José Martín y Pérez de Nanclares reconoce que «creemos que algunas de las críticas y de las reticencias frente a los AIA podrían derivar de los controvertidos acuerdos que se celebraron en el verano de 2012 para regular la asistencia financiera a España» (*op. cit.*, nota 75, p. 43).

²¹³ Dictamen 801/2014, de 2 de octubre.

²¹⁴ Véanse: *BOCG*, Sección Cortes Generales, Serie A, núm. 357, de 22 de diciembre de 2014, pp. 1-190; CG, *DSCD*, Comisiones, 2015, X Legislatura, núm. 779, pp. 26-27; Cortes Generales, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 2015, X Legislatura, núm. 272, p. 49; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 170-2, de 31 de marzo de 2015, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 170-3, de 23 de abril de 2015, p. 1; *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 508, p. 25; y *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 531, de 29 de mayo de 2015, p. 11.

²¹⁵ *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015.

Secretaría General del Consejo de la Unión rechazó tramitar el instrumento enviado por España en el que se hacía constar que se habían cumplido los requisitos constitucionales.

Idéntica quiebra ha tenido lugar con motivo del Protocolo del Acuerdo de estabilización y asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, de 2014. También en este caso el MAEC solicitó Dictamen del Consejo de Estado, el cual se pronunció en idénticos términos que en el caso anterior²¹⁶, fue autorizado por las Cortes²¹⁷ y finalmente se publicó en el *BOE*²¹⁸.

Mientras que en los dos supuestos que acabamos de comentar se trataba de textos cuya condición de acuerdo internacional no se discutía, en cambio en el que vamos a plantear a continuación el debate se centró precisamente en esa cuestión. Se trata del Acuerdo de adquisición conjunta de contramedidas médicas, de 2014, celebrado entre la Comisión Europea y los Estados miembros, en el contexto de las medidas adoptadas para evitar las carencias de medicamentos —en particular vacunas pandémicas— observadas durante la crisis de la llamada gripe A. En este sentido, una Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo²¹⁹ estableció que las instituciones de la Unión y todo Estado miembro que lo deseara podrían participar en un procedimiento de adquisición conjunta y que tal procedimiento iría precedido de un acuerdo de adquisición conjunta entre las partes que determinaría las disposiciones prácticas relativas a dicho procedimiento y el proceso de adopción de decisiones relativas a la elección del procedimiento, la evaluación de las ofertas y la adjudicación del contrato²²⁰.

Frente a la posición de la Comisión, que entendía que el Acuerdo no era un tratado porque se celebraba en virtud del Derecho de la UE y abarcaba asuntos que forman parte del ámbito de aplicación de los tratados, el MAEC lo calificó como tratado por entender que contenía obligaciones jurídicas que inciden en materia de ley. El Consejo de Estado corroboró esta valoración, entendiendo que:

«confluyen en él normas que afectan a diversas materias reguladas por ley en el ordenamiento español, entre las que destacan la contratación pública, sujeta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuya dispo-

²¹⁶ Dictamen 1266/2014, de 12 de febrero de 2015.

²¹⁷ Véanse: Cortes Generales, *DSCD*, Comisiones, 2015, X Legislatura, Comisiones, núm. 800, p. 30; Cortes Generales, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 2015, X Legislatura, núm. 281, p. 20; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 188-1, de 27 de marzo de 2015, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 188-2, de 6 de mayo de 2015, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 188-3, de 20 de mayo de 2015, p. 1; *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 524, de 20 de mayo de 2015, p. 90; y *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 591, de 4 de septiembre de 2015, p. 11.

²¹⁸ *BOE* núm. 156, de 1 de julio de 2015.

²¹⁹ Decisión núm. 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por la que se deroga la Decisión núm. 2129/98/CE (DO L núm. 293, de 5 de noviembre de 2013).

²²⁰ Art. 5 de la Decisión.

sición adicional trigésimo cuarta se refiere a la 'adquisición de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud', y la salud pública (Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en la que se incluyen diversas normas aplicables a la prevención de enfermedades mediante vacunación). Asimismo, el Acuerdo incide en la regulación recogida en otras normas de rango legal, como la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, o la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, recogiendo además previsiones concretas en materia de responsabilidad. Por todo ello, queda comprendido en el supuesto previsto en el artículo 94.1.e) de la Constitución, lo que obliga a recabar la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su ratificación»²²¹.

De nuevo aquí, el Acuerdo se tramitó en las Cortes²²² e incluso fue objeto de intervenciones parlamentarias²²³ y se publicó en el *BOE*²²⁴; este proceder dio lugar a que la Comisión formulara alguna pregunta al respecto a las autoridades españolas, sin más consecuencias. Con anterioridad, dos acuerdos similares, relacionados con la subasta de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, también habían seguido el procedimiento interno en materia de celebración de tratados internacionales²²⁵.

De todo lo anterior se desprende que la flexibilidad que caracteriza a la actividad convencional de la UE puede provocar tensiones en los sistemas estatales, que son más formalistas. En el caso de España, la calificación de los tratados conforme a una fórmula *ratione materiae* casa mal en ocasiones con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión y las soluciones adoptadas en algunos casos han oscilado entre una ductilidad excesiva y una rigidez exagerada. La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, aunque en lo que atañe a la actividad convencional de la UE y su incidencia sobre nuestro Estado se haya limitado a la cláusula genérica contenida en la Disposición adicional segunda, sin embargo ha introducido nuevas categorías de actividades concertadas que contribuirán a aliviar esas tensiones y facilitarán una mejor acomodación a las crecientes exigencias de la práctica de la Unión²²⁶.

²²¹ Dictamen 994/2014, de 16 de octubre.

²²² Cortes Generales, *DSCD*, Comisiones, 2014, X Legislatura, Comisiones, núm. 719, de 16 de diciembre de 2014, p. 30; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 161-1, de 21 de noviembre de 2014, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 161-2, de 26 de diciembre de 2014, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 161-3, de 17 de febrero de 2015, p. 1; *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 473, de 20 de febrero de 2015, p. 2; *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 486, de 10 de marzo de 2015, p. 57; y *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 489, de 13 de marzo de 2015, p. 12.

²²³ Cortes Generales, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 2015, X Legislatura, núm. 258, de 12 de febrero de 2015, pp. 4-7.

²²⁴ *BOE* núm. 148, de 22 de junio de 2015.

²²⁵ Acuerdo de contratación pública común para la contratación de plataformas comunes de subastas, de 2001 (*BOE* núm. 99, de 25 de abril de 2013); Acuerdo de contratación pública común para la contratación de una entidad única supervisora de las subastas, de 2011 (*BOE* núm. 100, de 26 de abril de 2013). Véase el Dictamen del Consejo de Estado 209/2012, de 15 de marzo, relativo a ambos acuerdos y los comentarios de PASTOR PALOMAR, A., *op. cit.*, nota 202.

²²⁶ Nos referimos, claro está, a las categorías de los acuerdos internacionales administrativos y de los acuerdos internacionales no normativos.

10. PARA TERMINAR: UNA AVENTURA ESTIMULANTE EN UN TERRENO DE CONFLUENCIA

En el ejercicio de su capacidad para celebrar tratados, la UE se sirve de las herramientas que ofrece el Derecho de los tratados y al mismo tiempo lo enriquece con imaginativas aportaciones. El análisis de la práctica desmiente la idea de que este derecho está mal equipado para satisfacer las necesidades de un sujeto de las características singulares de la Unión. Bien al contrario, el Derecho de los tratados se ha revelado como un instrumento útil y versátil no solo para alcanzar los objetivos de la acción exterior de la UE sino también para resolver situaciones delicadas que por razones jurídicas o políticas no se pueden afrontar mediante el Derecho de la Unión. Es cierto que en ocasiones las posibilidades se llevan al límite pero también lo es que no se trata de nada distinto a lo que hacen a veces los Estados.

En todo caso, el recorrido hasta aquí realizado confirma que —como ha advertido Antonio Remiro Brotóns— «el viaje a los acuerdos de, en y con la Unión, es una aventura muy particular»²²⁷. La expansiva y alambicada práctica convencional de la UE se revela como un mundo lleno de oportunidades pero también de quebraderos de cabeza para los especialistas. Este Estudio ha pretendido, sobre todo, mostrar un panorama en permanente evolución y por tanto científicamente estimulante que tiene el atractivo de desarrollarse en un terreno de confluencia entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional²²⁸.

RESUMEN

LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO DE LOS TRATADOS: UNA RELACIÓN COMPLEJA

El artículo analiza la práctica convencional de la UE desde la perspectiva del Derecho de los tratados, deteniéndose en los aspectos en los que se encuentran las manifestaciones más relevantes. Tras señalar las modulaciones que se producen en la capacidad para celebrar tratados por parte de los Estados miembros, se destacan cuestiones como el uso frecuente de la aplicación provisional frente a la reducida práctica en materia de reservas, el recurso a los acuerdos *inter se*, la variedad de cláusulas utilizadas y las dificultades para determinar la naturaleza de algunos textos; asimismo, se examinan las distorsiones que la práctica de la UE provoca a veces en la española. El estudio destaca que el Derecho de los tratados es un instrumento útil para la Unión y que esta lo enriquece con imaginativas aportaciones.

²²⁷ REMIRO BROTONS, A., «Comentario general a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Díez-Hochleitner, J. y Martín Pérez de Nanclares, J. (dirs.), *op. cit.*, nota 17, p. 65.

²²⁸ La retirada británica de la UE aumentará los alicientes pues hará entrar en juego al Derecho de los tratados en cuestiones tales como la posición futura del Reino Unido o la de los terceros Estados respecto de aquel en los acuerdos celebrados por la Unión, ya sean mixtos o *EU-only*. Al respecto, son sugerentes los precursores comentarios de ODERMATT, J., «Brexit and International Law», post publicado el 4 de julio de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/brexit-and-international-law/> (última consulta: 5 de julio de 2016) y los de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Brexit: algunas reflexiones desde el Derecho internacional», en este mismo número, pp. 19-22.

Palabras clave: Derecho de los tratados, práctica convencional de la Unión Europea, capacidad para celebrar tratados, aplicación provisional, reservas, acuerdos *inter se*, cláusula de desconexión, tratados ocultos, actos unilaterales, práctica española.

ABSTRACT

THE EUROPEAN UNION AND THE LAW OF TREATIES: A COMPLEX RELATIONSHIP

The article analyses the conventional practice of the EU from the perspective of the law of treaties, dealing with its most significant aspects. After indicating some particularities in the Member States' treaty making power, the article addresses several topics, such as the frequent use of the provisional application, the limited practice concerning reservations, the resort to *inter se* agreements, the variety of clauses used, and the difficulties to determine the nature of some agreements. Moreover, it examines some misrepresentations caused by the EU practice in the Spanish practice. The study highlights that the law of treaties is a useful tool for the Union and the EU has also enriched the law of treaties with imaginative contributions.

Keywords: Law of treaties, conventional practice of the European Union, treaty making power, provisional application, reservations, *inter se* agreements, disconnection clause, hidden treaties, unilateral acts, Spanish practice.