

La Unión Europea y los distintos tipos de acuerdos internacionales de España. Una referencia al Brexit

José Antonio PASTOR RIDRUEJO

Catedrático Emérito
Universidad Complutense de Madrid

Antonio PASTOR PALOMAR

Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad Rey Juan Carlos
antonio.pastor@urjc.es

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS TRATADOS Y EL DERECHO DE LA UE. 1. El acuerdo de retirada entre la UE y el RU. 2. El acuerdo de relación futura entre la UE y los Estados miembros con el RU. 3. Casos relativos a la primacía del Derecho de la UE sobre los acuerdos internacionales. III. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES ADMINISTRATIVOS Y EL DERECHO DE LA UE. 1. La presencia de una práctica fértil con vacíos y enigmas regulatorios. 2. Acuerdos de compartición y de colocación entre las misiones diplomáticas de los Estados miembros y las delegaciones de la UE. 3. Acuerdos entre el Reino de España y las instituciones de la UE. 4. ACUERDOS ENTRE ÓRGANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y ÓRGANOS DE TERCEROS PAÍSES SOBRE LA BASE DE UN REGLAMENTO DE LA UE. IV. Los acuerdos no normativos o políticos y el derecho de la UE. 1. La deficiente regulación en la UE pese a la importancia práctica. 2. Variedad de acuerdos por razón de su objeto y la distribución competencial. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dos profesores rinden homenaje en este trabajo a dos queridos compañeros por las siguientes razones. En lo que concierne a los autores del texto, la relación es nada menos que la familiar de padre e hijo, así como el hecho importante de compartir los mismos principios sobre la vida y la actividad universitaria. En lo que atañe a los homenajeados, el vínculo es que, además de la amistad trabada entre ellos, uno y otro pertenecen a la misma generación de profesores de la disciplina; una generación marcada de un modo general por la intensidad, seriedad y altura de la labor de enseñanza e investigación del Derecho internacional público.

La relación del profesor Pastor Ridruejo con uno de los homenajeados, Cesáreo Gutiérrez Espada, viene de lejos, de los años sesenta del siglo pasado. El primero enseñaba Derecho internacional en la Universidad de Navarra y el segundo era uno de sus alumnos, reencontrándose ambos más tarde en la Universidad de Murcia, donde el profesor Pastor dirigía un equipo en el que el profesor Gutiérrez Espada escribió una excelente tesis doctoral.

Con el profesor Bermejo, la relación de amistad con el profesor Pastor Ridruejo empezó en la década de los años ochenta, cuando el eminente profesor suizo Lucius Cafilisch, gran amigo de ambos, les animó a hacer trabajos conjuntos. De esta recomendación salió, entre otras cosas, la valiosa ayuda de Romualdo Bermejo y del profesor Pastor Palomar en la organización de unas exitosas Jornadas de Derecho Internacional Humanitario que entre 1994 y 2012 (cuando ya la crisis económica hizo inviable su continuación) se celebraron en Soria con la colaboración de la Cruz Roja local.

El profesor Pastor Palomar, por su parte, ha tenido la suerte y el honor de aprender mucho de ambos homenajeados, así como de compartir con ellos experiencias profesionales de diversos formatos: proyectos de investigación, publicaciones en obras colectivas, conferencias y seminarios.

El tema objeto del presente homenaje es muy querido por los cuatro profesores implicados: el Derecho de los tratados y sus relaciones con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea (UE). El enfoque prioriza la perspectiva de la práctica de España, por lo que no se puede eludir una referencia a los efectos generales y particulares del proceso de retirada del Reino Unido (Brexit) sobre las obligaciones internacionales de España. El Brexit se va a regir, de conformidad con el artículo 50 del Tratado de la UE (TUE), por acuerdos internacionales de distinta caracterización jurídica: el acuerdo simple de retirada entre la UE y el Reino Unido (RU) y el acuerdo mixto de relación futura entre la UE y sus Estados miembros con el RU, que darán lugar a otros acuerdos complementarios bilaterales y multilaterales. Téngase en cuenta que el Brexit afectará, en mayor o menor medida, a la aplicación de unos 1.600 acuerdos internacionales celebrados por los 28 Estados miembros y por la UE, entre ellos o de éstos con terceros¹.

No obstante, esta relación entre sistemas o regímenes rebasa el proceso del Brexit y concierne al conjunto de los acuerdos internacionales, que plantean cuatro sectores de problemas en el Derecho de la UE: la recepción en el orden interno europeo, su obligatoriedad para la organización internacional y para sus Estados miembros, su jerarquía una vez integrados y en concurrencia

¹ Según los datos de la UE, ésta ha celebrado 959 acuerdos internacionales bilaterales, y 281 multilaterales, a lo que habría que sumar el resto de acuerdos interestatales, o entre Estados y organizaciones internacionales u otros sujetos internacionales, potencialmente afectados por la pertenencia a la UE y por el Brexit <http://ec.europa.eu/world/agreements/default.home.do>. La complejidad de las nuevas relaciones jurídicas, analizada desde el Derecho de los tratados, ha sido puesta de manifiesto por ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Brexit: Algunas reflexiones desde el Derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68-2, 2016, pp. 19-22.

con el conjunto de fuentes del Derecho de la UE, y el posible efecto directo de las obligaciones internacionales convencionales². La práctica y la jurisprudencia europeas van formulando y consolidando el alcance de los principios relevantes para la solución de esos problemas, al hilo de la celebración y aplicación de tratados internacionales. Nosotros mantenemos que tales principios también resultan relevantes para otros acuerdos internacionales celebrados por las UE y por sus Estados miembros, que son distintos de los tratados por su procedimiento de conclusión y por su naturaleza; en concreto, se trata de los denominados acuerdos internacionales administrativos y de los acuerdos no normativos o políticos.

A nuestro entender, el Derecho español, que regula esas tres categorías de acuerdos internacionales, se acomoda especialmente bien a la flexibilidad y riqueza de la actividad convencional y concertada vinculada a la UE³. Ello es así gracias al régimen de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales (Ley 25/2014)⁴, y pese a su sucinta disposición adicional segunda, que dice así⁵:

«Lo dispuesto en la presenta Ley se entiende sin perjuicio de las peculiaridades que en materia de acuerdos internacionales puedan derivarse para España como consecuencia de la obligación de cumplimiento del Derecho de la UE, en especial de las disposiciones del Tratado de la UE y del Tratado de Funcionamiento de la UE que regula la acción exterior de la Unión».

Veamos, por tanto, algunos casos prácticos relativos a tratados (II), acuerdos administrativos (III) y acuerdos no normativos (IV) en los que se plantean la recepción, la obligatoriedad, la jerarquía y los efectos de esos acuerdos en el ordenamiento de la UE.

² Véase el trabajo de PASTOR PALOMAR, A., «Efectos de los acuerdos internacionales en el Derecho de la UE: práctica reciente y perspectiva de España», en MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la UE, Acción exterior de la UE*, tomo IX, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2011, pp. 81-132.

³ En el mismo sentido, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La Unión Europea y el Derecho de los tratados: una relación compleja», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68-2, 2016, pp. 51-102, p. 100.

⁴ BOE n.º 288, de 28 de noviembre de 2014.

⁵ Véase el comentario a esta cláusula de GONZÁLEZ ALONSO, L.N., «Disposición adicional segunda. Régimen de la acción exterior de la Unión Europea», ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; Díez-Hochleitner, J. y Pérez de Nanclares, J. (dirs.), en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2015, pp. 957-983.

II. LOS TRATADOS Y EL DERECHO DE LA UE

1. *El acuerdo de retirada entre la UE y el RU*

La *recepción* de los acuerdos internacionales que se consideren tratados en el Derecho de la UE es de carácter monista o automático, a pesar de la mediación de un acto de aprobación del acuerdo por el Consejo de la UE, tras el acto de autorización de firma y, en su caso, también de aplicación provisional. El acto de aprobación del acuerdo por el Consejo cumple un fin meramente instrumental. Ahora bien, los acuerdos o tratados internacionales se publican en el Diario Oficial de la UE como anejos a los actos institucionales de autorización de la aplicación provisional o de aprobación del acuerdo⁶.

Con arreglo al artículo 216.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), «los acuerdos celebrados por la Unión *vincularán* a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros». La jurisprudencia europea ha matizado desde el asunto *Demirel*⁷ que los acuerdos o tratados internacionales celebrados por la UE sólo obligan a los Estados miembros en el plano comunitario, a raíz de su incorporación en el Derecho de la UE, y no en el plano internacional, de modo que, en éste, sólo la Organización internacional se encuentra obligada y es responsable por los acuerdos que celebre con terceros.

Respecto a los acuerdos del Brexit, el artículo 50.2 del TUE afirma que «la Unión negociará (según el 218.3 TFUE) con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras». Es el Consejo el que lo celebra «en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo»⁸. El acuer-

⁶ El artículo 17.1.d) y e) de la Decisión del Consejo de 1 de diciembre de 2009, enmendada, por la que se aprueba el Reglamento interno del Consejo (2009/937/UE), simplemente afirma que se publicarán «los acuerdos internacionales celebrados por la Unión», y «los acuerdos internacionales celebrados por la Unión en el ámbito de la PESC, a menos que el Consejo decida lo contrario basándose en los artículos 4 y 9 del Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión». Además, el artículo 18.5 afirma que «cuando un acuerdo celebrado entre la Unión o la CEEA y uno o varios Estados u Organizaciones internacionales cree un órgano competente para tomar decisiones, el Consejo decidirá, en el momento de la celebración de este acuerdo, si procede publicar en el Diario Oficial las decisiones que tome dicho órgano», DOUE L 325, de 11 de diciembre de 2009 y DOUE L 145, de 31 de mayo de 2001.

⁷ As. 12/86, *Rec.* pp. 3719 y ss.

⁸ Mediante Decisión de 22 de mayo de 2017 el Consejo autorizó, de conformidad con las directrices del Consejo Europeo de 29 de abril de 2017, la apertura de negociaciones del acuerdo

do de retirada es pues de naturaleza simple, al no requerir de la celebración complementaria de cada uno de los 27 Estados miembros. Asimismo, cabe afirmar su condición de acuerdo simple de retirada excepcional, no sólo porque sería la primera vez que se aplicase el artículo 50 del TUE, sino también por su complejidad técnica, aún mayor si se configura un periodo transitorio. Por ejemplo, un reto importante para los negociadores reside en elegir el foro adecuado de solución de las controversias de aplicación e interpretación del tratado⁹.

2. *El acuerdo de relación futura entre la UE y los Estados miembros con el RU*

Los acuerdos mixtos, celebrados por la UE y sus Estados miembros con un tercero en virtud de las respectivas competencias estatales y/o comunitarias, vinculan a los Estados miembros en lo relativo a las competencias comunitarias, exclusivas o no, en tanto que forman parte integrante del Derecho de la UE. Ahora bien, en orden a la aplicación de los acuerdos hace falta una delimitación de esas competencias, y el propio texto puede solventar el alcance de las obligaciones y de los derechos asumidos mediante varias técnicas complementarias: una declaración de competencias, una disposición sobre la asunción de responsabilidades en caso de controversia sobre la aplicación o interpretación del acuerdo, y una disposición que precise el destinatario de los derechos y de las obligaciones. Para el caso de que el acuerdo mixto no regule esta cuestión, la doctrina más cualificada ha señalado que la jurisprudencia comunitaria se ha decantado por un régimen de responsabilidad conjunta y solidaria de la UE y de sus Estados miembros.

Sería el caso, en principio, del acuerdo de relación futura entre la UE y sus Estados miembros con el Reino Unido, celebrado tras el acuerdo de retirada.

de retirada con el RU. Esas negociaciones comenzaron el 19 de junio de 2017. Mediante la Comunicación de la Comisión de 8 de diciembre de 2017, sobre el progreso en las negociaciones del acuerdo de retirada, se recomendó al Consejo Europeo que decidiera que se había alcanzado el suficiente progreso para pasar a la segunda fase de las negociaciones, de modo que se pudiera abrir igualmente un periodo transitorio que sirviera de marco para la relación futura. El 15 de diciembre de 2017 se aprobaron las nuevas directrices del Consejo Europeo en las que se acordó el paso a dicha segunda fase a través de la Decisión del Consejo de 29 de enero de 2018.

⁹ Sobre estas cuestiones, véase el interesante estudio de FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., *The settlement of disputes arising from the UK's withdrawal from the European Union*, Parlamento Europeo, noviembre 2017, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

Piénsese, además, en el alto número de acuerdos mixtos que se ven alterados como consecuencia del Brexit, y que tendrán que ser re-negociados si así lo quieren las partes. Los terceros podrían entender que ha habido un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración, y que ello puede alegarse para terminar o suspender el acuerdo, de conformidad con el Derecho internacional general de tratados.

La dificultad en la delimitación de las competencias, comunitarias o estatales, respecto a un acuerdo internacional con un tercer Estado, se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, a propósito de la celebración del acuerdo de libre comercio con Singapur¹⁰. En el Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, el TJUE entendió que el acuerdo caía dentro de la exclusiva competencia de la UE con excepción de ciertas áreas de competencia compartida con los Estados miembros, como la inversión extranjera no directa, el mecanismo de solución de diferencias entre un inversor y un Estado, y las disposiciones relativas a las inversiones que incidan en las normas de intercambio de información, y en las obligaciones de notificación, de verificación, de cooperación, de mediación, y de transparencia. Esta delimitación podría afectar al acuerdo de relación futura entre la UE y el RU.

Existe en todo caso un principio de cooperación leal, establecido en el artículo 4.3 del TUE. La falta de cooperación leal –susceptible de un recurso de incumplimiento– puede producirse por un retardo del Estado en la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado con terceros que también quiera consentir la UE, impidiéndose de esta manera su entrada en vigor. Puede plantearse este problema en el acuerdo de relación futura con el RU, sobre todo, si existen parlamentos regionales como los existentes en Bélgica que quieran paralizar el proceso de celebración del tratado, atendiendo al precedente del Acuerdo con Canadá (CETA). En este sentido, durante el periodo transitorio de la retirada, o sea, desde el 29 de marzo de 2019 hasta –como máximo– el 31 de diciembre de 2020, el Consejo se ha fijado como directriz de negociación que el RU sea fiel al cumplimiento de los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE, que todavía será aplicable en ese Estado. Y durante ese periodo transitorio el RU seguirá obligado por los acuerdos de la UE, por los celebrados por los Estados miembros en nombre de la UE, y por los acuerdos mixtos, aunque no participe el RU en los órganos de gestión de algunos de esos acuerdos internacionales.

¹⁰ Dictamen C-2/15 (2015/C 363/22), DOUE C 363, de 3 de noviembre de 2015.

Por cuanto afecta a los *acuerdos o tratados internacionales de los Estados miembros en sus ámbitos de competencia no atribuidos a la UE*, el artículo 351 del TFUE dispone que los Tratados (TUE y TFUE):

«no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a su fecha de adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común. En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias a favor de esta últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros».

La disposición tiene por objeto el principio de la observancia de los tratados (*pacta sunt servanda*) y correlativamente la protección de los derechos de los terceros (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*), sin que la UE pueda obstaculizar tales compromisos internacionales.

Otro tipo de *acuerdos internacionales ‘anteriores’* cubiertos por las normas y principios del artículo 351 TFUE serían los celebrados por los Estados miembros con terceros, o los que estén en disposición de celebrar éstos y la UE con terceros, una vez entrados en vigor los Tratados comunitarios o tras la adhesión de los Estados a la Organización internacional, en materias que inciden en competencias atribuidas a la UE; bien porque sean competencias concurrentes y hasta que las instituciones adopten un acto en ejercicio de su competencia, bien antes del ejercicio por la UE de su competencia exclusiva. Los acuerdos con terceros no vinculan a la UE si no los ha consentido, pero cabe plantear un recurso de incumplimiento contra los Estados miembros que estuviesen concernidos, por un problema competencial o por posible incompatibilidad del acuerdo con el Derecho de la UE, lo que no afectaría a la aplicación internacional del acuerdo entre esos Estados miembros y el tercero hasta que, en su caso, se produjese una eventual terminación o denuncia del instrumento.

Dentro de los acuerdos internacionales celebrados por los Estados miembros, cabe citar aquellos tratados bilaterales y multilaterales creados entre algunos Estados miembros para gestionar los rescates financieros de varios Estados de la zona euro, a partir del año 2010, que se celebran extramuros de la UE aunque participen algunas de las instituciones comunitarias. Se trata, como se verá en el punto tercero, de los Acuerdos bilaterales mancomunados para Grecia, de 8 de mayo de 2010, del Acuerdo Marco de 5 de mayo de 2010 constitutivo de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, así como del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de 2 de febrero de 2012¹¹. A estos acuerdos no les sería de aplicación el artículo 351 del TFUE y su compatibilidad con el Derecho de la UE se dirimió positivamente ante el Tribunal de Justicia en el asunto *Pringle*¹².

3. Casos relativos a la primacía del Derecho de la UE sobre los acuerdos internacionales

Los Tratados constitutivos de la UE poseen *primacía* sobre los acuerdos internacionales, a la vista del artículo 218.11 del TFUE, pues «un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificaciones de éste o revisión de los Tratados». Asimismo, los Estados miembros o las instituciones de la UE legitimadas podrán entablar un recurso de anulación o solicitar medidas cautelares contra la decisión del Consejo por la que se consienta el acuerdo, como admitió el Dictamen 3/94 del Tribunal de Justicia relativo al *Acuerdo marco sobre los plátanos*¹³. Sabido es, por lo demás, que el recurso

¹¹ Sobre estos mecanismos, véase PASTOR PALOMAR, A., «The interplay between EU Law and International Law to set up the Eurozone Rescue Mechanisms», en SCHMIDT, J.; ESPLUGUES, C. y ARENAS, R., *EU Law after the financial crisis*, 2016, Cambridge, Intersentia, pp. 3-24.

¹² Sentencia de 27 de noviembre de 2012, as. C-370/12. Un comentario a la decisión judicial en LOUIS, J.V., «La Sentencia Pringle», *RGDE*, n.º 29, 2013. También, ORDÓÑEZ SOLIS, D., «De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la sentencia Pringle», *RGDE*, n.º 29, 2013; DE WITTE, B. y BEUKERS, Th., «The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU Legal Order: Pringle», *Common Market Law Review (CMLR)*, v. 50, n.º 3, 2013, pp. 805-848; y THOMAS, S., «Droit constitutionnel de l'Union / UEM. Arrêt Pringle», *Revue du droit de l'Union Européenne (RDUE)*, n.º 1, 2013, pp. 198-206.

¹³ Dictamen 3/94, de 13 de diciembre de 1995, *Rec.*, pp. I-4579 y ss.

de anulación y la cuestión prejudicial de validez sirven como mecanismos de control *a posteriori* de la compatibilidad del acuerdo internacional ya concluido con el Derecho primario de la UE, como confirman el asunto sobre el *Acuerdo entre la Comisión y los Estados Unidos de América sobre derecho de la competencia*¹⁴ y el asunto relativo al *Acuerdo con Estados Unidos de América sobre contratación pública*¹⁵, en los que fueron anulados los actos institucionales de aprobación de dichos acuerdos por contravenir las disposiciones de los Tratados comunitarios sobre la válida celebración de los tratados internacionales.

Más recientemente, queda matizada esa relación de primacía de los Tratados constitutivos sobre los acuerdos o tratados internacionales, en el asunto *Hungría c. Eslovaquia*. La Gran Sala del Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 21 del TFUE, que recoge el derecho de circulación en el territorio de los Estados miembros, con base en el Derecho internacional consuetudinario y en la vigente Convención de 14 de diciembre de 1973 sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, que se invoca a título de Derecho internacional general. En efecto, el Tribunal de Justicia ha desestimado el primer motivo del recurso de incumplimiento interpuesto por Hungría al considerar que Eslovaquia había infringido el citado artículo 21 del TFUE y la Directiva 2004/38 sobre el derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular libremente en el territorio de los Estados miembros, al haber prohibido al Presidente de Hungría entrar en su territorio, a pesar de que esa Directiva se aplicaría también a los Jefes del Estado para todo tipo de visitas, oficiales y privadas. Los argumentos del Tribunal de Justicia son que «el Derecho de la Unión ha de interpretarse a la luz de las normas pertinentes del Derecho internacional, dado que dicho Derecho forma parte del ordenamiento de la Unión y vincula a las instituciones de ésta»; en particular, se plantea si la condición de Jefe de Estado constituye «una limitación basada en el Derecho internacional, a la aplicación del derecho de circulación que el artículo 21 TFUE le confiere». Así, el Tribunal de Justicia sostiene que el Derecho internacional general, consuetudinario y convencional, confiere al Jefe del Estado un estatuto especial comprendido «en el Derecho de las relaciones diplomáticas», lo que «distingue a la persona que disfruta de dicho estatuto de todos los demás ciudadanos de la Unión y el acceso de dicha persona al territorio de otro Estado miembro no está sujeto a las mismas condiciones que las aplicables a los demás ciuda-

¹⁴ Sentencia de 9 de agosto de 1994, as. C-327/91, *Rec.*, pp. I-3641 y ss.

¹⁵ Sentencia de 7 de marzo de 1996, as. C-360/93, *Rec.*, pp. I-1195 y ss.

danos». Por consiguiente, se «justifica una limitación basada en el Derecho internacional del ejercicio del derecho de circulación que le confiere el artículo 21 del TFUE»¹⁶.

En este orden de consideraciones, debe mencionarse el controvertido Dictamen del Tribunal de Justicia acerca de la compatibilidad con los Tratados comunitarios del proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al Convenio de 1950 para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁷. En este Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, se puso en juego, entre otras cosas, la autonomía del Derecho de la UE y el monopolio del Tribunal de Justicia en la interpretación y aplicación judicial de ese ordenamiento jurídico. La conclusión del Tribunal fue que el acuerdo de adhesión de la UE al Convenio de 1950 no era compatible con el artículo 6.2 del TUE, ni con el Protocolo nº 8, por cuanto puede afectar a las características específicas y a la autonomía del Derecho de la UE, porque no excluye la posibilidad de que se planteen ante el Tribunal de Estrasburgo litigios entre Estados miembros o entre éstos y la UE, relativos a la aplicación del Convenio en el ámbito de aplicación material del Derecho de la UE, porque no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia que permitan preservar las características específicas de la UE y de su Derecho, y porque no tienen en cuenta las características específicas del Derecho de la UE en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la UE en materia de PESC, en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la UE.

En cuanto al Brexit, el eventual tratado de retirada supondría el establecimiento de una serie de modificaciones de los Tratados constitutivos. Y si no hubiera tal tratado de retirada, cabe sostener que sería necesario un tratado modificativo entre los Estados miembros que pasaría a tener el valor de Derecho originario¹⁸.

¹⁶ Un comentario de la Sentencia de 16 de octubre de 2012 sobre el asunto Hungría c. Eslovaquia C-364/10, ha sido realizado por MEDINA ORTEGA, M., «La inserción de los tratados internacionales en el ordenamiento de la Unión Europea», en *El Derecho internacional en el mundo multipolar...*, *op. cit.* en nota 1, pp. 124 y ss.

¹⁷ Solicitud de dictamen presentada por la Comisión Europea en virtud del artículo 218.11 del TFUE, Dictamen 2/13 (2013/C 260/32), DOUE C 260, de 7 de septiembre de 2013.

¹⁸ Véase, en este sentido, la opinión de MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 380.

Los acuerdos o tratados internacionales priman sobre el Derecho derivado de la UE, como convino el Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia en materia del *Proyecto de acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo*¹⁹. Puede entenderse que también priman sobre el Derecho derivado de la UE, anterior o posterior al acuerdo internacional, los actos internacionales posteriores válidamente adoptados por los órganos creados por ese acuerdo internacional. Sin embargo, como se estudiará en el siguiente punto, un acuerdo internacional administrativo basado en el Derecho de la UE, como un MOU para el uso compartido por una Embajada de España de las instalaciones de la Delegación de la UE en un tercer Estado, no puede prevalecer sobre el Derecho derivado de la UE, pues trae causa de éste en su celebración y en su aplicación.

De esta primacía de los tratados internacionales se deducen unos efectos sobre el Derecho derivado de la UE, a saber: primero, que estos acuerdos internacionales son parámetro de interpretación del Derecho derivado de la UE; segundo, que el tribunal de un Estado miembro puede o debe plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cuando haya que resolver sobre la interpretación de un tratado internacional celebrado por la UE, como se deduce del asunto *Kupferberg*²⁰, y también para las competencias comunitarias de los acuerdos mixtos; tercero, que la alegación de la incompatibilidad de un acto institucional comunitario con el Derecho internacional ante un órgano jurisdiccional nacional, puede implicar que el Tribunal de Justicia se pronuncie prejudicialmente sobre la validez del acto comunitario de que se trate en relación con todas las reglas del Derecho internacional, siempre que la UE esté vinculada por esas reglas y que el contenido de las disposiciones del acuerdo internacional sean incondicionales y suficientemente precisas, como determinó el Tribunal de Justicia en el asunto *Intertanko* respecto al Convenio ‘Marpol’ de 1973 para prevenir la contaminación por los buques²¹ y la Convención de Derecho del Mar de 1982²²; cuarto, que el acuerdo internacional puede producir un efecto directo en el ordenamiento europeo, lo que se habrá de determinar *ad casum* y teniendo en cuenta las reglas de interpretación del Derecho internacional general en materia de tratados, siguiendo los términos del asunto *Demirel*, pues «una disposición de

¹⁹ Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *Rec.*, pp. I-6079 y ss.

²⁰ Sentencia de 26 de octubre de 1982, as. 104/81, *Rec.* pp. 3641 y ss.

²¹ Al no ser parte la UE (entonces la Comunidad Europea) en el Convenio Marpol, el Tribunal de Justicia se planteó si existía un vínculo para la Organización internacional a raíz de que ese tratado contuviera normas consuetudinarias que incidieran en la Directiva 2005/35, lo que descartó. Sentencia de 3 de junio de 2008, as. C-308/06, *Rec.* ptos. 49 y ss.

²² *Ibid.*, punto 43.

un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países (en este asunto, el Acuerdo de asociación con Turquía) debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno»²³; quinto, que aunque no posean efecto directo las disposiciones de un acuerdo internacional, ello no excluye su invocación ante el Tribunal de Justicia al formar parte integrante del Derecho de la UE, como establece el asunto *Fediol IV*²⁴.

III. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES ADMINISTRATIVOS Y EL DERECHO DE LA UE

1. *La presencia de una práctica fértil con vacíos y enigmas regulatorios*

En la práctica concertada de la UE y de sus Estados miembros, con relevancia jurídica y no sólo política, el instrumento más común son los tratados, concebidos en el sentido de los Convenios de 1969 y de 1986 sobre el Derecho de los tratados. Junto a los tratados existe una rica actividad de celebración de otros acuerdos internacionales de compleja caracterización, al basarse en el Derecho de la UE –por su origen institucional y por la competencia comunitaria– sin que esté previsto su procedimiento concreto de conclusión²⁵. Este segundo tipo de acuerdo internacional –de carácter jurídico– puede recibir la denominación genérica de acuerdos o arreglos administrativos «administrative arrangements», pues son celebrados por las instituciones de la UE o por otros órganos de la UE, con Estados miembros o con sus órganos administrativos, con terceros Estados, o con otra Organización internacional. En efecto, también pueden celebrarse entre unidades administrativas de las instituciones de la UE, como una Dirección General de la Comisión Europea y un órgano de

²³ Sentencia de 30 de septiembre de 1987, as. 12/86, *Rec.* pp. 3719 y ss. Sobre el tema, véase el trabajo de ROLDÁN BARBERO, J., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (eds.), Madrid, 1993, pp. 320 y ss.

²⁴ Sentencia de 22 de junio de 1989, as. 70/87, *Rec.* pp. 1781 y ss.

²⁵ Podrían catalogarse en el Derecho de la UE como actos vinculantes atípicos, siguiendo las categorías clásicas de la doctrina, pues los Tratados comunitarios no han precisado el tipo de acto correspondiente a su ejercicio, tienen un origen institucional y, en principio, se enmarcan en los ámbitos de competencia de la UE. Véase, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *op. cit.*, en nota 17, pp. 400-401.

la Administración de un Estado o de una Organización internacional. Lógicamente, quedan excluidos de este estudio, al no ser acuerdos internacionales en sentido estricto, los acuerdos administrativos que puedan celebrarse entre varias instituciones u órganos de la UE²⁶.

Los acuerdos a los que nos vamos a referir contienen obligaciones jurídicas y, por parte de la UE, no se han celebrado en virtud de las disposiciones de los Tratados constitutivos de la UE propias de los tratados internacionales, como el artículo 218 del TFUE, matizando así los principios de competencias de atribución y del equilibrio institucional. Recuérdese una disposición prevista para el Derecho derivado pero que también parece pertinente en esta materia por su contenido abierto, el artículo 296 del TFUE, según el cual, «cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad. Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados (...)»²⁷. Y el artículo 13.2 del TUE dispone que «cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal».

Los acuerdos internacionales administrativos no se celebran en nombre o interés de la UE, sino por cuenta de la institución de la UE interviniente, de conformidad con el principio de la autonomía administrativa de las instituciones plasmado en el artículo 335 del TFUE. Asimismo, la materia objeto de los mismos suele ser de índole técnica, lo que determinará la base jurídica que resulte pertinente en los Tratados de la UE o, en su caso, en el acto institucional derivado de ese Derecho originario.

Ciertamente, la atipicidad de estos actos o acuerdos internacionales en el Derecho de la UE aconsejaría su regulación, ordenación y procedimiento de ejercicio, al igual que sucede con los acuerdos políticos o MOU, por las situaciones y problemas que se exponen en los siguientes párrafos. En España, la LTOA regula los acuerdos administrativos en el Título III (arts. 38 a 42), como

²⁶ Por ejemplo, el Acuerdo Administrativo para la cooperación entre la Comisión Europea y EUROPOL, de 18 de febrero de 2003, que tiene un contenido jurídico. Como es sabido, EUROPOL fue creada por la Decisión del Consejo de 6 de abril de 2009, DOUE L 121, de 15 de mayo de 2009.

²⁷ Sobre la indeterminación del tipo de acto en el Derecho derivado, véase MANGAS MARTÍN, A., «Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía», *RGDE*, n.º 18, 2009, www.iustel.com.

acuerdos de ejecución de un tratado previo que les ofrece una doble cobertura formal y material y que no constituyen un tratado según el Derecho español²⁸.

En cuanto a los Estados que celebran con la UE o sus instituciones estos acuerdos internacionales administrativos, puede presumirse que su caracterización y tramitación interna no serán uniformes, resultando fundamental la garantía por todos los firmantes de los derechos y obligaciones que se asuman.

Subráyese que la denominación como acuerdo o arreglo administrativo no determina su carácter jurídico, pues el «Administrative Arrangement between the US Department of Homeland Security Federal Emergency Management Agency and the Directorate General for Humanitarian Aid and Civil Protection of the European Commission», de 16 de noviembre de 2011, explicita en su cláusula V que «no crea derechos ni obligaciones jurídicas para sus participantes». En suma, bajo una calificación objetiva sería un acuerdo político, por los firmantes y por su contenido, que sólo vincularía a los participantes sobre la base de la buena fe en las relaciones internacionales²⁹.

Finalmente, debe hacerse una nueva referencia al Brexit, pues la complejidad de las relaciones futuras entre la UE, sus Estados miembros y el RU, puede brindar la ocasión de la utilización de esta práctica de los acuerdos administrativos derivados, ya sea del mismo acuerdo de retirada, o del acuerdo de relación futura. En nuestra opinión, los acuerdos administrativos serían especialmente útiles para los periodos transitorios.

2. *Acuerdos de compartición y de colocación entre las misiones diplomáticas de los Estados miembros y las delegaciones de la UE*

Un primer ejemplo de estos acuerdos internacionales administrativos puede encontrarse en una nueva forma de organización de las funciones diplomáticas, no prevista explícitamente en el Convenio sobre relaciones diplo-

²⁸ Un comentario de este Título III de la LTOAI en PASTOR PALOMAR, A., «Artículo 38. Requisitos. Artículo 39. Informe. Artículo 40. Tramitación interna. Artículo 41. Publicación y entrada en vigor. Artículo 42. Recopilaciones», en *Comentarios...*, *op. cit.*, en la nota 4, pp. 791 y ss.

²⁹ El Acuerdo de 16 de noviembre de 2011 tiene una reseña en el sitio web de la Comisión Europea (http://ec.europa.eu/echo/partners/civil_protection/administrative_arrangements_en.htm) y, además, en el de la Administración estadounidense (http://www.fema.gov/pdf/about/offices/iad/us_aa_eu_signed.pdf). En la misma línea, el Arreglo Administrativo de cooperación técnica entre EUROSTAT y la EFTA, de 12 de noviembre de 2013, dispone claramente en la cláusula 10 que no se pretenden crear derechos y obligaciones de derecho internacional (<http://www.efta.int/sites/default/files/documents/statistics/arrangement.pdf>).

máticas de 1961, en el Convenio sobre relaciones consulares de 1963, ni en el Convenio sobre misiones especiales de 1969, que se conoce por «co-location» o el uso compartido de infraestructuras de las misiones diplomáticas, entre dos Estados o entre un Estado y la UE.

Así, el Ministerio de Asuntos Exteriores de España y el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), siguiendo la práctica del SEAE con otros Estados miembros³⁰, celebraron el 10 de febrero de 2014 un denominado Memorandum de Entendimiento, por el que se establecerá la Embajada de España dentro de los locales de la delegación de la UE en Birmania/Myanmar³¹. Estos acuerdos, también denominados en el propio MOU de 2014 «administrative arrangements» contienen derechos y obligaciones para la Embajada de España y para la Delegación de la UE, por ejemplo, la responsabilidad por daños en las instalaciones, o el coste por el uso. Además, estos Memorandos suelen contener una cláusula de no afectación a los privilegios e inmunidades internacionales de las partes.

Por todo ello, su contenido no se sitúa en el plano político sino en el jurídico y, por ende, su caracterización en el Derecho de la UE puede ser la de un acuerdo internacional administrativo del SEAE, con base en la Decisión del Consejo por la que se establece su organización y funcionamiento, de 26 de julio de 2010, que a su vez se funda en los artículos 27.3 y 35 del TUE, así como en el 221.2 del TFUE³². Estas disposiciones del Derecho originario prevén que las Delegaciones de la UE actúen en «estrecha cooperación con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros», y consecuentemente el punto 5.9 de la citada Decisión del Consejo afirma que «las Delegaciones de la Unión, de conformidad con el artículo 35, párrafo 3 del TUE, apoyarán a los Estados miembros, a petición de éstos, en sus relaciones diplomáticas y en su

³⁰ Cfr. el documento del Parlamento británico, *The EU's External Action Service*, House of Lords Report, Paper 147, 19 de marzo de 2013, puntos 47 a 49, que puede encontrarse aquí: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldcom/147/147.pdf>

³¹ Cfr. Comunicado de Prensa de la Comisión Europea, 10 de febrero de 2014 (140210/02), que puede encontrarse aquí <http://ec.europa.eu/spain/pdf/ip100214.pdf> Además, en este Comunicado de Prensa se alude a otros dos Acuerdos de ubicación («colocation») de una misión diplomática española en las delegaciones de la UE en Yemen, en diciembre de 2012 y en Azerbaiyán, en noviembre de 2013. También, puede verse una explicación del Gobierno de España sobre la celebración de estos Acuerdos en <http://www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MAE/2014/100214Myanmar.htm>

La diferencia entre esta forma de cooperación diplomática y la acreditación múltiple, activa y pasiva, puede consultarse en VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4ª ed, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 105 y 225 y ss.

³² DOUE L 201, de 3 de agosto de 2010.

función de prestación de protección consular a los ciudadanos de la Unión en países terceros, basándose en la neutralidad en lo que se refiere a recursos». El artículo 13.1 de la misma Decisión añade que la Alta Representante, el Consejo, la Comisión y los Estados miembros serán responsables de la aplicación de la presente Decisión y adoptarán todas las medidas necesarias a tal fin. Además, la autonomía administrativa del SEAE se dispone en el artículo 1.2 de la reiterada Decisión. En definitiva, parece suficientemente clara la doble cobertura formal y material de estos MOU o acuerdos internacionales administrativos en el Derecho de la UE originario y derivado, tanto para la acción del SEAE cuanto para la de España u otros Estados miembros que celebren estos MOU³³.

Y esa doble cobertura en el Derecho de la UE, de menor intensidad la formal que la material, al no citarse explícitamente en los instrumentos marco la celebración de acuerdos administrativos, condiciona la calificación y tramitación del MOU por España. Téngase en cuenta, asimismo, que esta práctica se prevé en el artículo 49.1 e) de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado³⁴, según el cual, el Gobierno podrá celebrar estos acuerdos «a iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), y a propuesta del Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas, previo informe del Consejo Ejecutivo de Política Exterior». En efecto, en el plano de la calificación y de la tramitación del MOU en España, puede considerarse que el acuerdo internacional supone la ejecución del TUE, del TFUE y de la Decisión de 26 de julio de 2010, pero no como un acto de España sujeto a los procedimientos de celebración del Derecho de la UE –en este caso, procedimientos inexistentes– sino como un acto internacional de índole jurídica, celebrado por el órgano competente (el MAEC) en virtud de la legislación española.

En consecuencia, el MOU podría ser elevado al Consejo de Ministros de España para la toma de conocimiento y, debido a su contenido obligatorio, *publicarse* en el BOE. Los acuerdos administrativos válidamente celebrados, una vez publicados en el BOE, formarán parte del ordenamiento interno español, y también del ordenamiento comunitario. En la fecha de redacción de este trabajo el MOU no había sido publicado ni en el BOE ni en el DOUE, lo que no impide su aplicación entre los signatarios desde el momento de la firma, para lo cual los Estados y las instituciones de la UE se regirán por el principio de

³³ Sobre el tema, PASTOR PALOMAR, A., «Embajadas y Consulados compartidos. La práctica de España en la Unión Europea y en la Comunidad Iberoamericana», *RDCE*, n.º 54, 2016, pp. 517-554.

³⁴ En vigor desde el 27 de marzo de 2014, BOE n.º 74, de 26 de marzo de 2014.

cooperación leal. Obviamente, este MOU y los acuerdos similares no poseerán *primacía* aplicativa respecto del Derecho derivado de la UE pues, precisamente, surgen de un acto institucional que delimita su contenido y su celebración. Además, en buena lógica, dependiendo del tenor de los derechos y obligaciones establecidos, estos acuerdos podrán desplegar por sí mismos plenitud de efectos pudiendo invocarse administrativa y judicialmente. El efecto directo dependerá de que las disposiciones del acuerdo respondan a las reglas generales de la claridad, precisión e incondicionalidad. Habría que resolver, además, a qué tipo de intervención judicial, comunitaria y/o nacional, podría dar lugar una controversia sobre la interpretación o aplicación de estos acuerdos internacionales. Recuérdese, a este respecto, que el TJUE extiende sus competencias a todos los actos susceptibles de producir algún efecto jurídico, con independencia de su forma y denominación, como se afirmó en el asunto *Comisión c. Consejo (AETR)*³⁵. No obstante, no está claro el posible control de legalidad del Tribunal de Justicia, lo que no excluye, como se verá en el siguiente punto, el sometimiento a ese Tribunal de Justicia mediante una cláusula compromisoria del artículo 272 del TFUE, y/o mediante el compromiso previsto en el artículo 273 del TFUE.

Por cierto, la calificación de estos acuerdos internacionales sobre el uso compartido de Embajadas que pueda celebrar España o un órgano de la Administración española con otro Estado de la UE, o alguno de sus órganos, dependerá del contenido, los firmantes y las circunstancias de celebración. Ello quiere decir que no todos estos acuerdos deberán calificarse de igual manera que el MOU con el SEAE.

3. *Acuerdos entre el Reino de España y las instituciones de la UE*

Otro ejemplo relevante de acuerdo internacional administrativo es el celebrado entre el Reino de España y la Comisión Europea, el 21 de diciembre de 2005, relativo al empleo de lenguas oficiales en las instituciones y órganos de la UE, cuyo objeto es permitir el uso oficial en la UE de las otras lenguas oficiales de España, además del castellano³⁶. Los firmantes garantizan la confidencialidad de las comunicaciones y España asume los costes directos o indirectos de la aplicación del acuerdo. Pues bien, la cobertura formal y material

³⁵ Sentencia de 31 de marzo de 1971, as. 22/70, *Rec.* p. 263.

³⁶ Acuerdo Administrativo (2006/C 73/06), DOUE C 73/14, de 25 de marzo de 2006.

es más clara que en el supuesto anterior, pues las Conclusiones del Consejo, de 13 de junio de 2005, sobre el régimen lingüístico de la UE establecen que «en el Consejo se autorizará el uso oficial de las lenguas indicadas en el primer párrafo sobre la base de un acuerdo administrativo celebrado entre el Consejo y el Estado miembro que lo solicite y, en su caso, con otra institución u órgano de la Unión sobre la base de un acuerdo administrativo similar. Estos acuerdos se celebrarán de conformidad con el Tratado y con las disposiciones adoptadas para su ejecución, y deberán ajustarse a las condiciones que se exponen a continuación (...). El Consejo invita a las demás instituciones a que celebren acuerdos administrativos sobre esta base»³⁷. De hecho, España ha celebrado este tipo de acuerdo con el Consejo de la UE, el Tribunal de Justicia, el Comité de las Regiones, el Comité Económico y Social Europeo, y el Defensor del Pueblo Europeo³⁸. Siendo clara la doble cobertura, formal y material, de los acuerdos administrativos, debe subrayarse que el marco de éstos son unas Conclusiones del Consejo, que ni siquiera pueden considerarse como Derecho derivado. Así, el Consejo habría creado atípicamente y en la práctica una base jurídica con efectos legislativos internacionales, lo que podría afectar al principio del equilibrio institucional del Derecho de la UE, pese a la invitación del Consejo a las restantes instituciones para la celebración de estos acuerdos³⁹.

Además, hágase notar que los acuerdos los celebró el Reino de España, pues el Consejo se refería al «Estado miembro», con las firmas según los casos del Embajador Representante Permanente ante la UE, el Secretario de Estado para la UE, el Secretario de Estado de Cooperación para las Administraciones Públicas, y el Ministro de Trabajo. En el Acuerdo administrativo de 16 de noviembre de 2005, entre el Reino de España y el Comité de las Regiones, se añade una interesante cláusula final en la que se afirma que «el Embajador Representante Permanente del Reino de España y el Secretario General del Comité de las Regiones se encargarán de velar por la aplicación del presente acuerdo», lo que traduce una suerte de control administrativo.

³⁷ Comunicado de Prensa, Consejo de la Unión Europea, Asuntos Generales y Relaciones Exteriores (9499/05), 13 de junio de 2005, puede encontrarse aquí: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/gena/85452.pdf

³⁸ DOUE C 40/2, de 17 de febrero de 2006, para el Acuerdo entre el Reino De España y el Consejo.

³⁹ Acerca de la creación de bases jurídicas de una norma en el Derecho derivado, con consideraciones interesantes a los efectos de los acuerdos internacionales administrativos, véase la Sentencia de 6 de mayo de 2008, *Parlamento Europeo c. Consejo*, as. C-133/06, *Rec.* apartados 55 a 57.

En definitiva, estos acuerdos administrativos responden a las características generales señaladas anteriormente, con la particularidad de que su marco reside en una Conclusiones del Consejo que los delimitan material y formalmente, y que invitan a las demás instituciones a su celebración. Puede entenderse que los acuerdos constituyen una instrumentación normativa internacional, distinta del Derecho derivado de la UE y, en consecuencia, vinculan a cada institución de la UE con el Reino de España, siendo exigibles en dicho ámbito bilateral. También, sería invocable el principio de cooperación leal, tanto el interinstitucional como entre la UE y el Estado miembro concernido. En este sentido, podría verse afectado el principio del equilibrio institucional. No está claro, por lo demás, si podría controlarse judicialmente la compatibilidad de este acuerdo, de contenido jurídico, con las Conclusiones del Consejo, debido a la naturaleza de éstas en el conjunto del Derecho de la UE. Y puede presumirse que los interesados podrían invocar el contenido del acuerdo ante la jurisdicción española. En consecuencia, este tipo de acuerdos administrativos, de compleja caracterización en el Derecho de la UE, en el Derecho español y, también, en el Derecho internacional, dejan abiertas varias cuestiones acerca de su naturaleza y su aplicación administrativa y judicial.

4. *Acuerdos entre órganos de los Estados miembros y órganos de terceros países sobre la base de un Reglamento de la UE*

Hasta ahora, se han analizado varios acuerdos internacionales administrativos celebrados por alguna de las instituciones u órganos de la UE con España o algunos de sus órganos administrativos. Siguiendo el esquema fijado en el punto introductorio de este trabajo, también debe estudiarse otra práctica que da lugar a acuerdos internacionales administrativos entre órganos de los Estados miembros y de terceros «países» sin la participación de la UE, sobre la base de un Reglamento comunitario, a saber: los convenios y estatutos de las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial (AECT)⁴⁰, en

⁴⁰ En relación con estas AECT, puede consultarse la informativa publicación del MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial*, marzo de 2014, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/politica_autonomica/participacion-ccaa-eu/Menu_Coop_TransfrCooperacion/AECT/parrafo/03/text_es_files/2014_04_01_informe_Web_AECT.pdf

relación con el Reglamento 1302/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013⁴¹. El artículo 159, párrafo 3, del TFUE contempla reforzar el objetivo de cohesión económica y social previsto en el Derecho de la UE, para lo que se han creado las AEET como instrumentos comunitarios con personalidad jurídica que actúen en nombre y por cuenta de sus miembros.

En la actualidad, están constituidas o en tramitación una veintena de AEET con participación española (del propio Estado con otros Estados miembros, de Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Diputaciones, Comunidades de Municipios, Asociaciones de Ciudades, y Universidades). Las AEET se regulan en el plano comunitario por el citado Reglamento y en el plano nacional se adoptó el Real Decreto 37/2008⁴², pendiente de modificación para adaptarse al último Reglamento. Asimismo, toda AEET se regula por un convenio y un estatuto que se aprueban unánimemente por sus miembros. Estos convenios y estatutos deben ajustar sus contenidos al Reglamento y, en el caso de una AEET con participación española, al Real Decreto citado. El convenio y el estatuto pueden establecer que la AEET se rija por las disposiciones legislativas nacionales donde tenga su sede. También, el Reglamento dispone en el artículo 15 la jurisdicción competente (comunitaria o nacional) ante acciones de terceros perjudicados por actos u omisiones de una AEET.

Pues bien, estos acuerdos entre Estados o sus órganos administrativos, en forma de convenios y estatutos de una AEET, pueden caracterizarse como acuerdos internacionales administrativos con una doble cobertura formal y material en el Reglamento comunitario. Para España, si el acuerdo fuese entre Estados podría celebrarse como tratado internacional del artículo 94.2 de la Constitución, pues esa nota definida por la participación del mismo sujeto de Derecho internacional, no de uno de sus órganos, es precisamente lo que distingue, a los tratados de los acuerdos internacionales administrativos; sin embargo, es preferible la caracterización como acuerdo internacional administrativo atendiendo a los trámites del Real Decreto. Ciertamente, su tramitación en España no sigue los procedimientos de adopción de un acto del

⁴¹ El Reglamento (UE) n.º 1302/2013, publicado en el DOUE L 347, de 20 de diciembre de 2013, modifica el Reglamento (CE) n.º 1082/2006, DOUE L 210, de 31 de julio de 2006, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial, en lo que se refiere a la clarificación, a la simplificación y a la mejora de la creación y el funcionamiento de tales agrupaciones. Las disposiciones del Reglamento en su nueva versión son aplicables desde el 22 de junio de 2014.

⁴² BOE n.º 17, de 19 de enero de 2008.

Derecho de la UE, sino los determinados en el reiterado Real Decreto, según el cual, corresponde al Consejo de Ministros autorizar o no la constitución de una AECT (art. 6.2). Esos convenios y estatutos de las AECT se inscriben en un Registro del MAEC, que da traslado de las inscripciones al Ministerio de Administraciones Públicas. El Consejo de Ministros también podrá prohibir toda actividad en territorio español de la AECT que sea contraria al orden público, y a la seguridad, sanidad, moralidad e interés públicos (art. 11 del Real Decreto).

Los *efectos* de estos acuerdos internacionales en el Derecho de la UE responden a la especificidad del Derecho aplicable a cada AECT que será: el Reglamento como norma principal y fundamental, el convenio y el estatuto, así como las disposiciones nacionales del lugar del domicilio social de ésta. Luego, la interpretación y aplicación del convenio y acuerdo se realizarán conforme al Derecho nacional relevante bajo las condiciones previstas en cada caso. Así, como afirma el convenio de la AECT Duero-Douro, «la legislación aplicable será la española por *ius soli* del domicilio social de la AECT. No obstante lo anterior, también se recurrirá a la integración hermenéutica con la normativa comunitaria, de conformidad con el principio de primacía que le corresponde, y con la normativa portuguesa que resulte materialmente concurrente, y de forma muy singular en lo que atañe al ejercicio de derechos constitucionales nacionales, según dispone el artículo 15.3, en consonancia con el artículo 2, del Reglamento AECT»⁴³.

El carácter mixto entre lo internacional y lo institucional, presente en los anteriores acuerdos internacionales administrativos, también suele reconocerse por la doctrina a las Decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo.

Finalmente, debe precisarse que el Derecho internacional de Tratados (arts. 2.2 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de 1986) tiene en cuenta que los Derechos internos de un Estado o de una Organización internacional puedan distinguir entre tratados y otros acuerdos internacionales. Con ello, se reitera la idea de la necesidad de que la UE proceda a la regulación formal de estos acuerdos internacionales administrativos, a los que no en vano pueden aplicarse con carácter general los principios que rigen la relación entre los tratados internacionales y el Derecho de la UE. Lo mismo puede decirse de los MOU que se examinan a continuación.

⁴³ BOE n.º 2, de 2 de enero de 2014.

IV. LOS ACUERDOS NO NORMATIVOS O POLÍTICOS Y EL DERECHO DE LA UE

1. *La deficiente regulación en la UE pese a la importancia práctica*

Además de tratados y de acuerdos internacionales administrativos, se aprecia en la práctica la presencia de acuerdos políticos de la UE con terceros Estados y con Organizaciones internacionales, carentes de efectos jurídicos y que reciben variadas denominaciones, como declaraciones o Memorandos de Entendimiento (MOU)⁴⁴. Se acaba de hacer alusión, sin ir más lejos, a las Decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, cuya naturaleza puede ser la de los acuerdos políticos entre Estados miembros. Varios documentos de las instituciones reconocen su virtualidad práctica, como el *Manual de precedentes para acuerdos internacionales y actos relacionados*, elaborado por el Servicio Jurídico del Consejo⁴⁵. En el verano de 2013, la presidencia irlandesa trató de sacar adelante una posición del Consejo sobre la materia, pero no se retomó la tarea por las siguientes presidencias⁴⁶. En mi opinión, la UE debería recuperar esta vía formal de regulación de la práctica concertada no convencional.

En el Derecho español esos instrumentos internacionales se denominan *acuerdos no normativos*, y se regulan en el Título IV de la LTOAI (arts. 43-48)⁴⁷.

El Servicio Jurídico de la Comisión Europea también ha elaborado un *Vademecum sobre la acción exterior de la Unión Europea*, en 2011, en el que también se alude a los acuerdos administrativos así como a los acuerdos y declaraciones

⁴⁴ La posibilidad teórica de la asunción por la UE y sus Estados miembros de acuerdos políticos, mediante declaraciones de varias de las partes en un tratado, se apunta en el trabajo de MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Las Declaraciones en el Derecho Comunitario*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 61 y ss.

⁴⁵ La versión de 2011 (SN 1295/10), puede encontrarse aquí: http://ec.europa.eu/translation/documents/council/manual_precedents_int_agreements_en.pdf Este documento, en la páginas 66 y ss, alude a la importancia de cuidar la redacción de los MOU, evitando el uso del lenguaje propio de los tratados internacionales, como la «entrada en vigor», «partes», «obligaciones», entre otros ejemplos.

⁴⁶ Cfr. SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Draft Council Position concerning the conclusion by the EU of Memoranda of Understanding, Joint Statements and other texts containing policy commitments, with third countries and international organisations (Comunicación, CM 3854/13), de 19 de julio de 2013, y referenciada aquí: http://www.parliament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/12/21/EU_122135/imfname_10412128.pdf

⁴⁷ Un análisis de esta regulación en GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Artículo 43. Naturaleza. Artículo 44. Competencia. Artículo 45. Informe. Artículo 46. Tramitación interna. Artículo 47. Mención expresa del Estado. Artículo 48. Registro», en *Comentarios...*, *op. cit.* en la nota 5, pp. 835-872.

políticas⁴⁸. Dentro de los acuerdos administrativos de la Comisión Europea, el *Vademecum* distingue –en razón del contenido– los meramente políticos de los susceptibles de crear derechos y obligaciones. En este trabajo, como se ha visto, la denominación de acuerdos administrativos se reserva para los que contienen efectos jurídicos. Respecto a los procedimientos para la celebración de los acuerdos políticos o MOU, el *Vademecum* recalca que no serían aplicables las normas del artículo 218 del TFUE y que, por ende, deberían seguirse las normas generales relativas a las competencias de las instituciones, bajo el principio del equilibrio institucional del artículo 13.2 del TUE. Concretamente, el artículo 16.1 del TUE prevé que el Consejo ejercerá funciones de «definición de políticas» en las condiciones establecidas en los Tratados, y el 17.1 del TUE que la Comisión Europea «asumirá la representación exterior de la Unión», con excepción de la política exterior y de seguridad común (competencia del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad) y de los demás casos previstos en los Tratados. Efectivamente, en esta materia resulta básica la distinción entre la acción exterior de la UE correspondiente a la PESC, con normas procedimentales y de control propias, y el resto de ámbitos de las relaciones exteriores. Respecto a una posible intervención del Parlamento Europeo, el *Vademecum* apunta que se examinará casuísticamente si se le informa de la celebración de los MOU.

Puede apreciarse que, sobre la base del principio de competencias de atribución, la celebración de MOU plantea problemas de delimitación de competencias (exclusivas, compartidas, complementarias, implícitas), así como de ejercicio de las mismas (subsidiariedad en relación con los Estados miembros, proporcionalidad y suficiencia de medios, como dispone el artículo 5 del TUE).

Ante estos problemas, las dos instituciones con mayor peso en la celebración de un MOU son la Comisión y el Consejo, que deberán respetar sus respectivas funciones en cuanto a la fijación del contenido del acuerdo internacional y en la adopción de los actos que implican su celebración y aplicación. ¿Puede la Comisión materializar en un acuerdo internacional la postura política de la UE, sin contar con el Consejo más que a efectos informativos tras la celebración del acuerdo? Esta cuestión debe resolverse dentro del Derecho de la UE porque el artículo 16.1 del TUE parece otorgar al Consejo un papel clave en la definición de políticas en los ámbitos materiales en los que ésta institución pueda intervenir. El *Vademecum*, además, entiende que el alcance de

⁴⁸ SECRETARÍA GENERAL Y SERVICIO JURÍDICO DE LA COMISIÓN EUROPEA, *Vademecum on the external action of the EU* (SEC(2011)881/3).

la intervención de la Comisión vendrá determinado por la existencia, o no, de una posición política previa de la UE en la materia objeto del acuerdo. Sólo si existiera esa posición UE, en forma de Conclusiones del Consejo, de estrategia UE, o de acción concertada UE, entre otras, la Comisión podría intervenir exclusivamente, respetando siempre el principio de la cooperación leal. Por cuanto afecta al sistema de votación en el Consejo para fijar la posición de la UE, el *Vademecum* afirma que, en ámbitos distintos a la PESC, la práctica general es el consenso y, en casos de discrepancias, podría el Consejo tener que acudir a la regla de la mayoría cualificada del artículo 16.3 del TUE.

Acerca de la capacidad de la Comisión para firmar un MOU, sin la previa autorización del Consejo, el *Vademecum* considera que no hay problema, con base en el artículo 17.1 del TUE, tanto si se hace en nombre de la UE o sólo por cuenta de la Comisión. Sin embargo, en mi opinión, la intervención del Consejo debe corresponderse con la existencia de la posición política de la UE a la que se aludía más arriba, pues ésta condicionaría la previa autorización de la firma a la Comisión por el Consejo. En fin, se desprenden de estas líneas que hace falta una definición objetiva y clara de la relación interinstitucional para la celebración de MOU, más allá de lo dispuesto en el *Vademecum*, documento de la Comisión Europea.

2. *Variación de acuerdos por razón de su objeto y la distribución competencial*

En efecto, la práctica es rica. La Comisión celebró con la República Popular de China una Declaración Conjunta, en octubre de 2012, sobre cooperación en materia de tecnología espacial⁴⁹, que podría calificarse como un acuerdo de naturaleza política. Retomando la práctica apuntada en el punto anterior, también sería un MOU el Arreglo Administrativo de 16 de noviembre de 2011 entre la Agencia Federal de Gestión de Emergencias del Departamento de Seguridad Interior de Estados Unidos con la Dirección General de Protección Civil de la Comisión Europea⁵⁰, y el Arreglo Administrativo de Cooperación técnica entre EUROSTAT y la EFTA, de 12 de noviembre de 2013⁵¹.

⁴⁹ Cfr. Comunicado Conjunto de Prensa, 15 Cumbre UE-China, Hacia un Partenariado Estratégico Reforzado, 20 de septiembre de 2012 (14022/12), PRESSE 388. La referencia a la Declaración Conjunta puede encontrarse aquí, en el punto 22 del Comunicado Conjunto de Prensa: http://eeas.europa.eu/china/summit/summit_docs/20120920_joint_communique_en.pdf

⁵⁰ Cfr. aquí: http://ec.europa.eu/echo/partners/civil_protection/administrative_arrangements_en.htm; http://www.fema.gov/pdf/about/offices/iad/us_aa_eu_signed.pdf.

⁵¹ Cfr. aquí: <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/statistics/arrangement.pdf>

Todos ellos son MOU bilaterales de instituciones u órganos de la UE con otros órganos de Estados o con Organizaciones internacionales. También, se encuentran casos de MOU mixtos, enraizados en competencias de la UE y de los Estados miembros, como la Declaración conjunta por la que se establece una Asociación de Movilidad entre el Reino de Marruecos y la UE y sus Estados miembros, firmada el 7 de junio de 2013⁵². La Declaración se firmó por nueve Estados miembros, incluido el Reino de España, en el marco del Acuerdo Euromediterráneo de Asociación con Marruecos, de 26 de febrero de 1996, de carácter mixto. El punto 46 de la Declaración explicita que sus disposiciones «no tienen por objeto crear derechos u obligaciones jurídicas con arreglo al Derecho internacional»⁵³. Los objetivos de la Asociación para la Movilidad son la mejora de la gestión de la circulación de personas para estancias cortas, la migración legal y la migración por motivos de trabajo, el fortalecimiento de la cooperación en materia de migración y desarrollo, la lucha contra la inmigración irregular y la promoción de una política eficaz de retorno y readmisión dentro del respeto de los derechos fundamentales, así como el respeto de los instrumentos internacionales debidamente consentidos para la protección de los refugiados. Para el cumplimiento de dichos objetivos, los firmantes trabajarán a partir de unas orientaciones. Obsérvese que el instrumento se refiere a los derechos humanos, la inmigración, la trata de seres humanos y la gestión de fronteras, todas ellas materias regidas por ley en el Derecho español y con distintas bases jurídicas en el Tratado de Lisboa. En el preámbulo de la Declaración se recalca que se actúa en observancia de los marcos legislativos de Marruecos, de la UE y de los Estados miembros participantes. Sin embargo, el punto 46 de la Declaración deja claro que no se pretenden crear derechos u obligaciones jurídicas de Derecho internacional, cláusula de no normatividad que se ajusta a los compromisos asumidos en el texto, pues se dispone «fortalecer la aplicación», «facilitar, apoyar, fomentar la cooperación»; esto es, el instrumento supone una declaración de intenciones generadora de compromisos políticos.

Pues bien, la Declaración conjunta o MOU mixto no ha tenido ningún tipo de publicación oficial en la UE ni en España, dada su naturaleza de acuerdo político y pese a ser un instrumento complementario e interpretativo del

⁵² Cfr. Comunicado de Prensa, Sesión n.º 3235 del Consejo, Asuntos Generales, 22 de abril de 2013, aquí: http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-13-153_es.htm

⁵³ Cfr. el texto de la Declaración en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/news/news/2013/docs/20130607_declaration_conjointe-maroc_eu_version_3_6_13_en.pdf

Acuerdo Euromediterráneo de Asociación de 1996. Sabido es, en este sentido, que los acuerdos políticos no producen autónomamente efectos jurídicos, pero ello no impide que sirvan para la interpretación de un tratado internacional, que constituyan la prueba de la práctica de una costumbre internacional o que jueguen en el contexto de los actos propios de un Estado y de una Organización internacional. Obviamente, la Declaración vincula a la UE, a los Estados miembros firmantes y a Marruecos, en el plano político. La delimitación de competencias en el Derecho de la UE ha servido para la celebración mixta de este MOU. El 3 de marzo de 2014, Túnez, la UE y diez Estados miembros, con España, firmaron otra Declaración conjunta para la Asociación de Movilidad⁵⁴, vinculada al Acuerdo Euromediterráneo de Asociación de 17 de julio de 1995, en términos similares a la de Marruecos, por lo que son aplicables las mismas valoraciones realizadas.

En este orden de ideas, la UE y sus Estados miembros también podrían recurrir a un acuerdo político mixto con Ucrania para confirmar el ámbito territorial de aplicación, *de facto* y *de iure*, de los tratados que les vinculen, una vez anexionada Crimea a la Federación de Rusia. Recuérdese que, el 21 de marzo de 2014, la UE y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, firmaron las disposiciones políticas del Acuerdo de Asociación⁵⁵.

Una vez más, debemos insistir en la posibilidad de celebración de acuerdos no normativos con el RU en relación con el Brexit.

Finalmente, abundando en la interacción de los MOU con los tratados internacionales de la UE y de sus Estados miembros, las medidas transitorias y especiales establecidas por la UE para los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, regidos por el Reglamento 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, también afectarían a esos acuerdos políticos. En consecuencia, puede afirmarse que España también debería informar a la Comisión Europea, en virtud de los artículos 7 y siguientes del Reglamento, respecto de la celebración de un MOU preparatorio o interpretativo de un tratado bilateral, pues ese acto formaría parte del cuerpo normativo del trata-

⁵⁴ Cfr. la Declaración conjunta con Túnez, de 3 de marzo de 2014, cuyo punto 38 contienen la cláusula de no normatividad, y que también sería un MOU mixto. Puede consultarse en la versión en francés, aquí: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/international-affairs/general/docs/declaration_conjointe_tunisia_eu_mobility_fr.pdf

⁵⁵ DOUE L 161, de 29 de mayo de 2014. En las Conclusiones sobre Ucrania del Consejo Europeo, de 20 de marzo de 2014, se refleja el apoyo de la UE a la soberanía e integridad territorial de ese Estado, no se reconoce el referéndum ilegal de Crimea pues se entiende que constituye una clara vulneración de la Constitución ucraniana, y se acuerda la adopción de medidas restrictivas.

do. Esta exigencia vendría implícita en las disposiciones del Reglamento⁵⁶. Un ejemplo concreto sería el Protocolo de 2012 en materia de vivienda y urbanismo firmado por el Secretario de Estado de Infraestructuras de España y su homólogo argelino, que podría entenderse como un acuerdo de interpretación del Acuerdo de Promoción y Protección de la Inversión entre España y Argelia, de 23 de diciembre de 1994⁵⁷. El Protocolo sirvió para formalizar la inversión de varios grupos empresariales españoles mediante planes de construcción de viviendas en Argelia.

V. CONCLUSIONES

La complejidad del sistema comunitario comporta la distinción de la naturaleza de múltiples acuerdos internacionales vinculados a la UE. Realmente, no todos son tratados internacionales y muchos de ellos implican una flexibilización del principio de las competencias de atribución. Así, se generan problemas de celebración y de aplicación que no deben resolverse sólo cuando haya una patología planteada ante el TJUE, sino que sería deseable la adopción preventiva de normas comunitarias clarificadoras. La propuesta irlandesa en el verano de 2013 de sacar adelante una posición del consejo sobre la celebración de MOU, declaraciones conjuntas y otros textos con compromisos políticos, trascurría en la buena senda.

Haría falta una norma sobre los acuerdos jurídicamente relevantes que no son tratados internacionales, que hemos denominado acuerdos administrativos, a semejanza de la Ley 25/2014. De esta manera, habría una mayor seguridad jurídica acerca de una posible intervención del TJUE, y sobre la obligatoriedad, primacía y efectos directos, en relación con los acuerdos administrativos celebrados en el seno del Derecho de la UE.

Los efectos de la diferente tipología de acuerdos sobre el sistema comunitario pueden no ser uniformes según el Estado miembro concernido, y esa asimetría proviene en parte de las deficiencias e insuficiencias del mismo Derecho de la UE.

⁵⁶ DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁵⁷ BOE n.º 59, de 8 de marzo de 1996.

