



LA INTEGRACION DEL DERECHO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ALGUNAS ZONAS OSCURAS DEL «ACQUIS COMMUNAUTAIRE»

Por FRANCISCO JOSE SANTAOLALLA GADEA

Sumario: INTRODUCCIÓN.—1. ACTOS DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS NO OBLIGATORIOS.—2. ACTOS ATÍPICOS DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS: 2.1. Resoluciones, conclusiones, declaraciones...—2.2. Efectividad jurídica respecto a los nuevos Estados miembros.—2.3. Actos del Consejo Europeo.—2.4. Comunicaciones de la Comisión.—3. ACTOS CONVENCIONALES ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS: 3.1. Decisiones y acuerdos convenidos por los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo.—3.2. Acuerdos concluidos por los Estados miembros relativos al funcionamiento de las Comunidades o que presentan relación con la acción de éstas.—3.3. Convenios previstos en el artículo 220 TCEE y protocolos sobre la interpretación de las mismas por el TJCE.—3.4. Efectos respecto a los nuevos Estados miembros.—3.5. Declaraciones, resoluciones y otras tomas de posición relativas a las Comunidades Europeas adoptadas de común acuerdo por los Estados miembros.—4. ACTOS INTERESTATALES BASADOS EN LA COOPERACIÓN POLÍTICA.

Introducción

La adhesión de un Estado a las Comunidades Europeas exige la aceptación del orden jurídico comunitario, con las características propias de éste tal como se deducen de los Tratados de creación de las Comunidades interpretados por el Tribunal de Justicia de las mismas.

Esta exigencia se concreta en el tratado de adhesión, artículos 1 a 9 del «Acta relativa a las condiciones de adhesión y a las adaptaciones de los tratados» que están redactados en idénticos términos en los dos tratados celebrados hasta ahora, el de la primera ampliación (Bruselas, 22 de enero de 1972) y el de adhesión

de Grecia (Atenas, 28 de mayo de 1979) y que lógicamente serán los mismos en el tratado de adhesión de España. En esencia las condiciones consisten: primero en la integración en el ordenamiento interno del corpus normativo en vigor en el momento de la adhesión, corpus muy extenso (45.000 páginas del *Diario Oficial* de las Comunidades en el momento de la adhesión de Grecia), y que afecta prácticamente a toda la regulación de la actividad económica de los Estados miembros, y segundo en la integración de las sucesivas normas adoptadas por las instituciones comunitarias.

Las relaciones entre este derecho comunitario y el ordenamiento nacional se rigen por los principios de: supremacía del derecho comunitario en los eventuales conflictos, aplicabilidad directa, y reserva de las cuestiones de su validez e interpretación al Tribunal de Justicia de las Comunidades.

La prioridad del derecho comunitario en caso de conflicto es una exigencia lógica de la existencia misma de las Comunidades, y ha sido firme y repetidamente declarada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades. No obstante, su fundamento: en el orden constitucional de cada uno de los Estados miembros, o en el propio derecho comunitario, el eventual conflicto con normas de rango constitucional, sus efectos respecto a la norma nacional incompatible, el órgano judicial nacional competente para sancionar esta supremacía, etc., son cuestiones que han suscitado en los actuales Estados miembros importantes debates y que no dejarán de hacerlo en el ámbito jurídico español tras la eventual adhesión.

El principio de la aplicabilidad directa tiene en el caso del derecho comunitario dos vertientes. Por un lado se exige que las normas comunitarias, tratados y derecho derivado emanado por las instituciones comunitarias no sean objeto de «transformación» en el orden jurídico de los Estados miembros; correlativamente se excluye la publicación del derecho derivado en el *Diario Oficial* del Estado miembro y se conceden todos los efectos a la publicación en el *Diario Oficial* de las Comunidades (editado en el idioma del Estado miembro). Por otro lado, la aplicabilidad directa significa que las normas comunitarias son susceptibles de generar derechos y deberes de los súbditos de los Estados

miembros, alegables directamente ante los órganos judiciales internos y que éstos deben proteger y exigir. Este efecto directo sólo lo tienen atribuido formalmente los reglamentos comunitarios, pero el Tribunal de Justicia ha extendido la noción a normas contenidas en los tratados y en directivas y decisiones.

No resulta necesario subrayar el impacto de esta aplicabilidad de normas comunitarias sobre el aparato de la administración de justicia de un Estado miembro, tanto desde el punto de vista formal, porque viene a incidir en principios firmemente establecidos, como material, dado el volumen de la legislación comunitaria.

También la reserva de las cuestiones de validez e interpretación de este derecho al Tribunal de Justicia de las Comunidades con la correspondiente posibilidad en unos casos y obligación en otros de que los órganos judiciales nacionales se abstengan de decidir y reenvíen en interpretación, ha dado lugar a polémicas doctrinales y a decisiones judiciales controvertidas en los actuales Estados miembros, que resulta necesario exponer para que sirvan de referencia en lo posible a las que forzosamente se producirán en nuestro caso.

De esta somera exposición puede ya deducirse que el aspecto jurídico de la integración española en las Comunidades Europeas es un tema susceptible de suscitar un número de cuestiones importantísimas en el plazo relativamente corto en que se planteará la adhesión.

El bloque de estas cuestiones puede dividirse en tres grandes grupos:

I. Sería necesario, en primer lugar, exponer el contenido del orden jurídico comunitario, instrumentos normativos que lo componen y respectivos efectos de cada categoría de normas en el orden interno del nuevo Estado miembro.

II. El siguiente tema sería el de las relaciones derecho comunitario-derecho interno. Se trata aquí de exponer las exigencias derivadas de la adhesión: aplicabilidad directa, supremacía sobre el derecho interno, reserva de las cuestiones de validez e interpretación al Tribunal de Justicia de las Comunidades, y examinar si resulta posible y mediante qué construcciones jurídicas

su encaje en el marco constitucional español detectando los posibles conflictos y esbozando soluciones. En este tema resulta imprescindible el examen de la experiencia de los actuales Estados miembros de las Comunidades.

III. El tercer gran bloque de cuestiones se refiere a las que suscita la actividad del Estado miembro como consecuencia de la adhesión a las Comunidades. La adhesión supone una actividad normativa del Estado miembro para aplicar el derecho comunitario: desarrollo de la normativa no directamente aplicable en vigor en el momento de la adhesión y de la que se adopte a partir de entonces, modificación, derogación o adaptación de las normas internas incompatibles, adopción de las normas precisas para la aplicación del derecho comunitario directamente aplicable, etcétera. Esta obligación, y en general el sistema de producción de normas por la Comunidad, incidirá en el reparto de competencias entre Legislativo y Ejecutivo y entre Comunidades Autónomas y Estado. Es evidente que aquí se tocan temas de rango constitucional que no dejarán de plantearse y que sería necesario ir elaborando. Por ejemplo, la pérdida real de funciones del legislativo exigiría se diseñasen mecanismos para su participación en el proceso de toma de decisiones por el ejecutivo en materia comunitaria. Por otro lado, la maquinaria estatal tiene que crear los órganos y procedimientos que permitan llegar a una postura nacional coherente en el complejo proceso de toma de decisiones en las Instituciones comunitarias y para garantizar en el interior la aplicación de las decisiones adoptadas a nivel comunitario. También aquí puede ser muy útil exponer los modelos de organización y funcionamiento a que han llegado los actuales Estados miembros.

Sirvan las consideraciones anteriores de marco de referencia para situar el presente trabajo, que encajaría en el primero de estos tres grandes bloques de cuestiones.

Se trata, en resumen, de conocer a qué se obliga realmente el nuevo Estado miembro cuando acepta este «acervo» o «patrimonio comunitario», ese complejo entramado de normas de diferentes categorías donde se mezcla lo supranacional con lo interestatal, que en la doctrina y práctica jurídica habituales recibe

el ya consagrado nombre de «*acquis communautaire*», expresión utilizada justamente por su ambigüedad, cuya aceptación se exige al Estado candidato. Porque su composición es heterogénea. Es cierto que la gran mayoría de los actos que lo componen son adoptados por las instituciones comunitarias bajo las formas, con las denominaciones y previos los procedimientos previstos en los tratados institutivos de las comunidades. En cuanto tales, sus efectos están reglados en los mismos textos y su aplicabilidad en el Estado miembro no plantea problemas formales. No nos proponemos exponer las características y naturaleza jurídica de tales actos, para lo que nos remitimos a las abundantes publicaciones sobre la teoría de las fuentes del derecho comunitario en la literatura jurídica.

Lo que intentamos es examinar las zonas oscuras, los actos atípicos, los puntos conflictivos, porque en ellos es donde pueden surgir dudas sobre su obligatoriedad y efectos respecto al nuevo Estado miembro.

Por ejemplo: los efectos de los actos comunitarios no obligatorios, o de los adoptados por las instituciones bajo las denominaciones tipificadas en los tratados, pero que sin embargo no poseen las características que para tales actos se exigen.

En otras ocasiones los actos no tienen ni siquiera la denominación prevista en el tratado, sino que son «conclusiones», «resoluciones», «declaraciones», etc., y sus efectos no aparecen reglados en ningún texto y a veces ni siquiera de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueden deducirse orientaciones claras sobre su naturaleza y efectos.

Otro grupo son los actos que se encuentran en el límite entre actos institucionales de las Comunidades y actos interestatales de los Estados miembros, por ejemplo los «acuerdos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo».

También hay actos puramente interestatales entre los Estados miembros a los que el nuevo Estado miembro se adhiere o se compromete a adherirse como consecuencia de su ingreso en las Comunidades; por ejemplo, las llamadas convenciones comunitarias.

Estas cinco categorías, que como veremos no abarcan actos totalmente homogéneos, serán el objeto del presente trabajo.

No son éstos únicamente los puntos conflictivos del *acquis*. Un capítulo que merecería atención especial es el de los acuerdos internacionales concluidos por las Comunidades, tema en que se plantea con virulencia la dialéctica entre instituciones comunitarias y Estados miembros sobre extensión de las competencias de la Comunidad; es una cuestión abierta en la que es preciso examinar muy de cerca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En cualquier caso, la aceptación de los acuerdos concluidos por la Comunidad plantea al nuevo Estado miembro la necesidad de reestructurar sus relaciones exteriores y suscita abundantes problemas jurídicos: respeto de los derechos del tercer Estado, examen de compatibilidad de acuerdos concluidos antes de la adhesión, denuncia o revisión de los incompatibles, etcétera. En este trabajo, sin embargo, no vamos a entrar en esta serie de cuestiones cuya entidad exige tratamiento específico.

Respecto a los actos a que nos referimos, examinaremos en primer lugar su *carácter normativo*, después la *base jurídica de su obligatoriedad para el nuevo Estado miembro* y finalmente los *efectos que producen en el ordenamiento interno* de éste.

El texto en que se define la posición del nuevo Estado miembro frente al bloque de legalidad comunitaria es el Acta de adhesión, documento anejo al Tratado de adhesión a la CEE y a la CEEA y a la Decisión del Consejo sobre adhesión a la CECA (que éstos son los dos instrumentos jurídicos de adhesión a las Comunidades) que contiene las condiciones de adhesión y las adaptaciones de los tratados. El presente trabajo toma, pues, como eje la interpretación y el examen de los dos tratados y actas de adhesión concluidos hasta el momento, de 22 de enero de 1972, de adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, y de 28 de mayo de 1979, de adhesión de Grecia, que como veremos son prácticamente idénticos por lo que a este tema se refiere.

1. Actos de las Instituciones comunitarias no obligatorios

Lo que en este epígrafe nos cuestionamos es si las «recomendaciones» CEE y CEEA (1) y los «dictámenes» de las tres comunidades forman parte del *acquis communautaire*, en virtud de qué precepto del tratado de adhesión y con qué efectos en los nuevos Estados miembros.

La redacción del artículo 2 del Acta de Adhesión:

Desde el momento de la adhesión las disposiciones de los tratados originarios y los actos adoptados por las Instituciones de las Comunidades obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en los mismos en las condiciones previstas en tales tratados y en la presente acta.

plantea la necesidad de interpretar si «los actos de las instituciones» pueden englobar a éstos cuya característica básica consiste en no ser obligatorios. Dada la segunda parte de la redacción —«obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en los mismos»— habría que concluir a primera vista que como ninguno de estos efectos pueden atribuirse a los actos en cuestión no están incluidos en este artículo.

Por otro lado, en el párrafo tres del artículo siguiente el Acta regula la situación de los nuevos Estados miembros respecto a los actos que no tienen efecto jurídico preciso y reglado: «declaraciones, resoluciones u otras tomas de posición *del Consejo*»... (2), pero tampoco puede entenderse que encajan aquí claramente estos actos que son tanto del Consejo como de la Comisión y que tienen una denominación determinada en los tratados que no es citada en este artículo y que no parece encajar en el genérico «otras tomas de posición». Además, tampoco los efectos que este artículo atribuye respecto a los nuevos Estados miembros:

respetarán los principios y orientaciones que de ellos se derivan y adoptarán las medidas que puedan resultar necesarias para garantizar su aplicación,

(1) Las «recomendaciones» CECA son normas indirectas semejantes a las directivas (art. 14 TCECA):

Las recomendaciones comportan obligación respecto a los fines que asignan, pero dejan a sus destinatarios la elección de los medios propios para alcanzar tales fines.

(2) La cursiva es nuestra.

corresponden a la caracterización de las recomendaciones y dictámenes según los artículos 189 TCEE, 181 TCEEA y 14 TCECA, que se limitan a caracterizarlos negativamente.

Las recomendaciones y los dictámenes no obligan (3).

Y sin embargo, estos medios, que corresponden a los clásicos instrumentos de las organizaciones internacionales y que en el caso de las Comunidades Europeas juegan un importante papel en la aproximación de las legislaciones nacionales, no cabe duda de que forman parte del *acquis communautaire* y de que deben ser tenidos en cuenta por los Estados miembros a los que se les comunican en el Inventario de actos de las Comunidades en vigor, bajo la rúbrica *Autres actes* en oposición a *Actes contraignants*. Su encaje en el Acta podría conseguirse, pensamos, a través de la referencia a «actos de las instituciones» del artículo 2, porque esto es lo que son, y aunque no obligatorios no cabe duda de que surten efectos respecto a los Estados miembros, como veremos a continuación. Conviene señalar que también se consideran incluidos en este mismo artículo otros actos, como las decisiones sin destinatario, que tampoco surten los efectos que el artículo prevé (4).

Si nos enfrentamos con el tema de la efectividad de estos actos tenemos dos opciones: una, entrar en la cuestión general del valor jurídico de las normas desprovistas de obligatoriedad, y otra, examinar sus efectos en la práctica habitual. Es esta segunda la que seguimos dado el carácter de este trabajo (5).

Si se examina el elenco de *Recomendaciones* CEE y CEEA del derecho comunitario (6) resulta que en su mayor parte están formuladas como invitaciones a los Estados (7) para que adopten medidas que generalmente consisten en modificaciones de su

(3) Y a excluirlos del control de legalidad por el TJCE (art. 173 TCEE).

(4) PUISOCHER: *L'élargissement des Communautés européennes*, París, 1974, p. 179.

(5) Una interesante aproximación a la primera cuestión puede encontrarse en MORAND: «Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire», CDE, 1970, p. 625.

(6) Véase a estos efectos, por lo que se refiere a la CEE en materia de aproximación de legislaciones, el trabajo de SOLDATOS y VANDERSANDEN, en *Les instruments du rapprochement des législations*, editado por el Instituto de Estudios Europeos de la ULB, pp. 120 y ss.

(7) Pueden dirigirse también a particulares.

legislación. Las instituciones comunitarias no tienen restringida su competencia a los casos en que el tratado prevé expresamente la adopción de recomendaciones (como, por ejemplo, el art. 27 TCEE, aproximación de disposiciones materia aduanera, 102 TCEE, evitación de distorsiones en las condiciones de libre competencia, como resultado de modificaciones proyectadas en la legislación de un Estado miembro), sino que el artículo 155 TCEE (124 TCEEA) atribuye a la Comisión la posibilidad de formular recomendaciones o dictámenes si lo estima necesario, y la misma facultad debe reconocerse a fortiori al Consejo.

Respecto a su efectividad jurídica hay que distinguir las que han sido aceptadas expresamente por los Estados, que constituyen en cierto modo un acuerdo con la Comunidad (8) cuya violación podría dar lugar a los procedimientos de infracción establecidos en los Tratados. Lo mismo puede resultar de la aplicación efectiva pero sin aceptación expresa; la violación futura podría considerarse una infracción del Estado miembro. Pero el Estado puede, bien aceptarla con reservas, bien no aplicarla en absoluto, sin que ello suponga ninguna presunción de infracción, aunque en algunos casos la no aplicación esté dotada de ciertos efectos por normas de los Tratados (arts. 91 y 102 TCEE) (9).

(8) MORAND: *Op. cit.*, p. 630.

(9) Artículo 91 TCEE:

1. Si durante el período transitorio la Comisión, a petición de un Estado miembro o de cualquier otra parte interesada, comprobare la existencia de prácticas de dumping en el interior del mercado común dirigirá recomendaciones al autor o autores de dichas prácticas para poner fin a dicha situación.

En caso de que continúen las prácticas de dumping, la Comisión autorizará al Estado miembro perjudicado para que adopte las medidas de protección, en las condiciones y modalidades que ella determine.

Artículo 102 TCEE:

1. Cuando exista motivo para temer que la adopción o modificación de una disposición legislativa, reglamentaria o administrativa pueda provocar una distorsión en el sentido definido en el artículo precedente, el Estado miembro que quiera proceder así, consultará a la Comisión. Después de haber consultado a los Estados miembros, la Comisión recomendará a los Estados interesados las medidas apropiadas para evitar tal distorsión.

2. Si el Estado que quiere promulgar o modificar disposiciones nacionales no se conformare a la recomendación que la Comisión le hubiera dirigido, no podrá pedirse a los demás Estados miembros, en aplicación del artículo 101, que modifiquen sus disposiciones nacionales para eliminar dicha distorsión. Si el Estado miembro que no haya tenido en cuenta la recomendación de la Comisión provocare una distorsión únicamente en perjuicio propio, no serán aplicables las disposiciones del artículo 101.

Para ofrecer una idea general del grado de aceptación de las recomendaciones por los Estados miembros, si tomamos en cuenta, a modo de muestra, las recomendaciones en materia de aproximación de legislaciones adoptadas por la Comisión en los sectores: derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, transportes, legislación social y legislación aduanera (10) resulta que en la mayoría de los casos las recomendaciones han surtido efecto; que los Estados las han aplicado salvo cuando han encontrado dificultades de orden interno importantes; pero que esta aplicación no ha sido uniforme, con lo que la aproximación de las legislaciones mediante este procedimiento no puede considerarse garantizada, lo que en algunos casos ha conducido a la adopción de directivas, dejando a la recomendación aquellas áreas en que sería prematuro adoptar normas comunitarias, en base, por ejemplo, al artículo 235, porque o bien no hay aún una política comunitaria definida o bien se trata de sectores «sensibles» de la competencia estatal.

Por lo que se refiere a los *dictámenes*, en su gran mayoría se limitan a comunicar ciertos hechos a los interesados o a expresar una opinión, y por tanto no puede considerarse tengan carácter normativo. En otros, sin embargo (art. 54 TCECA), tienen más bien caracteres de decisión individual, y en cuanto a los dictámenes motivados de los artículos 169 TCEE y 141 TCEEA, que la Comisión dirige a un Estado miembro cuando estima que ha infringido alguna de las normas de los tratados, pueden tener efectos semejantes a las recomendaciones si la Comisión le comunica las medidas que debe adoptar para remediar la infracción (11).

Por lo que se refiere a la situación del nuevo Estado miembro, ya veíamos que en los textos de adhesión no aparecen referencias a estos actos y que difícilmente encajan en las previsiones de

(10) A partir de los cuadros elaborados por SOLDATOS y VANDERSAN: *Op. cit.*, páginas 136 y ss., que ofrecen un excelente análisis sectorial.

(11) MORAND: *Op. cit.*, p. 640. El artículo 169 TCEE y el 141 TCEEA prevén:

Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia.

carácter general de los artículos 2 y 3 del Acta. Faltan también previsiones respecto a su aplicabilidad en el título II del acta, que recoge lo referente a aplicabilidad de los actos de las instituciones, y en concreto la necesaria precisión sobre cuáles de estas normas serían aplicables a los nuevos Estados miembros (¿las que hayan sido notificadas a todos los Estados miembros?) y la presunción de notificación, que contiene el artículo 149 para las directivas y decisiones (12).

Si consideramos, sin embargo, que forman parte del *acquis communautaire* y que deben tener efectividad en los nuevos Estados miembros para que éstos estén en la misma situación que los Estados miembros actuales, habría que entender que las previsiones del artículo 149 del Acta, sobre notificación, les resultan aplicables por analogía.

Por su parte, el nuevo Estado miembro, dado que la mayoría de las recomendaciones contienen una obligación expresa de informar a la Comisión de las decisiones adoptadas en el ámbito nacional, estaría también sometido a esta obligación, que sin embargo no tiene un carácter jurídico porque forma parte de la recomendación que como tal no es obligatoria.

2. Actos atípicos de las Instituciones comunitarias

El artículo 3, párrafo 3 del Acta de adhesión (13) declara:

Los nuevos Estados miembros se encuentran en la misma situación que los Estados miembros originarios respecto a las declaraciones, resoluciones u otras tomas de posición del Consejo, así como respecto a aquellas relativas a las Comunidades Europeas que hayan sido adoptadas de común acuerdo

(12) Artículo 149 del Acta de Adhesión:

Desde la adhesión, los nuevos Estados miembros serán considerados destinatarios que han recibido notificación de las directivas y de las decisiones, en el sentido del artículo 189 del tratado CEE y de las recomendaciones y de las decisiones en el sentido del artículo 14 del tratado CECA en tanto en cuanto estas directivas, recomendaciones y decisiones hayan sido notificadas a todos los Estados miembros originarios.

(13) Por lo que se refiere a la adhesión de España, en el curso de las negociaciones, en la cuarta sesión de la Conferencia a nivel ministerial celebrada en Luxemburgo el 22 de abril de 1980, la delegación comunitaria expuso como *principes qui s'imposent* una declaración de idéntico contenido al artículo 3.3 de las anteriores Actas de Adhesión.

por los Estados miembros; en consecuencia, respetarán los principios y orientaciones que de ellas se derivan y adoptarán las medidas que puedan resultar necesarias para asegurar su puesta en práctica.

El artículo se refiere, por tanto, a dos categorías de actos: los adoptados por el Consejo y los adoptados por los Estados miembros de común acuerdo. Estos últimos son, por tanto, actos de carácter convencional que en nuestra clasificación se incluyen en el epígrafe siguiente.

Dada su amplia redacción («otras tomas de posición») este artículo plantea el tema general de los actos atípicos de las instituciones comunitarias. Ni el artículo 189 TCEE ni los correspondientes de los otros tratados enumeran de forma exhaustiva los actos que pueden adoptar las instituciones. Es evidente que muchos de los actos que éstas emanan no encajan en las categorías jurídicas tipificadas en los tratados originarios (14). Pero, dado que el Estado adherente es afectado por ellos (art. 3.3.d, antes citado), resulta necesario un intento clasificador a efectos de determinar en lo posible la posición del nuevo Estado miembro respecto a los que estén en vigor en el momento de la adhesión o se adopten en lo sucesivo.

Los actos del Consejo que no adoptan las formas típicas previstas en los tratados originarios plantean en primer lugar la cuestión de su naturaleza. ¿Habría que entender que siguen siendo actos del Consejo de las Comunidades o serían actos de carácter interestatal, convencionales, de los representantes de los Estados miembros y el Consejo serviría como conferencia internacional únicamente? Una parte de la doctrina estima, en efecto, que en cuanto institución comunitaria el Consejo sólo puede actuar en la forma y previos los procedimientos previstos en los tratados (15). El acta de adhesión los considera, sin em-

(14) En el caso del Tratado CECA, el propio tratado prevé que la Alta Autoridad (Comisión), el Consejo y la Asamblea puede adoptar *deliberations* que quedan sometidas al control del TJCE (arts. 38 y 41). Por su parte, el TCEE prevé que el Consejo adopte «programas» para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (arts. 54 y 63).

(15) CLAUDE LASSALLE: «Aspects communautaires de certains actes du droit international», *RGDIP*, 1969, p. 1014; C. A. MORAND: «Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire», *CDE*, 1970, núm. 8, p. 644.

bargo, actos del Consejo. A favor de este criterio puede aducirse que se basan en competencias propias de las Comunidades (16). La cuestión tiene importancia en cuanto determina su obligatoriedad para el nuevo Estado miembro en cuanto actos comunitarios o la necesidad de adhesión en cuanto actos interestatales.

La mayor dificultad para deducir criterios claros procede realmente de la heterogeneidad de los actos que se pueden englobar en esta categoría.

Un primer grupo serían los actos que no tienen destinatario exterior a las instituciones, actos internos, adopten o no la forma prevista en los tratados, de reglamento o decisión.

Por ejemplo los reglamentos orgánicos y de funcionamiento de las Instituciones: Asamblea, Tribunal de Justicia, Consejo, Comisión, Comité Económico y Social (17), y los de los comités consultivos y grupos de expertos que funcionan en el ámbito comunitario (18), que suelen crearse mediante decisiones; los reglamentos financieros sobre formación y ejecución del presupuesto de las instituciones; la decisión de creación del *Diario Oficial* de las Comunidades o las de aumento del número de jueces o de abogados generales del TJCE. También son reglamentos y decisiones atípicos, en cuanto que carecen de destinatario, los actos que se utilizan en el ámbito de las relaciones exteriores; por ejemplo, para autorizar la apertura de negociaciones, para dar instrucciones sobre la conclusión de acuerdos, o *portant conclusion* o *portant approbation* de acuerdos.

Los actos a que el artículo 3.3 del Acta de Adhesión se refiere no son propiamente éstos, que formalmente estarían comprendidos en el artículo 2 y que obligarían automáticamente a los nuevos Estados miembros en cuanto participantes en las instituciones.

(16) J. V. LOUIS, en «Droit des Communautés Européennes», edit. por GANSHOF VAN DER MEERSH: *Les Nouvelles*, p. 424. Esta ha sido también la posición de la jurisprudencia del TJCE, que veremos más adelante.

(17) Salvo el Reglamento de procedimiento del Tribunal, que está sometido a la aprobación unánime del Consejo, las instituciones adoptan su propio reglamento en virtud de su autonomía. Estos actos contienen a veces importantes normas de relación institucional. Algunos de ellos no se han publicado en el JOCE. Pueden encontrarse, con un excelente comentario, en el volumen 9 de *Le Droit de la CEE*, de MEGRET y otros, editado por la ULB en 1979.

(18) Un inventario de estos numerosísimos comités, que juegan un papel muy importante en la preparación de las decisiones comunitarias, puede encontrarse en el suplemento 2/80 del *Boletín* de las Comunidades.

El artículo menciona expresamente a las «declaraciones» y «resoluciones», y se refiere a «otras tomas de posición» del Consejo.

De hecho entre los actos del Consejo aparecen, además, «conclusiones», «programas», «resoluciones y declaraciones conjuntas», «orientaciones», etc.

Para obtener una visión global de su contenido nos parece necesario recoger una amplia muestra de los actos que se vienen adoptando bajo estas denominaciones con ánimo de deducir como resultado las características comunes y las diferencias que eventualmente justifiquen la clasificación y que permitan inferir algunos criterios sobre su naturaleza y efectos jurídicos.

2.1 *Resoluciones, conclusiones, declaraciones...*

Resoluciones del Consejo. El Consejo aprueba generalmente, por medio de resoluciones, las líneas maestras de la actividad jurídica comunitaria en un sector determinado; por ejemplo, la de 6 de junio de 1974 sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos (*JOCE*, C, 98/1, de 20 de agosto de 1974), la de 27 de enero de 1970, relativa al acceso al mercado de los transportes de mercancías por vía navegable (no publicada), la de 10 de febrero de 1975 sobre las medidas a adoptar por la Comunidad en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales (*JOCE*, C, 35/1, de 14 de febrero de 1975), las de 28 de mayo de 1969, que establecen programas para la eliminación de los obstáculos técnicos a los intercambios (*JOCE*, C, 76, de 17 de junio de 1969), la de 9 de febrero de 1976 sobre un programa de acción en favor de trabajadores emigrantes y sus familias (*JOCE*, C, 34, 1976), la de 26 de junio de 1978, que crea un programa de acción en materia de control y reducción de la contaminación causada por el vertido de hidrocarburos en el mar (*JOCE*, C, 162/1, de 8 de julio de 1978), la de 15 de julio de 1980 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza por anhídrido sulfuroso y partículas en suspensión (*JOCE*, C, 222/1, de 30 de agosto de 1980) o la de 19 de mayo de 1981 sobre un segundo programa de la CEE para una política de protección y de información de los consumidores (*JOCE*, C, 133/1, de 3 de junio de 1981).

Algunas de estas resoluciones contienen realmente los *principios para el establecimiento de una política común* en un sector; por ejemplo, las de 3 de noviembre de 1976 sobre algunos aspectos externos de la creación de una zona de pesca de 200 millas y sobre algunos aspectos del régimen interno en materia de pesca, la de 15 de julio de 1974 sobre una política comunitaria en materia de informática (*JOCE, C, 86/1, de 20 de julio de 1974*), las que establecen programas de acción comunitaria en materia de asuntos sociales o las de 17 de diciembre de 1974 sobre nueva estrategia de la política energética comunitaria (*JOCE, C, 153, de 9 de julio de 1975*).

Aunque no se adoptan como «Resoluciones», parece claro que en este grupo deben incluirse los «*programas generales*» que las instituciones, según los tratados originarios, debían adoptar antes de dictar directivas; por ejemplo, en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (*JOCE, 2/36, de 15 de enero de 1962, y 2/45, de la misma fecha*), así como las orientaciones para la gestión del Fondo Social Europeo durante los años 1980-1982 (*JOCE, C, 159/2, de 26 de junio de 1979*), las orientaciones generales para la elaboración de un programa de actividades a nivel comunitario en materia de formación profesional (*JOCE, C, 81/5, de 12 de mayo de 1971*) o el cuarto programa estadístico de las Comunidades europeas 1979-81 (documento COM (78) 124, de 3 de abril de 1978).

Otras resoluciones del Consejo contienen *acuerdos en materia de procedimiento o gestión de sus actividades*; por ejemplo, las de 26 de noviembre de 1974 sobre codificación de sus actos jurídicos y sobre automatización de la documentación jurídica (*JOCE, C, 20/1 y 2, de 28 de enero de 1975*), o las de 22 de abril de 1970 sobre colaboración con la Asamblea en materia presupuestaria, también en estos casos se trata de actos-programa que solicitan de la Comisión la elevación de propuestas de actos futuros.

Resoluciones conjuntas. El Consejo adopta a veces resoluciones conjuntas con los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en materias en que la competencia comunitaria no es exclusiva, sino concurrente con la de éstos; y por tanto,

las acciones de *mise en oeuvre* de la resolución requieren la participación de los Estados miembros. Así las de 22 de marzo de 1971 y de 21 de marzo de 1972 sobre la realización por etapas de la Unión Económica y monetaria en la Comunidad (el llamado plan Werner) (*JOCE*, C, 28/1, de 27 de mayo de 1971, y C, 38/3, de 18 de abril de 1972), la de 17 de mayo de 1977 sobre la continuación y realización de una política y de un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (*JOCE*, C, 139/1, de 13 de junio de 1977), la de 24 de junio de 1971, dirigida a coordinar la acción de los Estados miembros en materia de información y de documentación científica y técnica (IDST) (*JOCE*, C/22/7, de 10 de diciembre de 1971), y las del Consejo «y de los Ministros de Educación» reunidos en el seno del Consejo, de 9 de febrero y de 13 de diciembre de 1976, que establecen: la primera un programa de acción en materia de educación, y la segunda medidas para mejorar la preparación de los jóvenes a la actividad profesional... La peculiaridad en este caso venía determinada por la sostenida oposición danesa a la adopción de una política educativa estrictamente comunitaria en vez de interestatal, cuestión que merece un comentario marginal en cuanto ejemplificativa de la tensión competencia comunitaria-competencia estatal (19).

(19) En la reunión «del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en su seno» de 27 de junio de 1980, el representante danés manifestó que su Gobierno se encontraba imposibilitado de aceptar una decisión del Consejo incluso formulada en los términos de decisión o resolución conjunta del Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (el Ministro danés fue sustituido por el representante permanente) debido a la posición constitucional danesa. En efecto, la Constitución danesa prevé la posibilidad de transferir algunas competencias a organismos internacionales como la Comunidad, aunque en determinados ámbitos precisos. Al proceder a la adhesión, el artículo 235 CEE fue interpretado, y esta interpretación del artículo no ofrece ningún fundamento jurídico para medidas comunitarias en el sector educativo, sin objetivo económico. Sin embargo, Dinamarca pudo aceptar la resolución del Consejo y de los Ministros reunidos en el seno del Consejo, relativa al programa en materia educativa de 1976, porque comprendía una parte que derivaba del Tratado: la educación de los trabajadores migrantes y de sus familias. Cabe añadir que, mientras tanto, ha tenido lugar un nuevo debate en el seno del Folketing (Parlamento danés) acerca de la aplicación del artículo 235, y que en un contexto de un gobierno minoritario y de un grupo considerable de «antimarketers», cualquier cambio de la posición danesa provocaría un cambio de la Constitución y, por consiguiente, un nuevo referéndum, cuyo resultado quizá no sería favorable a la Comunidad. *Europe*, 20 de junio de 1980, y LACHMAN: «Some danish reflections on the use of article 235 of the Rome treaty», *CMLR*, 1981, p. 447.

La fórmula utilizada en estas Resoluciones hace referencia al carácter mixto de las mismas. Por ejemplo:

El Consejo... y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, constatan que las acciones resultantes del programa anexo deberán, en ciertos casos, ser ejecutadas a nivel comunitario.

Por lo que se refiere a las acciones a ejecutar por los Estados miembros, éstos velarán por su buena ejecución...

Por lo que se refiere a las acciones del programa a ejecutar por las Instituciones de las Comunidades...

Los escasos acuerdos del Consejo que se titulan *conclusiones* se diferencian de las resoluciones en cuanto al contenido; por ejemplo, las conclusiones sobre la concertación de las políticas migratorias respecto a terceros Estados, contenidas en el acta de la sesión 609 del Consejo, celebrada en Bruselas el 22 de noviembre de 1979, o las referentes al presupuesto social europeo, de los Consejos de, 9 de noviembre de 1972, 30 de abril de 1976 y 27 de noviembre de 1978, que no se publicaron en el *JOCE*, sino en documentos internos (*Relevé des décisions*, doc. R/2746/72, T/382/76 y R/3506/78). A veces contienen compromisos de la mayor importancia; por ejemplo, las del Consejo de 30 de mayo de 1980 (*JOCE*, C, 158/1, de 27 de junio) sobre la contribución británica a la financiación del presupuesto comunitario, que fueron instrumentadas posteriormente en dos reglamentos (20), en otros casos se limita a establecer un procedimiento institucional para casos específicos como los del Consejo de 27 de octubre de 1981 sobre medidas destinadas a atenuar una carencia de petróleo.

A semejanza de las resoluciones, algunas de ellas contienen acuerdos que deben traducirse en actos previstos en los tratados, pero generalmente se trata de compromisos puntuales sobre temas concretos y de los que parece excluida la voluntad de obligarse, que no tendrían, por tanto, carácter normativo, y eso es tal vez lo que explica que no constituyan un acto indepen-

(20) Reglamentos 2743/80 y 2744/80 (*JOCE*, L, 284, de 29 de octubre de 1980).

diente, sino una mera anotación en las actas de las sesiones del Consejo y que de ordinario no se publiquen en el *JOCE*.

Tampoco se publican como regla general las *declaraciones*, declaraciones de intención, declaraciones interpretativas, etcétera, que se consignan con mucha frecuencia en las actas del Consejo. De éstas, la gran mayoría son declaraciones unilaterales de uno o varios Estados miembros, que hacen constar en acta sus posiciones nacionales o sus interpretaciones sobre acuerdos alcanzados, y suelen producirse cuando se ha llegado a un compromiso parcial pero subsisten importantes diferencias sobre el tema de fondo. Estas no afectan a los nuevos Estados miembros porque no constituyen actos del Consejo y no figuran en el Inventario de actos que se les entrega; no obstante, en cuanto hechos que afectan, en la realidad, a la aplicación de normas comunitarias o que condicionan la futura actuación de las Instituciones, el nuevo Estado miembro debería ser puesto al corriente de su contenido.

Algunas de estas declaraciones en las actas del Consejo que no son publicadas contienen acuerdos sobre las condiciones de ejercicio de las atribuciones o delegaciones de competencia para la ejecución y gestión de políticas comunes que, basadas en el artículo 155 TCEE, el Consejo concede a la Comisión y mediante las cuales el Consejo limita o condiciona su ejercicio más estrictamente que según los procedimientos habituales de control de la delegación (21), que sí se publican.

Hay otras que tienen un carácter programático, que se adoptan por el Consejo y se publican en el *JOCE*. A esta categoría pertenecen, por ejemplo, la de 4 de marzo de 1977, sobre política industrial en el sector aeronáutico (*JOCE*, C, 69/6, de 19 de marzo de 1977), las referentes a diversas directivas sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (*JOCE*, C,

(21) Se trata de los siguientes: Decisión de la Comisión; decisión de la Comisión, previa consulta a los Estados miembros o previa consulta de un comité de representantes de los Estados miembros; procedimiento de comité de gestión; procedimiento de comité de reglamentación; procedimiento llamado del «Comité Veterinario»; decisión de la Comisión con posibilidad de que un Estado miembro recurra al Consejo.

La práctica de limitar más estrictamente, mediante declaraciones del Consejo, ha sido objeto de crítica en cuanto puede conducir de hecho a la pérdida de las funciones gestoras de la Comisión porque el Consejo se reserve el control y aun la decisión de aplicación concreta, PAULIN: «Les pouvoirs de gestion de la Commission», comunicación al coloquio de Brujas de 1980, texto mecanografiado, p. 19.

146/1, de 1 de julio de 1975; *JOCE*, C, 202/1, de 24 de agosto de 1978, etc.), o sobre los organismos encargados en los Estados miembros de los servicios de Telecomunicaciones (*JOCE*, C, 11/3, de 15 de enero de 1977). Especial mención requiere la declaración en el acta del Consejo de 23 de marzo de 1979, relativa al procedimiento presupuestario (22).

Cuando la materia sobre que se pronuncia el Consejo no es de competencia comunitaria en su totalidad, se recurre a declaraciones conjuntas con los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros; por ejemplo, la de 22 de noviembre de 1973 sobre un programa de actuación de las Comunidades en materia de medio ambiente (*JOCE*, C, 112/1, de 20 de diciembre de 1973).

Más importantes son las que el Consejo adopta conjuntamente con otras instituciones comunitarias. Así, la declaración común de la Asamblea, el Consejo y la Comisión sobre la institución de un procedimiento de concertación entre la Asamblea y el Consejo, con participación activa de la Comisión, para los actos comunitarios de alcance general que tengan importantes implicaciones financieras (*JOCE*, C, 89, de 22 de abril de 1975), adoptada paralelamente al tratado de 22 de julio de 1975 sobre modificación de ciertas disposiciones financieras de los tratados originarios (23), la de 5 de abril de 1977 sobre el respeto de los de-

(22) Esta «declaración en el acta» adoptada por mayoría de ocho miembros establece el procedimiento que el Consejo se propone seguir en lo sucesivo para elaborar el presupuesto y para examinar las modificaciones introducidas por la Asamblea, con el fin de garantizar la coherencia de los sucesivos votos de los miembros para evitar que la posición que adopten respecto al aumento global de los gastos no obligatorios no sea contradicha por la posición sobre las enmiendas particulares introducidas por la Asamblea (véase *VERCES*: artículo citado en nota siguiente). La declaración no se publicó en el *JOCE*, pero puede encontrarse en el boletín núm. 2847, de 28 y 27 de marzo de 1979, de la Agencia *Europe*. Podría dudarse de que se tratara de un acto del Consejo o de una declaración de ocho de sus miembros, pero la redacción lo hace aparecer como lo primero.

(23) Lo que esta declaración contiene es realmente un acuerdo interinstitucional por el que se concreta el procedimiento consultivo mencionado por los artículos 137 y 107 TCEE y TCEEA, que había sido desarrollado por el reglamento interior de la Asamblea y por los acuerdos entre instituciones que en el pasado habían adoptado forma de intercambio de cartas, declaraciones verbales, etc. (La Comunicación de la Comisión de 30 de mayo de 1973 contiene en anejo una lista de estas «mejoras de la colaboración entre el Parlamento y la Comisión» acordadas entre ambas instituciones.) Véase, sobre el tema, *VERCES*, volumen 9 de *Le Droit de la CEE*, editado por la ULB, comentario al artículo 137 TCEE, y el artículo «De quelques méthodes de développement institutionnel des Communautés Européennes», en *Melanges Reuter*, página 505. Respecto a la naturaleza jurídica de esta declaración conjunta, véase la

rechos fundamentales en el ejercicio de sus competencias por parte de las instituciones comunitarias (24), o la declaración común adoptada al final de la conferencia tripartita (Consejo, Comisión y representantes de las organizaciones de trabajadores y empresarios) sobre el empleo y la estabilidad en la Comunidad (JOCE, C, 173/1, de 28 de julio de 1976).

Al final de esta recopilación de los actos atípicos puede obtenerse a primera vista una impresión de escasa formalización de los instrumentos jurídicos utilizados por las instituciones comunitarias. Conviene señalar, sin embargo, que en esta serie se han recogido la gran mayoría de los que figuran con estas denominaciones en el Inventario de actos de las Comunidades (en vigor a finales de 1979 para unos sectores y mediados de 1980 para otros), y que en su conjunto constituyen un escasísimo porcentaje de los que adoptan las formas previstas en los tratados.

Lo que sí parece cierto es que la utilización de actos «atípicos» traduce frecuentemente una tendencia a evadir la obligatoriedad propia de los actos comunitarios en favor de compromisos que tendrían un carácter más interestatal y de obligatoriedad, como veremos, menos definida. En parte pueden explicarse como acuerdos de principio en materias en que los Estados miembros aún no están preparados para obligarse más en concreto. Esta

comunicación a la Semana de Brujas de 1980, de FORMAN, «The joint declaration...». El Consejo y la Comisión se han pronunciado considerando que las declaraciones comunes son compromisos de carácter político que vinculan a las tres instituciones política y moralmente entre ellas y en relación al público, pero sin constituir obligaciones jurídicas. (Respuestas a las cuestiones escritas núms. 169 y 170/77, de Maigaard, JOCE, C, 259/4 y C 180/18, de 1977.) Esta posición, que vale para todas las declaraciones comunes, fue reiterada respecto a la de 5 de abril de 1977 sobre respeto de los derechos fundamentales.

(24) El texto es el siguiente (JOCE, núm. C, 103, de 27 de abril de 1977):

1. La Asamblea, el Consejo y la Comisión subrayan la importancia que conceden al respeto de los derechos fundamentales tal como se deducen, en concreto, de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.
2. En el ejercicio de sus competencias y en la consecución de los objetivos de las Comunidades europeas, respetan y seguirán respetando estos derechos.

A partir de esta declaración puede considerarse que el respeto de los derechos fundamentales forma parte de los principios generales del derecho, que, a su vez, constituyen parte del *acquis communautaire*. Sobre el contexto en que fue adoptada la declaración (reticencias del Tribunal constitucional alemán a aceptar la supremacía del derecho comunitario sobre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución), trataremos en otra sede.

es la razón por la que muchos de ellos contienen un a modo de programa de actuaciones futuras de la Comunidad más o menos formalizado; así, las Resoluciones sirven para establecer los principios fundamentales sobre los que deberá basarse la acción comunitaria futura. Se trata a veces de actos de importancia capital, resultado de un compromiso sobre materias altamente controvertidas y que pueden contener las líneas directrices de la política comunitaria en un sector, que informarán en lo sucesivo los actos particulares que adoptarán las formas previstas en los tratados.

Su utilización por el Consejo se debe seguramente a que las formas de actos previstos en los tratados no ofrecen una fórmula para actos de tipo programático, que, sin embargo, resultan imprescindibles para establecer un principio de coherencia y continuidad en la actividad normativa comunitaria (25).

En cuanto a la Comisión, al hacer aprobar por el Consejo un programa de acción, obtiene un consensus general de principio sobre el conjunto de propuestas futuras que instrumentarán una acción comunitaria de largo alcance en un sector concreto, con lo que puede conseguir acelerar la adopción de sus propuestas particulares posteriores. En algunos casos la adopción de programas se ha utilizado para congelar el *statu quo* de la normativa interna, de modo que las medidas que puedan adoptar los Estados miembros no vengán a obstaculizar las acciones programadas por la Comisión (26).

La actividad normativa queda así configurada como una cadena de actos de concreción creciente; por ejemplo, Resolución-programa-reglamento de base-reglamento de ejecución, que reduce la progresiva implicación de los Estados miembros y el grado de compromiso que se va logrando y que se refleja en la obligatoriedad, que en los primeros textos no sería jurídica, sino política, y no afectaría a los particulares.

(25) C. A. MORAND: *Op. cit.*, pp. 640 y ss.

(26) AMPHOUX, en *Le Droit de la CEE*, de MEGRET y otros, vol. 9, p. 346.

2.2 Efectividad jurídica respecto a los nuevos Estados miembros

Al estar excluidos estos actos de las previsiones que para la elaboración de las normas comunitarias contienen los tratados, específicamente de la participación de la Comisión y del Parlamento (aunque de hecho la Comisión suele estar estrechamente asociada a su elaboración y suele suministrar los textos de base) y de la necesidad de publicación (aunque las resoluciones y los programas se publican por regla general), el Parlamento manifestó tempranamente su preocupación por someterlos a las mismas exigencias que los actos típicos (27). Como recuerda Morand (28), la exigencia de estas formalidades de su elaboración, y su publicación, depende de la posición que se adopte sobre su obligatoriedad.

De las escasas ocasiones en que el Tribunal se ha pronunciado sobre la cuestión, parece deducirse un cambio en su opinión. En 1964, a propósito de dos asuntos en que se alegaba que la Comisión no había respetado las obligaciones derivadas de una resolución, el TJCE declaraba (29) que la resolución

no establece plazos causantes de los mismos efectos que los previstos en los tratados; que esta intención de los autores del acto se deduce del hecho de que hayan adoptado éste bajo una denominación y en una forma que no son los de los actos del Consejo, dotados de fuerza obligatoria en el sentido del artículo 189 del Tratado.

En esta sentencia se apoyaron, tanto la Comisión jurídica del Parlamento Europeo como la Comisión de las Comunidades para negar eficacia jurídica a estos actos (30), aunque reconocían su valor de compromiso político, con lo que parecían confirmar la tesis de su carácter interestatal en vez de comunitario.

(27) Véase el informe presentado a la Asamblea en nombre de la Comisión jurídica por M. BURGER. Informe de 12 de marzo de 1969, documento de sesión núm. 215, y la resolución adoptada por la Asamblea el 8 de mayo de 1969.

(28) *Op. cit.*, pp. 642 y 643.

(29) Comisión contra Bélgica y Luxemburgo. Rec. 1964, p. 1232.

(30) Rapport. BURGER, citado, p. 20. «No tienen efecto jurídico ni respecto a su autor (el Consejo) ni a otras instituciones comunitarias ni a los Estados miembros o a los particulares de la Comunidad», respuesta de la Comisión a la cuestión escrita 109, de M. VREDELNIC, JOCE núm. 678, de 19 de marzo de 1965.

Sin embargo, la sentencia no parece tener el carácter general que se le atribuyó (31); se refiere únicamente a los casos en que existiendo una disposición del Tratado que habilite al Consejo a adoptar una medida bajo la denominación y según los procedimientos de los actos previstos en el artículo 189, el Consejo adopta un acto atípico; en este caso el Tribunal estimó que podía jugar el criterio formal como indicio de la voluntad de los autores del acto (32).

Sin embargo, atendiendo al contenido, si las resoluciones contienen un compromiso bien entre los Estados miembros, bien entre el Consejo y la Comisión, o si el Consejo se obliga a adoptar ciertas disposiciones en unos plazos determinados es evidente que constituyen actos con un cierto valor vinculante (33). El problema consiste en delimitar estos efectos respecto a los de actos interestatales de los Estados miembros, y en consecuencia dilucidar qué procedimientos y qué órganos podrían utilizarse para fiscalizar su cumplimiento y más en concreto si serían o no susceptibles del control de legalidad por el TJCE previsto en el artículo 173 TCEE, que se extiende a los actos del Consejo y la Comisión, pero que excluye expresamente las recomendaciones y dictámenes porque no son obligatorios.

El tema se planteó en el *affaire* 22/70, Comisión contra Consejo (34). La Comisión solicitaba la anulación de una serie de «conclusiones» de la sesión del Consejo de 20 de marzo de 1970 respecto a la actitud a adoptar por los gobiernos de los Estados miembros en las negociaciones para el acuerdo AETR.

El Consejo argumentó a título preliminar que la *deliberation* del 20 de marzo de 1970, que se plasmaba en unas «conclusiones», no constituía un acto susceptible de recurso en el sentido del artículo 173, porque ni por su forma ni por su objeto ni por su contenido sería un reglamento, decisión o directiva, sino que constituía en realidad una concertación política entre Estados

(31) GANSHOF VAN DER MEERSCH: *Op. cit.*, p. 342, nota 233; y MORAND: *Op. cit.*, página 643.

(32) BOULOUIS y CHEVALIER: *Grands arrêt de la CJCE*, tomo I, 2.^a edición, 1978, p. 68.

(33) Aunqu se publican en la serie C (Comunicaciones) del JOCE en vez de en la serie L (Legislación) y en el Inventario de actos en vigor que se facilita a los Estados candidatos a la adhesión aparezcan entre los «no obligatorios».

(34) Rec., 1971, p. 263.

miembros en el marco del Consejo, y que como tal no generaba ningún derecho ni imponía ninguna obligación ni modificaba ninguna situación jurídica.

En sus considerandos, el TJCE rechaza esta tesis basándose en que el objeto de las «conclusiones», según demuestra en anteriores considerandos, cae dentro de la competencia comunitaria, y por tanto los Estados miembros no podían actuar fuera del marco de las instituciones comunes, y las «conclusiones» no podían ser expresión o constatación de una coordinación voluntaria, sino que tuvieron por objeto fijar una línea de conducta para las instituciones y para los Estados miembros destinada a repercutir posteriormente sobre el contenido de un reglamento, y por tanto las «conclusiones» produjeron un efecto jurídico determinado tanto en las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros como en las relaciones entre Instituciones (35).

De la sentencia se deduce la posición del Tribunal respecto a dos cuestiones: Primera. El criterio para distinguir los actos del Consejo y de los Estados miembros es la competencia, comunitaria o estatal, sobre el fondo; si no se trata de competencia comunitaria, el Consejo actúa como foro de concertación; si es comunitaria, el Consejo actúa como institución y los Estados no pueden actuar al margen. Segunda. Respecto al carácter decisorio o no del acto atípico adoptado por el Consejo, el Tribunal no se atiene como en los asuntos 90 y 91 de 1963 al criterio formal para deducir la intención de los autores, sino que investiga en cada caso si se producen o no efectos de derecho.

En jurisprudencia posterior ha mantenido la misma tesis (36), declarando que la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 22 de marzo de 1971, sobre realización por etapas de la unión económica y monetaria,

expresa esencialmente la voluntad política del Consejo y de los representantes... no podría, en razón de su contenido, producir efectos jurídicos que los justiciables podrían alegar en justicia.

(35) Un amplio comentario puede encontrarse en BOULOUIS y CHEVALIER: *Op. cit.*, páginas 63 y 361.

(36) Sentencia de 24 de octubre de 1973, Rec., p. 1135, caso Schlüter contra Hauptzollamt Lörrach.

con lo que, a contrario, reconoce no sólo que otras «resoluciones» podrían tener efectos jurídicos, sino que éstos serían eventualmente alegables directamente por los justiciables, con lo que sienta el principio de una posible «efectividad directa» de estos actos atípicos (37).

En otros casos el Tribunal ha reconocido que una «resolución» del Consejo en cuanto contenga una información destinada a los particulares o empresas, puede llegar a originar la responsabilidad de la Comunidad (38).

La necesidad de examinar en cada caso la efectividad jurídica de los actos atípicos del Consejo sigue siendo la línea mantenida por el Tribunal en jurisprudencia más reciente.

En el asunto 141/78, República Francesa contra Reino Unido (39), al Tribunal se le planteó la cuestión de la obligatoriedad de una resolución del Consejo. Se trata del anejo VI a la resolución de La Haya de 30 de octubre y 3 de noviembre de 1976, en virtud de la cual el Consejo aprobó una declaración de la Comisión que establecía la obligación de los Estados miembros de *rechercher l'approbation* de la Comisión antes de establecer medidas unilaterales de conservación de los recursos pesqueros. La parte actora y la parte demandada curiosamente no pusieron mucho énfasis en fundamentar o negar la obligatoriedad; parece como que la daban por supuesto. No así la Comisión que intervino en favor de la demanda, y que trató de deducir la obligatoriedad de la resolución no de ella misma en cuanto acto normativo autónomo, sino en cuanto acto de aplicación o concreción de la obligación de cooperación impuesta con carácter general a los Estados miembros por el artículo 5 TCEE.

(37) Ya en algún caso se ha producido la alegación de una Declaración de los Representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, la de 25 de marzo de 1964 sobre los refugiados (se trata de un acto interestatal, no de las instituciones comunitarias, y corresponde, por tanto, al epígrafe 3), para fundamentar la pretensión de un refugiado ugandés acogido en Francia de ser admitido en Inglaterra, es decir, de derivar un derecho de la Declaración. El Tribunal inglés no consideró que la Declaración producía efecto directo, pero sí que servía para interpretar las reglas de inmigración. RICHARD PLENDER: *A Practical introduction to European Community Law*, p. 10.

(38) Sentencia de 4 de febrero de 1975, Rec., p. 117.

(39) Sentencia de 4 de octubre de 1979, Rec., p. 2923. Véanse especialmente las argumentaciones de la Comisión, p. 2933.

El artículo 5 indicaría que las «obligaciones» pueden resultar «de los actos de las instituciones de la Comunidad»; esto no podría limitarse a los reglamentos, directivas y decisiones.

Por otro lado, del segundo párrafo del artículo 5 resultaría claramente que algunas obligaciones jurídicas impuestas a los Estados miembros no resultan de un acto específico del Consejo o de la Comisión, sino de la obligación general que se les impone de actuar conforme a los objetivos y al espíritu del tratado.

Una resolución del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión y que se refiera a una cuestión importante, de dificultad considerable para la Comunidad, podría, pues, hacer nacer obligaciones jurídicas.

Parece que cuando una resolución haya sido adoptada a propuesta de la Comisión, se refiera a una cuestión importante y pueda ser considerada como aplicación de las obligaciones generales impuestas en el artículo 5 sería fuente de obligaciones jurídicas.

El tribunal no se pronuncia en términos generales; por lo que se refiere a la resolución en cuestión, la base jurídica de su obligatoriedad sería el artículo 5, la resolución es obligatoria únicamente en cuanto acto de aplicación de los deberes de cooperación.

Por lo que se refiere a la *posición de los nuevos Estados miembros*, el Acta de adhesión al adoptar la fórmula del artículo 3.3

Los nuevos Estados miembros se encuentran en la misma situación que los Estados miembros originarios...; en consecuencia respetarán los principios y orientaciones que de ellas se derivan y adoptarán las medidas que puedan resultar necesarias para asegurar su puesta en práctica,

no parece haber tenido en cuenta la jurisprudencia del Tribunal, porque asigna unas consecuencias jurídicas a estos actos con carácter general, cuando realmente habría que estar a cada caso, y además impone una conducta a los nuevos Estados miembros (obligación que sería eventualmente sancionable por el TJCE), mientras que los Estados miembros originarios no están vinculados por ningún texto explícito (40).

(40) BRINKHORST y KUIPER: «The integration of the new member States in the Community legal order», *CMLR*, 1972, p. 373.

Intimamente ligada a las cuestiones de su naturaleza y obligatoriedad se plantea la *publicidad* de estos actos. Si se reconoce que son actos del Consejo, y no de los Estados miembros, y que tienen fuerza vinculante *erga omnes*, la publicidad sería requisito de existencia. Si se considera que son actos interestatales, la publicidad dependerá no del ordenamiento comunitario, sino de la regulación en el ordenamiento de cada uno de los Estados miembros respecto a los actos convencionales internacionales.

Por otro lado, si no tienen fuerza vinculante o ésta no es *erga omnes* no sería necesaria la publicación en el ámbito comunitario, y en el segundo caso sería suficiente la notificación a los destinatarios.

A la vista de estas diferentes posibilidades puede entenderse la evolución en la opinión de la Comisión y del Consejo manifestada en sucesivas respuestas a cuestiones planteadas por parlamentarios.

En 1964, en respuesta a la cuestión número 79 (41), la Comisión, tras una declaración sobre la necesidad de publicar los actos típicos,

...reconoce, sin embargo, que en algunas situaciones, acuerdos adoptados en el seno del Consejo y no publicados pueden hacer progresar útilmente a la Comunidad.

Evidentemente si se trata de acuerdos, no del Consejo, sino «adoptados en su seno», no son propiamente actos comunitarios, y por tanto su publicidad no es tema del derecho comunitario; pero si bajo esa denominación se contienen actos adoptados por el Consejo en cuanto tal, la posición de la Comisión no parece defendible.

Cuando en la siguiente cuestión número 109, de 1965, el parlamentario M. Vredeling pidió más precisiones en la respuesta (42).

La Comisión mantiene que los actos de las instituciones de la Comunidad cuya publicación no está expresamente prevista por el Tratado, y en concreto las decisiones—utilizando el

(41) JOCE núm. 201, de 5 de diciembre de 1964.

(42) JOCE, de 19 de marzo de 1965.

término decisiones en su más amplio sentido—en el sector de la política agraria común, deberían en principio ser publicadas en el *JOCE*.

No obstante, en el Tratado no figura una obligación general de publicación. La cuestión de saber si conviene publicar una decisión del Consejo o un acuerdo de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo es, por tanto, de orden político.

La posición está respaldada en la primera jurisprudencia del TJCE, que negaba fuerza obligatoria a estos actos adoptados bajo denominación y en forma distinta de las previstas en el tratado, como se recuerda en el punto 6 de la Respuesta. A la vista de la evolución jurisprudencial que veíamos sería difícilmente mantenible.

De nuevo volvió a plantearse la cuestión con motivo de la primera ampliación; el tenaz M. Vredeling preguntó de nuevo si el Consejo estaba dispuesto a publicar las decisiones no publicadas y las declaraciones e inscripciones formales que figuran en el acta de las sesiones y que se habían comunicado a los Estados candidatos en el curso de las negociaciones de adhesión (43). Ante la respuesta negativa, volvió a insistir

¿A qué intereses sirve la no publicación de estos textos?

.. ¿Qué intereses se oponen a su publicación?

y el Consejo respondió (44).

El Consejo concede interés a que los debates que se refieren a la adopción de sus decisiones guarden carácter confidencial. El hecho de que las declaraciones e inscripciones que constan en las actas de las sesiones del Consejo hayan sido comunicadas a los Estados adherentes a fin de que éstos estén informados en la misma forma que los Estados miembros originarios no lleva a poner en cuestión las motivaciones que han presidido las decisiones de publicidad o no publicidad adoptadas en el pasado.

(43) *JOCE*, de 2 de julio de 1972.

(44) *JOCE*, de 22 de diciembre de 1972.

Se aprecia, sin embargo, una reducción del ámbito de lo no publicable a los actos referentes al debate, no a los actos comunitarios en sí. Así circunscrito, parece razonable mantener reserva sobre el desarrollo de las sesiones en aras de la mayor flexibilidad y espontaneidad de los debates siempre que se mantenga estrictamente limitada la reserva a las cuestiones que no tienen efectos jurídicos, lo que no engloba ciertamente a las declaraciones que condicionan a veces la aplicabilidad de los compromisos adoptados en el Consejo.

La posición de los nuevos Estados miembros respecto a estos actos, establecida en el artículo 3.3 que veíamos, queda por su parte condicionada a que les hayan sido comunicados en el curso de las negociaciones; sería impensable que aceptasen obligaciones que no conocen.

La publicidad en el orden interno no está afectada por la reserva comunitaria; en la respuesta de 22 de noviembre de 1972 el Consejo

... estima que no le corresponde verificar si los Gobiernos de los Estados adherentes han hecho conocer a sus Parlamentos nacionales, o publicados de otra forma las decisiones comunitarias que no han sido objeto de publicación oficial, así como las declaraciones e inscripciones que figuran en las actas del Consejo y que tienen aún valor actual.

2.3 Actos del Consejo Europeo

Dado que el artículo 3.3 se refiere únicamente a actos del Consejo de las Comunidades, debemos plantearnos la situación de los actos *adoptados por el Consejo Europeo*. Resulta primero necesario dilucidar si éste es una formación del Consejo Comunitario o un órgano distinto.

El artículo del Tratado de 8 de abril de 1965, de creación de un Consejo único y de una Comisión única de las Comunidades, declara:

El Consejo está formado por los representantes de los Estados miembros. Cada Gobierno delega en él a uno de sus miembros.

Por otro lado, el párrafo 3 del Comunicado final de la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunida en París los días 9 y 10 de diciembre de 1974 (45), creaba lo que vino en llamarse Consejo Europeo, mediante el compromiso siguiente:

Los jefes de Gobierno han decidido, en consecuencia, reunirse, acompañados de los ministros de Asuntos Exteriores, tres veces al año y siempre que resulte necesario, en Consejo de la Comunidad y para la cooperación política.

Respecto a las funciones, el Consejo Europeo reunido en Londres los días 29 y 30 de junio de 1977 estableció que los Consejos futuros deberían servir para:

a) Intercambios de opinión informales en un marco estrictamente privado sobre una amplia gama de temas no destinados a ser objeto de decisiones formales o de declaraciones públicas.

b) Deliberaciones destinadas a dar origen a decisiones a establecer directivas para actuaciones futuras o a dar lugar a la publicación de declaraciones públicas que expresen la opinión concertada del Consejo Europeo.

Se admite generalmente que el Consejo Europeo deberá a veces cumplir una tercera función consistente en resolver problemas dejados en suspenso en deliberaciones en un nivel inferior. Cuando se trate de cuestiones de competencia comunitaria, el Consejo Europeo se ajustará a los procedimientos apropiados establecidos por los tratados comunitarios y por los otros acuerdos.

A la vista de su constitución y funciones (sobre todo el tercer párrafo que acabamos de citar) puede mantenerse que el Consejo Europeo es una de las formaciones del Consejo de las Comunidades (46), salvo cuando actúa en orden a la cooperación política. Sin embargo, de la práctica habitual se deduce que no ha adoptado nunca «actos» típicos del artículo 189 TCEE y concordantes

(45) Puede verse el texto en «Coopération Politique Européenne. Coutume Actes», *La Documentation Française*, 1979.

(46) Para alguna doctrina la habitual presencia del Presidente de la República francesa lo convierte en una conferencia en la cumbre, porque el artículo 2 del tratado de fusión exige la presencia de miembros del Gobierno. Conviene recordar que, según el artículo 9 de la Constitución francesa, el Presidente de la República preside el Consejo de Ministros.

de los otros tratados (47), y que ha preferido actuar como un órgano de concertación interestatal, de cuyos acuerdos, en un segundo momento, se derivarán las instrucciones nacionales concretas que permita al Consejo de las Comunidades adoptar las decisiones necesarias (con lo que se priva a la Comisión de su poder de iniciativa, al menos para los grandes temas).

En otros casos el Consejo se comporta como una especie de instancia de apelación para «desbloquear» los conflictos del Consejo de nivel ministerial (48).

Respecto a sus actos, en el Consejo de junio de 1979 en Londres, se acordó que adoptarían la forma de Declaraciones cuando expresasen la opinión común en materias de carácter internacional; éstos serían, pues, sus actos en cuanto órgano de cooperación política europea. Las «Conclusiones de la Presidencia» son el documento que recoge los acuerdos del Consejo; pueden, por tanto, pertenecer a uno u otro ámbito de su competencia, comunitaria o para la cooperación política, según su contenido. Las que contengan decisiones o compromisos sobre actuación futura en materia comunitaria, constituirían «otras tomas de posición del Consejo», según la expresión del artículo 3.3 del Acta de Adhesión. Por consiguiente, les son de aplicación las consideraciones que hacíamos en el epígrafe anterior sobre obligatoriedad, publicación y situación de los nuevos Estados miembros. Especialmente marcado es en estos actos su carácter de programáticos de futuras actuaciones que adoptarán las formas típicas previstas en los tratados.

2.4. Comunicaciones de la Comisión

La gran mayoría de estas comunicaciones son actos internos que se dirigen a otras instituciones, generalmente al Consejo, en el «diálogo Comisión-Consejo» que constituye el procedimiento normal de adopción de decisiones comunitarias y como tales no

(47) Para los que debería seguirse el procedimiento reglado por los tratados, cosa que no entusiasma a los Jefes de Gobierno, que prefieren abordar con plena libertad cuestiones generales. Sobre los peligros de este enfoque, véase TINDEMANS: «Le conseil Européen, un premier bilan», en *Melanges-Dehousse*, p. 170.

(48) DEWOST, en el volumen 9 de *Le Droit de la CEE*, de MEGRET y otros, pp. 107, 382 y 50. Véase también LAUWAARS, «The European Council», *CMLR*, 1977, p. 25, y, más amplio, DONDELINGER: *Le conseil Européen*, 1975.

tienen relevancia externa, sino que constituyen documentos preparatorios de futuros actos normativos (49).

Otro grupo contiene información dirigida a los operadores económicos o a las autoridades nacionales, y se publican en la serie C, sección I, «Comunicaciones», del JOCE, bien en virtud de una obligación de la Comisión impuesta por alguna norma, bien espontáneamente.

Estas dos categorías que constituyen el grueso de estos actos no tienen carácter normativo y, por tanto, no parece deban considerarse *acquis communautaire* (50).

Sin embargo, hay otras «comunicaciones» que se adoptan con carácter general y en materias en que la Comisión tiene concedida por los tratados o por normas de derecho derivado, capacidad decisoria, no sólo de propuesta, mediante las cuales la Comisión hace públicos los criterios que van a regir su actuación de control y que, por tanto, parecen tener cierta función normativa, y como tales figuran en el inventario de actos comunitarios que se notifica al eventual nuevo Estado miembro. Su consideración como *acquis communautaire* es lo que examinamos a continuación.

Un primer grupo de éstas son las que se transmiten en forma de comunicaciones al Consejo, pero que en su contenido se diferencian de los actos preparatorios: primero, porque se producen en áreas en que es la propia Comisión la que tiene el poder de decisión con lo que habría que considerarlas como una notificación al Consejo y a su través a los Estados miembros de la posición de la Comisión, y segundo, porque están redactadas como normas de *encadrement* de las actuaciones de los destinatarios. Se trata de las adoptadas en ejercicio de la función de control

(49) El recurso a estas «comunicaciones» por parte de la Comisión en sus relaciones con el Consejo, en lugar de transmitir propuestas formales de actos es un resultado de la erosión de su función de iniciativa; la comunicación le sirve para sondear la posición del Consejo sobre un tema y orientar así la posterior propuesta de forma que no suscite graves divergencias; de esta forma, los «documentos de trabajo» presentados por la Comisión se discuten en los grupos de trabajo del COREPER y el consenso se refleja posteriormente en las propuestas formales de la Comisión, procedimiento que de hecho equivale a ceder la iniciativa al Consejo.

(50) Aunque las comunicaciones explicativas de la Comisión sobre la legislación aduanera fueron consideradas por el TJCE como valiosas ayudas en la interpretación de provisiones de la tarifa exterior común en el caso 149/73, Otto Witt contra Hauptzollamt Hamburg Ericus, Rec., 1973, p. 1587.

sobre las subvenciones o cualquier otra *ayuda otorgada por los Estados* a ciertas empresas o a ciertas producciones, que pueda afectar a la libre competencia, que le conceden los artículos 92 y 93 TCEE. En estos casos hay que resaltar que la competencia de la Comisión es únicamente, según la letra del tratado, la de adoptar decisiones individuales (51); por eso incluimos estos actos entre los atípicos y cuya naturaleza y efectos respecto a los Estados miembros resulta preciso dilucidar.

Hasta el momento la Comisión ha transmitido las siguientes (52). En cuanto a *ayudas que tienen por finalidad el desarrollo regional*: las de 23 de junio de 1971 (JOCE C 111/7-13 del 4-II-71), 27 de junio de 1973 (doc. COM [73] 1110), 28 de noviembre de 1973 (doc. SEC [73] 4469 final), 26 de noviembre de 1975 (doc. COM [75] 77 final) (ésta contiene los nuevos principios de coordinación para las ayudas nacionales de finalidad regional y sustituye a la de 1971, que había sido modificada por las de 1973 para tomar en cuenta la primera ampliación), y la de 21 de diciembre de 1978 (JOCE C 31/9 de 3 de febrero de 1979). Sobre *ayudas referentes a la protección del medio ambiente*: la de 7 de noviembre de 1974 y la que figura como anejo a la recomendación del Consejo de 3 de noviembre de 1975 sobre imputación de costes e intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente (JOCE L 194 de 25-VII-75). Sobre *ayudas a la agricultura y a la pesca costera para compensar las alzas de productos energéticos*: las citadas en la decisión de diciembre de 1976 (JOCE L 17 de 20-I-77); *ayudas al sector textil* (30 de julio de 1971); *ayudas al sector aeronáutico* (la resumida en el

(51) A diferencia de lo previsto en el artículo 90.3 referente al respeto de la libre competencia por las empresas estatales en que se autoriza a la Comisión a dictar «las decisiones o directivas apropiadas». Aunque incluso en este caso tal competencia haya sido puesta en duda por algunos Estados miembros con motivo de la adopción por la Comisión de la directiva 80/723/CEE, de 25 de junio (JOCE L 195/35) sobre transparencia de las relaciones financieras entre Estados miembros y empresas públicas. Los Gobiernos del Reino Unido, Italia y Francia recurrieron contra la directiva ante el TJCE (casos 188, 189 y 190 de 1980, JOCE C 237/5-7), arguyendo que el artículo 90.3 no confiere a la Comisión competencia para dictar normas generales sobre tal materia. El tema es importante en cuanto se encuadra en la pugna interinstitucional sobre delimitación de competencias y existe cierta expectación ante la sentencia del TJCE.

(52) Las referencias proceden del Inventario de actos de las Comunidades que se entrega a los Estados candidatos a la adhesión y del trabajo de MELCHIOR: «Les communications de la Commission», en *Melanges-Dehouse*, volumen 2, p. 244, que constituye un completo examen de estos actos.

segundo informe sobre la política de la competencia, números 100 a 103) (53). Como puede observarse, estas «comunicaciones al Consejo» a veces se publican en el *JOCE* y a veces no, y esto influirá sin duda en su efectividad, como veremos más adelante.

Una categoría semejante de «comunicaciones» de carácter general y contenido cuasi normativo son las basadas en el poder de control sobre los acuerdos entre empresas, decisiones de asociación o prácticas concertadas que pueden afectar a la libre competencia, que le concede el artículo 85 TCEE y reglamentos de desarrollo del 87. Pero en éstas los destinatarios son los operadores económicos, y por eso se publican en el *JOCE*. También en este caso la competencia de la Comisión es únicamente para adoptar decisiones individuales caso por caso, y las comunicaciones lo que hacen es publicar los criterios de interpretación, que la Comisión piensa seguir en la aplicación de las normas, bien del Tratado, bien de derecho derivado que le otorgan competencia y, en concreto, definir las categorías de acuerdos que no están comprendidos en la prohibición del artículo 85 y que, por tanto, no precisan ser comunicados a la Comisión (54).

La utilidad de estos dos tipos de Comunicaciones es evidente: las primeras permiten a los Estados miembros planificar sus acciones de sostenimiento o incentivo dentro del marco, definido por la Comisión, pero en cuya elaboración también han partici-

(53) Como indicio del grado de cumplimiento por los Estados miembros de anteriores comunicaciones y de las obligaciones impuestas directamente en el TCEE, es interesante la comunicación de 30 de septiembre de 1980 (*JOCE* C 252/2) sobre «Notificación a la Comisión de las ayudas estatales en cumplimiento del artículo 93.3 TCEE: incumplimiento de sus obligaciones por los Estados miembros», que señala cómo en el curso de los últimos meses y debido a las considerables dificultades financieras de todos los Estados miembros algunos Estados no notifican, o no lo hacen a tiempo, las ayudas que conceden.

(54) Se trata de las siguientes: Segunda comunicación sobre la aplicación del artículo 85 TCEE a algunos acuerdos de licencia de patente (*JOCE* 113/2629, de 9 de noviembre de 1982); Comunicación sobre los acuerdos de licencia de patente (*JOCE* 139/2921, de 24 de diciembre de 1982); Comunicación sobre los contratos de representación exclusiva concluidos con representantes de comercio (*JOCE* 139/2921, de 24 de diciembre de 1982); Comunicación relativa a los acuerdos de importancia menor que no están comprendidos en las disposiciones del artículo 85, párrafo 1, del tratado de creación de la CEE (*JOCE* C 64/1, de 2 de junio de 1970); Comunicación sobre los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas referentes a la cooperación entre empresas (*JOCE* C 75/3, de 29 de julio de 1968); Segunda comunicación sobre los acuerdos de importancia menor de 19 de diciembre de 1977 (*JOCE* C 313/3, de 29 de diciembre de 1977), y Comunicación sobre la apreciación de los contratos de subcontratación de 18 de diciembre de 1978 (*JOCE* C 1/2, de 3 de enero de 1979).

pado a invitación de ésta. Para la Comunidad las comunicaciones permiten no sólo impedir acciones que puedan falsear la libre competencia, sino encuadrar o dirigir las políticas estatales de ayuda a las empresas hacia objetivos determinados al servicio de otras políticas, regional, de medio ambiente, de reconversión industrial sectorial, etc. Las segundas permiten a la Comisión definir unas líneas de actuación coherente y otorgan a los justiciables una mayor seguridad jurídica.

Pero dejando aparte el tema de su funcionalidad, su naturaleza y efectividad jurídicas aparecen oscuras. Las que interpretan el artículo 85 podrían asimilarse a los reglamentos en cuanto son generales, se aplican a situaciones determinadas con arreglo a criterios objetivos, son motivadas y publicadas en el *JOCE*, y las empresas que se encuentren comprendidas en ellas podrían alegarlas para evitar una sanción; pero resulta que la Comisión no está autorizada para adoptar reglamentos en esta materia, y por eso ella misma las caracteriza como «medidas de alcance general mediante las cuales expresa su opinión» (55). La cuestión es *a quien no obligan*, porque no cabe duda que la Comisión tiene que ser vinculada por su propia opinión hecha pública, aunque no sea más que por el principio de la confianza legítima de los administrados (56).

Con mayor razón debe aplicarse el mismo criterio de vinculación de la Comisión por sus propias comunicaciones, en el caso de las adoptadas en interpretación del artículo 92 sobre ayudas estatales, porque aquí su poder de apreciación discrecional es más amplio y las interpretaciones tienen, por tanto, más carácter normativo. La posición de los Estados miembros resulta afectada por estas comunicaciones en la forma siguiente:

Las ayudas existentes en el momento en que se notifique la comunicación y que resulten incompatibles con ella deberán ser modificadas en el plazo que se indique mediante medidas estatales (la comunicación no tiene aplicabilidad directa); en caso contrario la Comisión procederá a incoar el expediente de infracción del artículo 93.2.

Las ayudas posteriores a una comunicación que se acomoden a lo en ella dispuesto no necesitarán ser sometidas a la Comisión

(55) Primer informe sobre la política de competencia, punto 127.

(56) MELCHIOR: *Op cit.*, p. 254.

antes de su aplicación, según exige el 93.3, sino que serán consideradas ayudas existentes y sólo atacables por la Comisión a posteriori.

Este segundo efecto es más dudoso porque equivaldría a otorgar carácter normativo general a las comunicaciones, lo que tal vez podría basarse en una «autolimitación del poder discrecional», o en una interpretación de la competencia de la Comisión como habilitación para adoptar decisiones en materia de ayudas por fases de concreción sucesiva, empezando por definir en una «comunicación» los principios que va a aplicar en el ejercicio de su función, definición que la vincularía para su ejercicio futuro (57).

Pero desde nuestro punto de vista lo que nos interesa es el primer efecto, porque un nuevo Estado miembro se vería de esta forma preocupado por todas las comunicaciones de la Comisión en vigor en el momento de la adhesión en materia tan sensible como las ayudas estatales. Esto nos obliga a buscar en los instrumentos de adhesión el precepto que pueda servir de base para definir la posición del nuevo Estado miembro respecto a estos actos, lo que no es tarea fácil.

Podría recurrirse a la cláusula general del artículo 3.3 del Acta «otras tomas de posición», que sitúa a los nuevos Estados miembros a su respecto, «en la misma situación que los Estados miembros originarios», y les impone la obligación difusa de respetar los principios y orientaciones que de ellos se derivan y adoptar las medidas que resulten necesarias para garantizar su aplicación. Pero este artículo se refiere únicamente a los actos del Consejo. No obstante, en la primera adhesión, un artículo específico, el 154, retrasaba la fecha de aplicación a los nuevos Estados miembros de «los principios referentes a los regímenes generales de ayudas con finalidad regional, elaborados en el marco de aplicación de los artículos 92 y 94 TCEE y contenidos en la comunicación de la Comisión de 23 de junio de 1971...», al 1 de julio de 1973, es decir, seis meses después de la adhesión «*como excepción al artículo 3, párrafo 3*» (58), lo que significa:

- 1.º Que para los redactores del Acta estaban incluidos en

(57) MELCHIOR: *Op cit.*, p. 256.

(58) La cursiva es nuestra.

este artículo (aunque dada la referencia que a continuación el 154 hace a la resolución de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 20 de octubre de 1971, que expresaba su decisión de aceptar los principios contenidos en la decisión, ya no se sabe si se consideran incluidos en el 3.3 en cuanto comunicación de la Comisión o en cuanto acto convencional de los Estados miembros), y

2.º Que se considera tienen un cierto efecto normativo, porque en otro caso no hubiera sido necesario un aplazamiento de su entrada en vigor en los nuevos Estados miembros.

La desaparición de este artículo en el Acta de Adhesión de Grecia puede hacer sospechar que sus redactores han preferido no pronunciarse ni siquiera en términos tan vagos sobre la eficacia jurídica de las comunicaciones, aunque no sea más que para no poner a los nuevos Estados miembros en una situación más concreta que los antiguos.

Respecto a las comunicaciones del artículo 85, dado que se limitan a definir las categorías de acuerdos que no caen en la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia, resulta que sólo vinculan a la propia Comisión y, por tanto, su aplicabilidad en los nuevos Estados miembros no plantea problemas materiales, aunque no quede clara su efectividad jurídica.

Las comunicaciones referentes a ayudas estatales no tienen únicamente este carácter negativo, excluidor, sino que pueden utilizarse como instrumento de política activa, y además los nuevos Estados miembros no han participado en su elaboración y tampoco su aplicación a los mismos se deduce claramente de los instrumentos de adhesión, pero dado que la Comisión tiene el poder de adoptar decisiones individuales en este campo interpretando el artículo 92, el interés del nuevo Estado miembro estará en tomar buena nota de estas comunicaciones para saber a qué atenerse sobre la línea de actuación de la Comisión, y luego siempre cabrá el recurso al TJCE contra la decisión individual de aplicación.

Cosa distinta es que en las negociaciones de adhesión pueda plantearse un período de transición para la aplicación al nuevo Estado miembro de los «principios» de la actuación de la Comisión en materia de ayudas estatales en sectores concretos, al menos

hasta que la toma en cuenta de situaciones específicas del nuevo Estado miembro se haya traducido en una acomodación de estos principios a la nueva situación. Esto es lo que hacía el artículo 154 en el Acta de la primera adhesión (segundo párrafo).

Estos textos serán completados para tener en cuenta la nueva situación de la Comunidad tras la adhesión, a fin de que todos los Estados miembros se encuentren en la misma situación a su respecto.

3. Actos convencionales entre los Estados miembros

El artículo 3 del Acta de Adhesión de 1973 (con igual redacción en la de 1979) declara:

1. Los nuevos Estados miembros se adhieren por la presente acta a las decisiones y acuerdos convenidos por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo. Se comprometen a adherirse desde la adhesión a todos los demás acuerdos concluidos por los Estados miembros originarios relativos al funcionamiento de las Comunidades o que presenten relación con la acción de éstas.

2. Los nuevos Estados miembros se comprometen a adherirse a las convenciones previstas en el artículo 220 del Tratado CEE, así como a los protocolos referentes a la interpretación de estas convenciones por el Tribunal de Justicia firmados por los Estados miembros originarios y a iniciar a este efecto negociaciones con los Estados miembros originarios para introducir en ellos las adaptaciones necesarias.

3. Los nuevos Estados miembros se encontrarán en la misma situación que los Estados miembros originarios respecto a las declaraciones, resoluciones u otras tomas de posición... (59) relativas a las Comunidades europeas que hayan sido adoptadas de común acuerdo por los Estados miembros; en consecuencia respetarán los principios y orientaciones que de ellas se derivan y adoptarán las medidas que puedan resultar necesarias para asegurar su puesta en práctica.

(59) «... del Consejo, así como respecto a aquellas ...». En el punto 2.1 nos hemos ocupado de estos actos adoptados por el Consejo, aquí tratamos los acordados por los Estados miembros.

La característica común de todos estos actos reside en que son actos de carácter convencional entre los Estados miembros de las Comunidades y que guardan relación con la actividad de éstas.

La relación de los acuerdos entre los Estados miembros de las Comunidades y los tratados de creación de éstas es un tema debatido que suscita cuestiones tan de principio como la conservación en última instancia de la soberanía para concluir acuerdos internacionales que modifiquen los tratados por el principio de *contrarius actus* o la inderogabilidad de los tratados originarios, salvo mediante los procedimientos en ellos establecidos. Como una cuestión parcial del debate de fondo se plantea si los Estados miembros pueden o no, mediante acuerdos interestatales, regular materias que caen en la competencia de las Comunidades.

No podemos aquí entrar en el fondo (60); en general parece que la praxis y la doctrina se inclinan por considerar que, como excepción al principio de que un tratado puede ser siempre modificado por otro concluido entre las mismas partes, en el caso en que el tratado en cuestión sea constitutivo de una organización internacional, cree un orden jurídico propio que imponga límites a la soberanía de los Estados miembros y establezca un procedimiento específico de revisión, no puede modificarse por común acuerdo de los Estados miembros al margen de los procedimientos en él establecidos (supuesto previsto en el artículo 39 de la Convención de Viena). Consecuentemente los acuerdos entre los Estados miembros no podrán regular materias que los tratados originarios atribuyen a la Comunidad (lo que dada la amplitud de la definición de objetivos contenida en el artículo 2 TCEE sigue siendo una cuestión de decisión política), pero, en cambio, cabe perfectamente que materias que guardan relación con la actividad de las Comunidades, pero a las que no se extiende la competencia de éstas, sean reguladas por acuerdos de carácter

(60) Véanse, por ejemplo, las ponencias de PESCATORE y de ZULEEG, en *La communauté et ses Etats membres*, coloquio del IEJE, Lieja, 1973, p. 68; GANSHOF VAN DER MEERSCH, recopilación de cursos de la Academia de La Haya, tomo 148: *Communautés européennes et droit international*, p. 77; DE MIGUEL ZARAGOZA: *Elementos jurídicos de la integración europea*, p. 70; MEDINA: «La revisión de los tratados comunitarios», *RIE*, 1974, p. 1297; DELIEGE-SEQUARIS: *Revisión des traités européens en dehors des procédures prévues*, y LOUIS: «Quelques considérations sur la révision des traités instituant les communautés», en *CDE*, 1980, pp. 539 y 553.

interestatal, y en los propios tratados se reserva a este procedimiento la adopción de determinadas decisiones o la regulación de ciertas materias.

El artículo 3 del Acta de Adhesión regula la posición de los nuevos Estados miembros respecto a las diferentes categorías de estos actos convencionales interestatales, que pueden clasificarse como sigue:

3.1 *Decisiones y acuerdos convenidos por los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo* (artículo 3.1, párrafo primero).

Esta sutil redacción se utiliza para designar los acuerdos que se adoptan en una reunión diplomática internacional con ocasión de que los representantes se han reunido en una sesión del Consejo. La razón de fondo para la diferencia consiste en que las decisiones y acuerdos versan sobre materias a que no se extiende la competencia comunitaria.

En 1968, y en respuesta a una cuestión escrita de M. Vredeling, la Comisión publicó la lista de estas decisiones y acuerdos (61). Se trataba de 43 actos en materias CEE y CEEA y de 12 en materias CECA. En el inventario de actos de las Comunidades que se entrega a los Estados candidatos a la adhesión figuran en 1980 una veintena de estos «acuerdos» y «decisiones» de los representantes que hay que entender son los que se mantienen en vigor.

No figuran entre ellos las decisiones que contienen nombramientos: de miembros de la Comisión, de magistrados y abogados generales del TJCE (art. 11 del Tratado de fusión de los Ejecutivos y art. 167 TCEE y correspondientes de los otros tratados), que son nombrados «de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros».

Tampoco se incluyen en la lista las decisiones sobre localización de las instituciones que los artículos 77 TCECA, 216 TCEE y 189 TCEEA atribuyen al común acuerdo de los gobiernos de los Estados miembros. Como es sabido, no se ha procedido a una decisión definitiva sobre localización; en el caso de la CECA se

(61) JOCE, C 38/5, de 24 de abril de 1968.

declaró simplemente que la Alta Autoridad empezaría a funcionar en Luxemburgo y que la Asamblea se reuniría en Estrasburgo. En cuanto a la CEE, en el momento de su institución se recomendaba que la Comisión celebrase sus reuniones en Val-Duchesse, cerca de Bruselas, o en Luxemburgo, y que el Consejo se reuniría en la residencia del presidente de turno. La única decisión formal de los representantes de los Estados miembros sobre localizaciones es la de 8 de abril de 1965, con ocasión del tratado de fusión de los Ejecutivos (publicada en el *JOCE* número 152, de 13 de julio de 1967, p. 18), y aun las instalaciones que se deciden tienen expresamente carácter provisional (62).

El conjunto de estos «actos de los representantes» (para acortar el inmanejable título) se caracteriza por su heterogeneidad. Si tratamos de clasificarlos podríamos hacer un primer grupo con los que se han adoptado, *basados en un precepto de los tratados* o en una norma de derecho derivado. Los artículos 69 y 70 TCECA y los 18 y 20 e implícitamente el 24 TCEE se refieren a eventuales acuerdos de los Estados miembros en materia de libertad de circulación de trabajadores en las industrias CECA, transportes CECA, procedimientos aduaneros CECA, reducción de derechos de aduana y derechos de aduana aplicables a los productos de la lista. En estos casos los tratados no especifican la forma en que debe llegarse al acuerdo; hubiera sido, por tanto, posible el recurso a acuerdos internacionales clásicos, como se hizo en el caso del artículo 220 TCEE, que también imponía la obligación de negociaciones entre los Estados miembros para lograr acuerdos en ciertas materias que veremos en el epígrafe siguiente, sin tampoco fijar la forma del acuerdo. La elección en estos casos del peculiar procedimiento de acuerdos de los representantes en el seno del Consejo parece deberse a razones

(62) Para compensar a Luxemburgo de la fusión del Consejo y Alta Autoridad CECA se decidió que las sesiones del Consejo unificado de abril, junio y octubre tendrían lugar en Luxemburgo. El Parlamento se reúne en Estrasburgo en la cámara que comparte con la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, pero puede decidir celebrar excepcionalmente sesiones en otro lugar. Su secretariado general y Departamentos están en Luxemburgo. El Parlamento tiende a celebrar frecuentemente sesiones en Comisión en Bruselas porque el ejecutivo de las Comunidades ejerce una fuerza centrípeta. En Luxemburgo sigue el Tribunal de Justicia, y se instala el Tribunal de Cuentas, el Banco Europeo de Inversiones, el Fondo Europeo de Cooperación Monetaria y algunos servicios de la Comisión (decisiones de los representantes de 5 de abril de 1977, Tribunal de Cuentas, y de 24 de julio de 1973, FECOM, también con carácter provisional).

de simplificación de trámites y a la estrecha relación de estas cuestiones con la competencia del Consejo (63).

Otro grupo está compuesto por los «acuerdos», *adoptados en ejecución de acuerdos externos* celebrados de forma conjunta por la Comunidad y los Estados miembros por una parte, con un tercero. En el inventario de 1968 estaban incluidos entre los actos de los representantes, pero las actas de adhesión les dedican una mención aparte en el artículo 4, punto 3, que examinamos en la p. 66.

De los recogidos en el inventario de 1968, descontando las dos importantes decisiones de aceleración del ritmo de realización de los objetivos del tratado (desarme aduanero) de 12 de mayo de 1960 (JOCE núm. 58, de 12-IX-60) y de 15 de mayo de 1962 (JOCE núm. 41, de 25-V-62), la gran mayoría (32) se referían a cuestiones aduaneras (suspensión o modificación de la TEC sobre ciertos productos o sobre productos procedentes de determinados países). En los recogidos en el Inventario de 1980 siguen predominando los que regulan temas aduaneros; por ejemplo, las decisiones de los representantes de los Estados miembros de la CECA, de 13 de abril de 1975 y de diciembre de 1978 sobre nomenclatura aduanera común; la de 18 de diciembre de 1978, sobre supresión de tasas postales de presentación en aduana; la de 7 de noviembre de 1977, estableciendo la vigilancia de importaciones de algunos productos provenientes de ciertos terceros Estados, etc. También aparecen en materia de aproximación de las legislaciones (por ejemplo, acuerdos de 28 de mayo de 1969 y 5 de marzo de 1973 sobre el statu quo e información de la Comisión (64), medio ambiente (5 de marzo de 1973 y 15 de julio de 1974, referentes

(63) BEER: «Acts of representatives of the Governments of the Member States», SEW, octubre 1958, p. 532.

(64) Estos acuerdos establecen la obligación del Estado miembro, que se propone introducir una nueva reglamentación interna en tales materias de comunicar el proyecto a los demás Estados miembros y a la Comisión. Esta dispone de un plazo de dos meses para pronunciarse sobre el proyecto; si comunica al Estado su intención de proponer una directiva, dispone de un plazo de cinco meses para elaborarla, y el Consejo, de otros cinco meses, para adoptarla. El acuerdo de 1973, en materia de medio ambiente, ha sido en general respetado; el de 1969, en materia de obstáculos técnicos (*entraves techniques*), no ha tenido mucho efecto, tanto porque los Estados miembros no han notificado sus proyectos, tanto por el escaso plazo de que disponen las instituciones para elaborar las normas comunitarias. El informe SEC (80) 825 propugna la prolongación del plazo y la extensión del sistema a otros sectores.

a la información de la Comisión y de los Estados miembros para una armonización eventual para el conjunto de la Comunidad de las medidas de urgencia relativas a la protección del medio ambiente (64), etc. Igualmente ha sido adoptada por resolución de los representantes la uniformización del pasaporte nacional a partir de 1985 (23 de junio de 1981, JOCE 241/1 de 19-9-81).

También debe ser incluida en esta categoría, a pesar de su rótulo, la decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1976 que contiene como anejo el Acta *portant election* (65) de los representantes en la Asamblea, por sufragio universal directo, que es un acto firmado por el presidente del Consejo y por los representantes de los Estados miembros, por la que se adopta el Acta y se recomienda su adopción por los Estados miembros, conforme a sus reglas constitucionales respectivas. El Acta se redacta en todas las lenguas de trabajo más el irlandés (66), y sólo entra en vigor cuando se adopte por todos los Estados miembros.

Al mismo género pertenece la Decisión de 21 de abril de 1970 (JOCEL 94 de 28 de abril) relativa a la sustitución de las contribuciones financieras de los Estados miembros por recursos propios de las Comunidades adoptada por el Consejo, pero «cuya adopción se recomienda a los Estados miembros» en el preámbulo. En el artículo 7 se establece que los Estados miembros notificarán al secretario general del Consejo el cumplimiento de los procedimientos exigidos por sus normas constitucionales respectivas para la adopción de la «decisión, que entrará en vigor sólo tras la recepción de todas las notificaciones de adopción en los Estados miembros.

Las resoluciones conjuntas del Consejo y de los representantes de los Estados miembros (p. 16) también constituyen, por un lado, actos convencionales (por otro son actos atípicos del Consejo) y, en consecuencia, caen en esta categoría. Hay que entender que los nuevos Estados miembros se adhieren automáticamente a las mismas desde el momento de la adhesión a las Comunidades.

Respecto a su *naturaleza jurídica*, la Comisión, en su respuesta a M. Vredeling del 17 de abril de 1968, declaraba enfáticamente

(65) *Sic.*

(66) Régimen lingüístico semejante al de los tratados originarios y no al del derecho derivado, que no se publica en Irlandés.

que estas decisiones y acuerdos «tienen carácter de acuerdos internacionales y, por tanto, su aplicación depende en cada Estado miembro de las reglas aplicables a la conclusión de los Tratados». Esta parece ser, en general, la opinión de la doctrina, que en los años 1965-66 dedicó cierta atención al tema (67).

Sin embargo, son abundantes los puntos de contacto de estas decisiones con los actos del Consejo: algunos encuentran su fundamento en preceptos de los Tratados, sus objetivos son los mismos que los de los actos de las instituciones, algunos de ellos conceden competencia al TJCE para juzgar conflictos e interpretar (bien es verdad que sólo tres) (68), y la Comisión suele ser consultada (en algunos casos es ella la que recomienda este procedimiento) y ofrece orientaciones y sugerencias. La caracterización de comunitarios llega hasta el extremo de que las «decisiones de los representantes» en materias TCEE se publican en el JOCE firmadas por el presidente del Consejo «en nombre del Consejo» (69), si bien en la serie C, como informaciones o comunicaciones.

Su carácter de actos interestatales y no comunitarios quedaría reforzado por la referencia que contienen algunos a los procedimientos internos de adopción en cada Estado miembro. Ahora bien, estos procedimientos varían según cada ordenamiento constitucional y según el acto de que se trate (70). Parece haber cierto consenso entre los Estados miembros en considerar acuerdos internacionales sometidos a formalidades internas para su entra-

(67) Véanse las ponencias a la reunión de la «Asociación holandesa para el derecho europeo» de La Haya el 14 de mayo de 1966, publicadas en SEW en octubre de 1966, páginas 529 y ss., a las que pertenece el trabajo de BEER citado, otro de SCHERMERS y otro de PESKATORE. El *rapport BURGER* dedica una segunda parte a estos actos, Parlamento Europeo, 12 de noviembre de 1969, doc. núm. 215. En la doctrina más reciente se sigue en general la misma opinión, véase, por ejemplo, FROHN: *Die rolle zwischenstaatlicher Vereinbarungen im System der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt, 1979, que recopila la literatura sobre el tema, capítulo II, segunda parte. Su carácter de actos interestatales no conlleva, sin embargo, su obligatoriedad jurídica. Esta debe investigarse en cada caso. Las «decisiones» constituyen en la mayoría de los casos «una forma particular de entente entre los gobiernos de los Estados miembros, de la que parece excluida toda voluntad de comprometerse jurídicamente...». LOUIS: *Les Nouvelles*, op. cit., p. 433.

(68) En ausencia de la reserva de interpretación al TJCE, serán las jurisdicciones de cada Estado miembro las que se pronuncien sobre la posibilidad de que los particulares deduzcan derechos directamente de estos actos.

(69) Los «acuerdos» CEE son firmados por todos los representantes y las «decisiones» y «acuerdos» CECA no llevan firmas cuando se publican en el JOCE.

(70) Véanse las conductas de los diferentes Estados miembros en BEER: *Op. cit.*, páginas 542 y ss.

da en vigor, sólo a algunos, por ejemplo los «acuerdos» en el sector CECA, las «decisiones» sobre recursos propios de las Comunidades, la que contiene el Acta sobre elección directa de los parlamentarios europeos, o los acuerdos complementarios de los acuerdos de asociación concluidos por la Comunidad con terceros; en los otros casos la norma general es que reciben ejecución interna mediante actos del Ejecutivo, bien reglamentarios, bien de mera ejecución. Incluso el principio general de que no serían directamente aplicables en el orden interno sin aprobación estatal, sería puesto en duda cuando los actos del Ejecutivo no adoptan la forma de una orden de ejecución o no tienen carácter normativo, sino son de mero cumplimiento de los acuerdos. La fórmula utilizada en el Acta de Adhesión, que prevé la «adhesión» de los nuevos Estados miembros a estos actos, es propia de su carácter convencional en vez de la obligatoriedad de los actos de las instituciones (71). Sobre la posibilidad de que el TJCE pueda controlar su validez, interpretarlos y aplicarlos, la doctrina aparece dividida (72) y el Tribunal aún no se ha pronunciado.

Tal vez la falta de uniformidad en su aplicación, resultado de su carácter de convenios interestatales, sea la causa del abandono de este procedimiento en favor de la utilización de los procedimientos de los artículos 235 TCEE y 95.1 TCECA para lograr los «objetivos de la Comunidad» para los que los Tratados no han previsto los poderes de acción necesarios. Sin embargo, dado que los acuerdos de los representantes tienen ámbito potencial más amplio: cualquier materia que «contribuya» a la realización de los objetivos, siguen constituyendo un útil instrumento para el desarrollo de las Comunidades (73).

Según el artículo 3.1 del Acta de Adhesión, los nuevos Estados miembros se adhieren por medio del Acta a todas estas decisiones y acuerdos sin necesidad de negociaciones separadas ni de ninguna formalidad específica. Para los sucesivos será, sin embargo, necesario bien cumplir los requisitos previstos en la legisla-

(71) BOULOUIS y CHEVALIER: *Grands arrêts...*, p. 72.

(72) Véanse los argumentos a favor en RODRÍGUEZ IGLESIAS, capítulo LXVIII de las *Instituciones de derecho internacional público*, de DÍEZ DE VELASCO, tomo II, p. 345.

(73) GANSHOF VAN DER MEERSCH, Curso de La Haya, *op. cit.*, pp. 79 y 81.

ción interna para los acuerdos internacionales en forma simplificada, bien adoptar las medidas internas de mera ejecución, según la materia de cada acuerdo.

La prevalencia de sus características de acuerdos internacionales sobre las de actos comunitarios condiciona también su publicación. Por tanto, independientemente de que se publiquen o no en el *JOCE* (74), la publicación en el orden interno está sometida a las normas de cada Estado miembro sobre acuerdos internacionales. A un nuevo Estado miembro se le plantea la cuestión del lugar de publicación de todos los acuerdos que estén en vigor entre los Estados miembros en el momento de la adhesión. En principio, dado que el artículo 3 establece que la adhesión a los acuerdos y decisiones de los representantes se hace *par le présent acte*, el lugar de publicación sería como anejo del Acta de Adhesión, que a su vez se publicará, en el caso de España, como parte que es tanto del Tratado de adhesión a la CEE y a la CEEA, como de la Decisión CECA de adhesión, a continuación de los instrumentos de ratificación y de adhesión, respectivamente. Como a su vez el Acta prevé (art. 160 en la de la primera adhesión) que anejos a ella se publicarán los textos de los tratados *originarios* CEE y CEEA, así como de los tratados que los han modificado o completado, establecidos en el idioma del nuevo Estado miembro, sería a continuación de éstos donde se publicarían los acuerdos de los representantes en el seno del Consejo en vigor entre los Estados miembros en el momento de la adhesión que se considerase necesitan ratificación formal. Debe resaltarse de nuevo aquí que no todos los actos tienen carácter de acuerdos internacionales, que sólo un análisis de cada uno podrá determinar si tienen o no contenido jurídico obligatorio (75), y que como veíamos, la praxis de los Estados miembros no es uniforme, algunas decisiones y acuerdos (76) han sido aprobados por el legislativo y ratificados, otros ejecutados como si fuesen actos

(74) El artículo 155 (del Acta de la primera adhesión), que prevé la publicación en ediciones especiales del *JOCE* en el idioma del nuevo Estado miembro de los actos comunitarios adoptados antes de la adhesión, se refiere únicamente a los «actos de las instituciones» que no engloban a éstos, aunque de hecho se publican todos los que lo hayan sido en la edición ordinaria.

(75) Louis, en *Les Nouvelles*, p. 433.

(76) Sobre la diferente utilización de ambos términos en la praxis de la CEE y de la CECA, véase BERR: *Op. cit.*, p. 535.

emanados de las instituciones en forma de decisiones o recomendaciones sui géneris.

Finalmente la inclusión en el artículo 3 del Acta de la referencia a los actos de los representantes, aunque no modifica su naturaleza de actos convencionales entre los Estados miembros podría tener, sin embargo, como consecuencia que el TJCE pudiera controlar el cumplimiento por parte de los nuevos Estados miembros de las decisiones y acuerdos en vigor en el momento de la adhesión en cuanto que la obligación de cumplirlos estaría fundada en el Acta de Adhesión, que, según el artículo 1.3 del Tratado de adhesión y de la Decisión de adhesión CECA, es objeto de la competencia del Tribunal. De esta forma los nuevos Estados miembros se encontrarían en una posición más estricta que la de los originarios respecto a los cuales el TJCE no tiene la posibilidad de declarar el incumplimiento de estos acuerdos, salvo los casos de atribución expresa de tal competencia en los propios actos.

3.2 *Acuerdos concluidos por los Estados miembros relativos al funcionamiento de las Comunidades o que presentan relación con la acción de éstas* (segundo párrafo del art. 3.1).

La diferencia con los anteriores concluidos «en el seno del Consejo» sería que éstos tienen un carácter internacional más definido que se traduce en que se firman en una reunión diplomática normal. Sin embargo, se regulan en el Acta de Adhesión porque se refieren al funcionamiento de las Comunidades o presentan relación con la acción de éstas.

También es distinta la posición de los nuevos Estados miembros. Así como en los «acuerdos y decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros convenidos en el seno del Consejo» la adhesión a las Comunidades implicaba la automática adhesión, en éstos sólo se comprometen a adherirse, «desde la adhesión».

Lo que no resulta fácil es deslindar estos «acuerdos» respecto de las «convenciones» a que se refiere el párrafo siguiente del mismo artículo:

2. Los nuevos Estados miembros se comprometen a adherirse a las convenciones previstas en el artículo 220 del tratado CEE, así como a los protocolos referentes a la interpretación de estas convenciones por el Tribunal de Justicia, firmados por los Estados miembros de la Comunidad, en su composición originaria o actual (77), y a entablar a este efecto negociaciones con los actuales Estados miembros para introducir en los mismos las adaptaciones necesarias.

No aparecen, en efecto, razones claras para la diferente situación de los nuevos Estados miembros respecto a ambas categorías de actos: «En los del artículo 3.1, segundo párrafo, «se comprometen a adherirse desde la adhesión a cualquier otro acuerdo "concluido" por los actuales Estados miembros...»

En los del artículo 3.2 (convenciones del 220 TCEE) «se comprometen a adherirse» a las convenciones y protocolos «firmados».

Las diferencias serían tres: la primera referente al plazo; en el caso del 3.1 la adhesión a los acuerdos debe ser «desde la adhesión» a las Comunidades (más adelante tratamos de esta adhesión que, no siendo automática como para los acuerdos de los representantes en el seno del Consejo, artículo 3.1, primer párrafo, debe, sin embargo, ser efectiva desde el momento de la adhesión), mientras que para las convenciones del 220 no se establece plazo.

La segunda consiste en que en los acuerdos del 3.1 no se prevén adaptaciones.

La tercera versa sobre el objeto del compromiso de adhesión: en los acuerdos del 3.1 son los acuerdos *concluidos*; en las convenciones y protocolos del 3.2 son los *firmados*.

Ante la reserva que aún pesa sobre los documentos preparatorios de las dos adhesiones resulta difícil encontrar una justificación de este distinto tratamiento, que tampoco aparece clara, contra costumbre, en Puissochet.

Lo que resulta ahora necesario es tratar de clasificar los acuerdos convenidos por los Estados miembros en una u otra de estas categorías. A primera vista parece que los acuerdos a que se refiere el 3.1, «relativos al funcionamiento de las Comunidades

(77) Redacción en el Acta de Adhesión de Grecia.

o que presenten relación con la acción de éstas», tienen por objeto la Comunidad, mientras que las convenciones del 220 TCEE tienen como beneficiario a los súbditos de los Estados miembros («Los Estados miembros entablarán negociaciones entre ellos, cuando resulte necesario, para garantizar en favor de sus súbditos...»).

También la redacción del 3.2 es específica, mientras que la del 3.1 podría contener, a modo de cláusula residual, todas las convenciones y acuerdos entre los Estados miembros que tengan «relación» con la acción de las Comunidades, salvo las del 220 TCEE (78).

Puissochet incluye en el 3.1 la Convención sobre asistencia mutua de las administraciones aduaneras de los Estados miembros, firmada en Roma el 7 de septiembre de 1976, los acuerdos de creación de la Escuela Europea para la enseñanza de los hijos de los funcionarios de las Comunidades, la Convención de creación del Instituto Universitario de Florencia y la importante *Convención de Luxemburgo de 19 de diciembre de 1975 sobre la patente europea para el mercado común* (79). Se trata ésta de una materia que no constituye uno de los fines de la Comunidad para la realización del cual no se hayan previsto los medios de acción necesarios, por lo que no le podía ser aplicado el artículo 235 TCEE. El preámbulo de la Convención declara que el establecimiento de un régimen comunitario de patentes, aun no siendo un objetivo de la Comunidad, es indisociable de la realización de la libre circulación de mercancías, y por tanto está

(78) No entramos pues aquí en la discusión sobre el carácter limitativo o no del artículo 220 (cuestión que parece proceder de un malentendido, porque es evidente que los Estados miembros siguen gozando de la capacidad contractual sobre materias fuera del ámbito comunitario, aunque tengan relación con la acción de las Comunidades), sino que tratamos de encontrar la base jurídica de la situación del nuevo Estado miembro respecto a los acuerdos o convenciones que no encajan en el artículo 220 TCEE.

(79) Publicada en el *JOCE*, L 17/1, de 26 de enero de 1976. Para los Estados miembros esta convención constituye un complemento de la firmada en Munich en 1973 por 16 Estados europeos, creando un sistema europeo de patentes según el cual la Oficina europea de patentes, con sede en Munich, emite patentes europeas, pero que están sometidas a las disposiciones reglamentarias de cada Estado. Lo que la Convención de Luxemburgo hace es crear un derecho de patentes uniforme para los Estados de la CEE. España tomó parte en los trabajos de elaboración y en la conferencia diplomática de 1973, pero no firmó la Convención de Munich. Esta entró en vigor el 7 de octubre de 1977 y ha sido ratificada por los Estados miembros de la Comunidad, salvo Irlanda y Dinamarca, y por Austria, Suecia y Suiza.

vinculado al orden jurídico comunitario. En su articulado (art. 73) atribuye la interpretación de la Convención al TJCE en las mismas condiciones que el derecho comunitario, y establece un recurso de casación ante el mismo de las decisiones de anulación de una patente.

Respecto a la «Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», texto aprobado por los representantes de los Estados miembros y abierto a la firma el 19 de junio de 1980 (80), constituye el complemento lógico de la convención de 27 de diciembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, pero la incluimos aquí porque es dudoso que pudiera considerarse incluida en el primer párrafo del artículo 3.2 del Acta de Adhesión que se refiere a las convenciones previstas en el artículo 220 TCEE. Así se deduce del dictamen emitido por la Comisión en virtud del artículo 155 TCEE en marzo de 1980 (81), en que formulaba importantes reservas sobre el carácter comunitario de la Convención: el texto propuesto no asegura la entrada en vigor en todos los Estados miembros, porque bastarán siete ratificaciones (art. 28) (82); su duración no es ilimitada, puede rebajarse a diez años tras denuncia (artículo 29), no se garantiza su interpretación uniforme porque no ha sido posible un acuerdo sobre un protocolo que someta su interpretación prejudicial al TJCE (83).

A la vista de estas características la Comisión estimaba que la Convención pierde todo carácter de convención comunitaria y se reservaba la posibilidad de proponer al Consejo la adopción de un acto comunitario para realizar en el ámbito del Derecho inter-

(80) Texto publicado en el JOCE L 266, de 9 de octubre de 1980; en nota de ANTONIO ORTIZ ARCE en el número 1 de 1979 de la RIE, aparece un completo examen del texto. Del mismo autor puede consultarse el artículo «Comunidad Europea y derecho internacional privado» RIE, 1974, p. 1067, para una visión de conjunto del tema. Véase también el informe de GIULIANO Y LAGARDE en el JOCE C 282, de 31 de octubre de 1980, el artículo de GAUDEMET-TALLON, en RTDE, 1981, p. 215; BENET: *The draft convention on the Law applicable to contractual obligations*, CMLR, 1980, p. 289. HARTLEY: «Beyond the proper law. Mandatory rules under draft convention on the law applicable to contractual obligations», ELR, 1979, p. 236.

(81) JOCE, L 94, de 11 de abril de 1980.

(82) La Convención fue firmada el mismo día de su apertura por siete Estados miembros, el 10 de marzo de 1981 por Dinamarca y el 7 de diciembre de 1981 por el Reino Unido.

(83) Los Estados miembros en una declaración común se declaran dispuestos a «examinar la posibilidad de atribuir ciertas competencias al TJCE y a negociar llegado el caso un acuerdo para ello».

nacional privado la unificación que en su opinión no quedaba garantizada por la Convención.

Este conflicto pone de manifiesto la dialéctica entre instituciones comunitarias y Estados miembros respecto a las competencias comunitarias, que se traduce en la elección de instrumentos internacionales o de actos previstos en los tratados (basados éstos en el artículo 235 o en el 100), según se estime que las materias reguladas constituyen o no objetivos de la Comunidad, cuestión que dada la redacción del artículo 2 del TCEE y los mecanismos de toma de decisión del Consejo resulta determinada de hecho por la voluntad política de los Estados miembros (84).

Tal vez estos peligros para la uniformidad jurídica han conducido a la Comisión a revisar su propuesta de *convención sobre el derecho europeo de marcas* (85) y transformarla en un proyecto de directiva sobre aproximación de las legislaciones y un proyecto de reglamento sobre creación de la marca comunitaria (86) y a rechazar las propuestas de regular mediante convención el *derecho de sociedades*, prefiriendo el reglamento: propuesta de 24 de junio de 1970 (*Boletín CEE*, suplemento núm. 8 de 1970), sobre la Sociedad Anónima Europea modificada en 1975 (suplemento número 4/75 del *Boletín CE*), y las directivas adoptadas en el marco del programa basado en el artículo 54 TCEE, sobre supresión de restricciones a la libertad de establecimiento (87).

(84) Sobre las circunstancias que determinan la elección de uno de los procedimientos de «armonización» de legislaciones, véase LIMPENS-MEINERTZHAGEN, capítulo V de la obra colectiva *Les instruments du rapprochement des législations dans la CEE*; BOUZA VIDAL: «Significado y alcance de la armonización de las legislaciones en la CEE», *RIE* núm. 2, 1981, pp. 408 y ss.; OLM: «La place de l'article 235 dans le système des attributions de compétence, de la Communauté», en *Melanges Dehouse*, p. 29, y en general, SCHWARTZ: *Voies d'uniformization du droit dans la CE: règlements communautaires ou conventions entre les Etats membres*. Clunet, 1978, p. 751.

(85) Publicación 8.381, 1973, del Office des Publications officielles des C. E.

(86) Basados en los artículos 100 y 235 TCEE, respectivamente, y presentados por la Comisión al Consejo el 25 de noviembre de 1980. Publicados en el suplemento 5/80 del *Boletín de las Comunidades Europeas*. El proyecto de reglamento contiene todas las normas de derecho material y de procedimiento necesarias para el registro y protección de una marca comunitaria. Crea una Oficina Comunitaria de Marcas, para la que prevé un régimen lingüístico unilingüe, reservándose para un momento posterior la elección del idioma. Su entrada en vigor se prevé para 1983. Véase el comentario de SCHWARTZ en *RMC*, 1981, p. 358.

(87) Hasta el momento el Consejo ha adoptado cinco directivas en este marco: la primera, de 9 de marzo de 1968, que coordina las legislaciones de sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones y sociedades de responsabilidad limitada, en materia de publicidad, validez de los acuerdos sociales y nulidad (*JOCE* núm. L 65, de 14 de mayo de 1968); la segunda, de 13 de diciembre de 1976, sobre constitución de

La misma problemática de base informa el proceso de creación de normas para la *represión de infracciones económicas en materias reguladas por los tratados comunitarios*. La Comunidad llegó desde muy temprano a la conclusión de la necesidad de estas normas (88), pero dudó largo tiempo sobre su instrumentación. La Comisión rechazó la intervención por medio de directivas basadas en la armonización de las legislaciones, prevista por el artículo 100 TCEE, por su ineffectividad, porque aunque se lograra un paralelismo entre legislaciones internas no se resolverían los conflictos entre competencias jurisdiccionales de los Estados. Quedaban las vías del artículo 235 o del acuerdo interestatal. Un dictamen del TJCE no publicado (89) descartaba la vía de la cooperación interestatal y recomendaba bien la adopción de normas comunitarias basadas en el artículo 235, bien la modificación de los Tratados originarios por un acuerdo internacional, procedimiento del artículo 236 TCEE. La Comisión, teniendo en cuenta que los Parlamentos nacionales son particularmente sensibles a cualquier pérdida de sus funciones en materia de legislación represiva, prefirió elaborar dos proyectos de tratados, que modifican los acuerdos comunitarios, uno sobre protección penal de los intereses financieros de las Comunidades y sobre represión de las infracciones cometidas por particulares en materias reguladas por el derecho comunitario y otro sobre la responsabilidad y la protección penal de funcionarios y agentes de la Comunidad (90). El procedimiento que debe seguirse es del artículo 236: el Consejo, tras consultar a la Asamblea, y en su

sociedades anónimas y mantenimiento y modificación de su capital (*JOCE* núm. L 26, de 31 de enero de 1977); la tercera, de 9 de octubre de 1978, sobre fusiones de sociedades anónimas en el ámbito interno (*JOCE* núm. L 295, de 20 de octubre de 1978); la cuarta, que se publicó antes que la tercera, sobre establecimiento, control y publicidad de las cuentas anuales de las sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones y sociedades de responsabilidad limitada, adoptada el 25 de julio de 1978 (*JOCE* número L 222, de 14 de agosto de 1978), y la quinta, de 17 de marzo de 1980, que coordina las condiciones de establecimiento, de control y de difusión de los datos que deben publicarse para la admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en bolsa (*JOCE* núm. L 100, de 14 de abril de 1980).

(88) Una decisión de los Ministros de Justicia de 3 de junio de 1971 creó un grupo de expertos para que presentasen propuestas de regulación.

(89) Véase sobre este tema, y en general sobre el espacio judicial europeo, el artículo de CHARBENTIER: «Vers un espace judiciaire européen», en *AFDI*, 1978, pp. 927 y ss.

(90) Proyectos elevados al Consejo en agosto de 1978, *JOCE* C 222, de 22 de septiembre de 1978, y que fueron informados favorablemente por el Parlamento Europeo el 17 de enero de 1979.

caso a la Comisión, se pronuncia sobre la reunión de una conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros para adoptar las modificaciones del Tratado, modificaciones que entrarán en vigor tras la ratificación por todos los Estados miembros de conformidad con sus normas constitucionales respectivas.

Por tanto, si llegasen a entrar en vigor antes de la adhesión serían aplicables automáticamente al nuevo Estado miembro, y si la adhesión se produjera antes, el Parlamento nacional debería ratificarlos. En cualquier caso, no están incluidos en el artículo 3.1 y 2 del Acta de adhesión.

Tampoco pueden incluirse aquí la convención de cooperación para la lucha contra el terrorismo, firmada en Dublín el 4 de diciembre de 1979, que adapta al marco comunitario la del Consejo de Europa de 10 de noviembre de 1976, ni la convención general de extradición, luego transformada en convenio de cooperación en materia penal (91), porque aunque llegasen a concluirse entre los Estados miembros, en cumplimiento de acuerdos de los Consejos Europeos de 12 de julio de 1976, 5 de diciembre de 1977 y 8 de abril de 1978 sobre el espacio judicial europeo, no podría considerarse que «presentan relación con la acción de las Comunidades» porque esas materias están claramente excluidas del ámbito comunitario; los acuerdos del Consejo Europeo en la materia se adoptaron no en cuanto consejo comunitario, sino en el capítulo de la «cooperación política».

Respecto al «Convenio sobre protección de las personas en el tratamiento automatizado de datos de carácter personal», elaborado por el Consejo de Europa y abierto a la firma el 27 de

(91) El Consejo de los Ministros de Justicia, reunido en Roma el 20 de junio de 1980, no logró acuerdo sobre la firma del convenio, expresión del proyecto francés de «espacio judicial europeo» por oposición específica del Ministro holandés, que estimó que los acuerdos bilaterales eran suficientes. Por su parte Francia había condicionado su ratificación de la convención de Dublín a la firma por todos los Estados miembros de este convenio (*Europe* núm. 328, 1980). Sobre los problemas de fondo de las convenciones que articularían el proyecto de «espacio judicial europeo», son reveladoras las abundantes cuestiones escritas de parlamentarios europeos que ha suscitado. Véanse, por ejemplo, las de M. COR, núms. 1.082 y 1.083/78 (*JOCE* núm. C, 150 y 154, de 15 y 20 de junio de 1979); de MME. VAYSSADE, núm. 1.147/79 (*JOCE* núm. C 68, de 17 de mayo de 1980); de M. TYRELL, núm. 1.267/79 (*JOCE* núm. C 80, de 31 de marzo de 1980), entre otras.

enero de 1981, la Comisión formuló una recomendación el 29 de julio de 1981 (*JOCE*, L 246, de 29 de agosto de 1981) a todos los Estados miembros para que lo firmen durante 1981 y lo ratifiquen antes de finales de 1982, y en caso contrario se reservaba el derecho de proponer al Consejo la adopción de un acto basado en el TCEE.

No constituyen acuerdos internacionales, y por tanto no pueden incluirse en el artículo 3.1 del Acta, los acuerdos entre gobernadores de los Bancos Centrales que constituyen la base del Sistema Monetario Europeo (Acuerdo de 13 de marzo de 1979 sobre modalidades de funcionamiento del SME y Acta de la misma fecha sobre apoyo monetario a corto plazo). Estos acuerdos fueron adoptados por «invitación» (puntos 6.3 y 6.4 de la Resolución de 5 de diciembre de 1978 del Consejo Europeo) adoptada en el capítulo de «cooperación política», tras largos debates en el seno del Consejo sobre la instrumentación jurídica a dar a la Resolución del Consejo Europeo. Los Estados miembros mostraron grandes resistencias a la formalización del compromiso en un instrumento comunitario e incluso en un acuerdo interestatal, dada la libertad de movimiento que querían conservar en materia tan lábil como los tipos de cambio. Por tanto, sólo se adoptaron reglamentos (3180 y 3181/1978) sobre el ECU y sobre el FECOM, pero los acuerdos de intervención en el mercado monetario conservaron el mismo status jurídico que en la época de la «serpiente», de «Acuerdos entre los Gobernadores de los Bancos Centrales», acto de difícil tipificación dada la carencia de personalidad internacional de los Bancos Centrales que los reduce a la categoría de acuerdos privados entre Bancos, forma jurídica que evidentemente no se corresponde con su importante contenido. Por otra parte, la participación en ellos es voluntaria para los Estados miembros (Gran Bretaña y Grecia no participan de momento) y está abierta a Estados no miembros.

3.3 *Convenciones previstas en el artículo 220 TCEE y protocolos sobre la interpretación de las mismas por el TJCE (art. 3.2 Acta de adhesión)*

El artículo 220 TCEE declara:

Los Estados miembros entablarán entre sí negociaciones cuando resulte necesario para garantizar en favor de sus súbditos:

— La protección de las personas y el disfrute y protección de los derechos en las condiciones reconocidas por cada Estado miembro a sus propios súbditos.

— La eliminación de la doble imposición en el interior de la Comunidad.

— El reconocimiento mutuo de las sociedades en el sentido del artículo 58, párrafo 2, la conservación de la personalidad jurídica en caso de traslado de la sede de un país a otro y la posibilidad de fusión de sociedades reguladas por diferentes legislaciones nacionales.

— La simplificación de las formalidades a las que están subordinados el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de las sentencias arbitrales.

La cláusula «cuando resulte necesario» deja a los Estados la posibilidad de apreciar la oportunidad de estas convenciones según el desarrollo de la Comunidad.

Hasta el momento, basadas en este artículo se han firmado o concluido las siguientes:

a) En vigor entre los Estados miembros originarios:

Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial (*JOCE*, L, 299/32, de 31 de diciembre de 1972).

Protocolo de Luxemburgo de 3 de junio de 1971 sobre la interpretación por el Tribunal de Justicia de la Convención de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial (*JOCE*, L, 204/28, de 2 de agosto de 1975).

b) En curso de ratificación por los Estados miembros originarios (falta la ratificación de Holanda):

Convención de Bruselas de 29 de febrero de 1968 sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas (*Boletín CE*, suplemento 2/69, p. 6).

Protocolo de Luxemburgo de 3 de junio de 1971 sobre la interpretación por el Tribunal de Justicia de la Convención de 29 de febrero de 1968, sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas (*Boletín CE*, suplemento 4/71, p. 6).

c) En curso de ratificación:

Convención de 9 de octubre de 1978, relativa a la adhesión del reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte a la convención sobre la competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, así como al protocolo sobre su interpretación por el Tribunal de Justicia (*JOCE*, L, 304/1, de 30 de octubre de 1978).

Sobre los dos primeros puntos del 220, no discriminación y doble imposición, los Estados miembros no han considerado necesaria, por el momento, la celebración de convenciones por estimar que ya estaban suficientemente garantizados por la red de convenios bilaterales en vigor y por las directivas comunitarias en vigor o en proyecto sobre régimen fiscal común de las fusiones, aportaciones de activo, escisiones, entre sociedades de diferentes Estados miembros, y sobre régimen fiscal común aplicable a las sociedades madres y filiales de distintos Estados miembros.

La Convención sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y comercial contiene al mismo tiempo normas comunes de competencia judicial internacional y un procedimiento de ejecuatúr común a los seis Estados miembros originarios; en eso se distingue de las convenciones elaboradas por otras organizaciones internacionales, como la de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, que regula el reconocimiento y la ejecución, pero deja al juez del ejecuatúr la verificación de la competencia del primer juez (92). La convención

(92) Véase LIMPENS-MEINERTZHAGEN: *Op. cit.*, p. 171, y la bibliografía allí recogida. L. FOCSEANU: *Competence judiciaire, reconnaissance ce et execution des decisions civiles et commerciales dans la CEE*, trabajo publicado fraccionado en los números 231 a 244 de la *RMC*, constituye un completo análisis de la convención a la luz de la jurisprudencia del TJCE sobre ella. En la p. 521 del núm. 231 ofrece una buena bibliografía. Véase también SPELLENBERG: *Das Europäische Gerichtsstand und Vollstreckungs über-einkommen als kern eines Europäischen Zivilproceßrecht*. *Europarecht*, 1980, p. 329.

deja fuera la regulación de competencia y ejecución de decisiones en materia de quiebra, arbitraje, seguridad social, estado y capacidad de las personas físicas, régimen matrimonial, testamentos y sucesiones.

La Convención sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas determina las sociedades y personas jurídicas susceptibles de ser reconocidas y los efectos del reconocimiento; en cuanto a su contenido era, pues, el mismo que el de la Convención de La Haya de 1 de julio de 1956, pero ésta no había podido aún entrar en vigor a falta de las ratificaciones necesarias, lo que justifica la convención comunitaria (93).

En diciembre de 1972 se concluyó por la comisión que había venido trabajando desde 1965 en un proyecto de convención sobre el cambio de sede de una sociedad de uno a otro Estado miembro y sobre fusión internacional de sociedades, un *proyecto de convención sobre fusión internacional de sociedades*, dadas las dificultades encontradas en el primer tema (94), pero la entrada en vigor del tratado de la segunda ampliación de la Comunidad cuando la convención aún no había sido firmada, retrotrajo las negociaciones al nivel de expertos (95).

Respecto a la *quiebra, concurso de acreedores y procedimientos análogos*, los redactores de la convención sobre competencia judicial y ejecución de decisiones de 1968 no habían podido resolver los conflictos en materia de quiebra, y tras la firma de la convención fueron encargados de redactar un proyecto sobre los efectos en los otros Estados miembros de una quiebra pronunciada por un juez de uno de ellos. Pero si se pretendía no tener más que una sentencia aplicable en toda la Comunidad sin ejecución, era necesario uniformizar las legislaciones nacionales sobre quiebra, al menos, en las cuestiones en que las divergen-

(93) En el número XXVII de la *Nederlands International law Review*, 1980, pueden encontrarse dos estudios de esta convención: DIEPHUIS: *The concept of Recognition, a short historical review and a critical analysis of the main provisions of the EEC Recognition convention*, y TIMMERMANS: *The convention of 29 February 1968*, pp. 347 a 391.

(94) El proyecto fue publicado en el suplemento 13/73 del *Boletín CE*; un estudio del mismo puede encontrarse en GOLDMAN, *CDE*, 1981, p. 5, que recoge su ponencia al coloquio de Bruselas de abril de 1980, sobre el mismo tema.

(95) Téngase en cuenta que mientras tanto el Consejo ha adoptado la directiva de 9 de octubre de 1978, basada en el artículo 54, 3, g), *TCEE*, en el marco del programa para la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento, sobre la fusión interna de las sociedades anónimas (*JOCE*, L, 295/38, de 20 de octubre de 1978). Véase el comentario de HSENN, en *CDE*, 1981, p. 15, y de O. Lov, en *RTDE*, 1900, p. 354.

cias hacían imposible el acuerdo sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias pronunciadas en uno de los Estados. El anteproyecto fue transmitido a los Estados miembros en 1970; la primera ampliación hizo, sin embargo, necesarias sustanciales adaptaciones del anteproyecto que están actualmente en curso (96).

Caracteres comunes a todas las convenciones comunitarias

Aunque resulta difícil atribuirlos, dada la diversidad que se deduce del catálogo que acabamos de examinar, no cabe duda que hay ciertas características que individualizan a estas convenciones respecto a las de carácter internacional; por ejemplo, las que se refieren: a su objeto, que consiste en promover la integración europea mediante el establecimiento de normas jurídicas comunes en áreas que no caen total o parcialmente en el ámbito de competencia de las instituciones comunitarias; a su forma de elaboración, generalmente a iniciativa y con estrecha participación de las instituciones; a su firma, que se realiza a veces por los plenipotenciarios reunidos en el seno del Consejo; a sus disposiciones finales (duración ilimitada, autenticidad de los textos, revisión y aplicación territorial), que se inspiran en el TCEE, pero, sobre todo, a la función de interpretación uniforme que se atribuye al TJCE.

La atribución de estas competencias al TJCE podría haberse hecho de forma global para todas las convenciones comunitarias mediante un protocolo que reenviase a las normas jurisdiccionales del TCEE; sin embargo, dada la diversidad de los problemas de aplicación que plantean las diferentes convenciones, se decidió recurrir a la atribución de competencias caso por caso.

A su vez esta atribución podía contenerse en el texto mismo de cada convención o en un protocolo aparte. La primera solución se utilizó en la convención sobre la Patente Comunitaria y en el proyecto de convención sobre Fusión Internacional de Sociedades. En las convenciones Ejecutur y Reconocimiento mutuo de sociedades se firmaron protocolos aparte tras un proceso de ela-

(96) L. F. GANSHOF: «L'elaboration du droit européen de la faillite dans le cadre de la CEE», *CDE*, 1971, p. 155. HAUSCHILD: *Op. cit.*, p. 9; el proyecto no fue publicado; la reseña del documento que lo contiene es 33/27/1/XIV/70; es objeto de un estudio de IGLESIAS BUIGUES, en la *RIE*, vol. 4, 1977, p. 367.

boración de tres años para no retrasar la firma de las convenciones con la discusión de las cuestiones jurisdiccionales (97).

Estos rasgos comunitarios no deben, sin embargo, oscurecer su carácter de convenciones internacionales que se manifiesta en que están sometidas a los procedimientos constitucionales de inserción en el orden jurídico de cada Estado miembro. Este es uno de los casos en que aparece clara la distinción entre aplicabilidad directa, es decir, inserción en el orden interno sin ningún procedimiento de recepción, y efectividad directa o posibilidad de que una vez que sean aplicables en el orden interno produzcan derechos y deberes de los justiciables defendibles ante el juez. Porque aunque, como decimos, las convenciones comunitarias no son aplicables directamente, sino que están sometidas a los procedimientos de recepción, están redactadas de forma que una vez aplicables en el orden interno por medio de la recepción, creen derechos y obligaciones para los particulares sin necesidad de normas internas de aplicación o desarrollo.

En la parte en que contienen obligaciones para los Estados, su eventual incumplimiento no está incluido en los procedimientos de infracción de los artículos 169 y 170 TCEE, sino en las normas generales del derecho internacional y las que eventualmente figuren en las propias convenciones (98).

3.4 Efectos respecto a los nuevos Estados miembros

1. Vamos a tratar primero de las convenciones incluidas en el artículo 3.2 del Acta, porque suscitan menos dudas.

(97) HAUSCHILD: «L'importance des Conventions communautaires pour la creation d'un droit communautaire», *RTDE*, 1975, p. 11, hace una comparación entre el sistema de atribución de la interpretación de la convención *Execuátur* al TJCE y el establecido en el art. 177 TCEE. Los puntos más interesantes son la creación de un recurso en interés de la ley, la obligación para los órganos judiciales supremos de recurrir en interpretación sólo cuando estimen que esta interpretación es necesaria para emitir su juicio, en contra del recurso automático previsto por el número 3 del artículo 177, TCEE, la limitación de los órganos judiciales *obligados* a recurrir, a los tribunales supremos, y de los que *pueden* recurrir, a los tribunales de apelación. El fin manifiesto de estas restricciones era el de evitar que la interpretación por el TJCE sea utilizada como pretexto para alargar los procedimientos. Para paliar estas limitaciones se diseñó el recurso en interés de la ley (art. 4).

(98) Aunque si se reconociese que estas convenciones sirven a los fines del tratado CEE, los Estados quedarían obligados a su cumplimiento por la cláusula general del artículo 5, «abstenerse de toda medida susceptible de poner en peligro la realización de los fines del tratado», y esta obligación sí que sería sancionable por el TJCE.

La posición de los nuevos Estados miembros, según el artículo 3.2 AA, consiste en que «se comprometen a adherirse» y a «entablar a este efecto negociaciones con los Estados miembros para introducir en ellos (convenciones y protocolos) las adaptaciones necesarias».

Las negociaciones deberán entablarse para la adhesión a todas las convenciones «firmadas», aunque aún estén en curso de ratificación, pero no se fija un plazo para la adhesión a las mismas.

A estos efectos el punto II del «Procedimiento para la toma de algunas decisiones y otras medidas a adoptar durante el período precedente a la adhesión» (99), anejo a las Actas de Adhesión, prevé que los Estados adherentes

... adoptarán las medidas necesarias para que su adhesión a los acuerdos o convenciones previstos en el artículo 3, párrafo 2... del acta ... se produzca en la medida de lo posible y en las condiciones previstas en el acta, al mismo tiempo que la entrada en vigor del tratado de adhesión.

En el caso de que los acuerdos o convenciones entre los Estados miembros, a que se refiere el artículo 3, párrafo 1, segunda frase, y párrafo 2, no existan más que en estado de proyectos, no estén aún firmados y no puedan ya probablemente serlo en el período precedente a la adhesión..., serán invitados a participar, tras la firma del tratado referente a la adhesión y siguiendo los procedimientos adecuados, en la elaboración de estos proyectos con espíritu positivo y para favorecer su conclusión.

La adhesión de los tres nuevos Estados miembros a las Convenciones comunitarias en la primera ampliación había sido objeto de un informe preliminar sometido por la Comisión al Consejo antes de la firma del tratado de adhesión a las Comunidades. El grupo de expertos, compuesto de delegados de los Estados miembros originarios, de los nuevos Estados miembros y de un representante de la Comisión, al que el COREPER había encargado el examen de las adaptaciones necesarias, decidió ocuparse primero de las adaptaciones de la Convención Ejecutiva. Para ello se proponía en principio ofrecer la fórmula de un

(99) En el Acta de adhesión de Grecia se llama «Procedimiento de información y de consulta para la adopción de algunas decisiones».

simple protocolo para la adhesión de los nuevos Estados, pero finalmente decidió que era necesaria una convención, si bien se trataría de una convención de adaptación y no de una nueva que sustituyese a la anterior. También prevaleció en este grupo el criterio amplio sobre la noción de «adaptaciones necesarias» (100) para solucionar las dificultades que la disparidad de los sistemas jurídicos de los nuevos Estados miembros presentaban al funcionamiento de la Convención.

La «Convención relativa a la adhesión» (de los nuevos Estados miembros) a la Convención sobre la competencia judicial y ejecución de las decisiones civiles y comerciales, así como al protocolo concerniente a su interpretación por el Tribunal de Justicia, fue finalmente firmada el 9 de octubre de 1978, esto es, cinco años después de lo previsto en el acta, y aún se halla en proceso de ratificación (101).

Por lo que se refiere a la segunda de las convenciones firmadas, sobre reconocimiento mutuo de sociedades, los trabajos de adaptación para la adhesión de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca no habían comenzado aún en la fecha de adhesión de Grecia a la Comunidad, a partir de la cual este Estado también debe participar en la adaptación. El retraso podría explicarse por la adopción de las directivas en el marco del programa para la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento (pág. 57) y por los proyectos sobre la sociedad anónima europea, acciones que indican la sustitución de la vía convencional por la comunitaria en este sector.

(100) El informe del ponente del grupo de trabajo, profesor P. SCHLOSSER, documento muy importante a tener en cuenta en eventuales futuras negociaciones de adhesión a la convención, fue publicado, tras la firma de la convención de adaptación, en el *JOCE*, C, 58, de 5 de marzo de 1979, p. 77.

(101) En marzo de 1981 aún no había sido ratificada por ninguno de los Estados contratantes, salvo Holanda; en las relaciones entre los Estados que la ratifiquen, entrará en vigor desde el momento en que sea ratificada por todos los Estados miembros originarios y por uno de los tres nuevos miembros. Un examen de las adaptaciones introducidas en la convención puede hallarse en FOCSANEANU: «Compétence judiciaire, reconnaissance et execution...», partes XI y XII, *RMC* núm. 243, enero de 1981, p. 30, y núm. 244, febrero de 1981, p. 81. En términos generales, la experiencia de que tras cada adhesión a las Comunidades, de nuevos Estados miembros, se producen largas negociaciones de adaptación de las convenciones comunitarias y una nueva ratificación por todos los Estados miembros, lo que ofrece el riesgo de suscitar de nuevo la discusión en los parlamentos nacionales que se han mostrado reticentes ante las convenciones originarias es uno de los factores que han influido en la preferencia de la Comisión por normas comunitarias en vez de convencionales.

2. Posición de los nuevos Estados miembros respecto a las convenciones y acuerdos entre Estados miembros no incluidos en el artículo 3.2 del Acta.

A primera vista parece que podrían incluirse en el artículo 3.1, que está redactado con la suficiente ambigüedad como para poder actuar como cláusula residual (102).

Sin embargo, si se examina la obligación que este punto impone al nuevo Estado miembro: compromiso de adherirse desde el momento de la adhesión (103), su aplicación a algunas de estas convenciones llevaría a resultados absurdos. No se puede, en efecto, pretender que la adhesión a convenciones de la complejidad técnica de la sobre Patente Comunitaria, o que tan grande influjo ejercen sobre las normas de conflicto, como la sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y en cuya elaboración no se ha participado, se pueda producir automáticamente sin negociaciones de adaptación tanto más cuanto que el artículo 3.2 prevé esas negociaciones para la adhesión a las convenciones del 220 TCEE, que son muy semejantes.

Bien es verdad que, de momento, los únicos «acuerdos concluidos» son los referentes a la Escuela Europea, al Instituto Universitario de Florencia y el convenio de cooperación entre las administraciones aduaneras, la adhesión a los cuales no exigiría adaptaciones, pero la eventualidad de que las convenciones a que nos referíamos en el párrafo anterior pudieran entrar en vigor entre los actuales miembros antes de la adhesión de España o Portugal obliga a plantearse la cuestión de la posición de los nuevos Estados miembros.

La conclusión es que en las dos actas de adhesión hechas hasta ahora no está prevista la posición de los nuevos Estados

(102) Aunque también podría argüirse que el artículo se refiere específicamente a «acuerdos» y que este concepto no subsume a las «convenciones». Esta parece ser la interpretación del negociador comunitario de la adhesión con España cuando en el punto III, A, 1, segundo párrafo, de la declaración de la delegación comunitaria en la 4.ª sesión de la Conferencia a nivel ministerial del 22 de abril de 1980 se refiere a «los diversos acuerdos o decisiones de los Gobiernos (*sic*) de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo referentes al funcionamiento de las Comunidades o que presentan relación con la acción de éstas», con lo que está refundiendo en una sola las dos categorías de actos del artículo 3.1 en la redacción de las dos anteriores Actas de adhesión y dejando fuera a las «convenciones» *strictu sensu* como la de la patente comunitaria.

(103) De la redacción del texto en los diferentes idiomas comunitarios se deduce que la precisión temporal se refiere al momento de la adhesión, no al de adquisición del compromiso.

miembros respecto a las convenciones que no encajan en el artículo 220 TCEE.

En la convención sobre la patente comunitaria (art. 95.3), los Estados miembros afirman su intención de hacer lo necesario para que todo Estado que se haga miembro de la Comunidad se comprometa a adherirse a la convención. Esta parece ser la solución más correcta: un compromiso de adhesión, pero negociada y tras las eventuales adaptaciones, es decir, un sistema paralelo al del artículo 3.2, postura que también se deduce de la declaración de la delegación comunitaria citada (nota 102 anterior).

...l'adhesion de l'Espagne aux Communautés devra comporter son *engagement d'adhérer* (104) aux conventions prévues à l'article 220 TCEE de même qu'à celles qui sont *indissociables de la réalisation des objectifs de ce Traité et dès lors liées à l'ordre juridique communautaire*...

caracterización que reproduce la que figura en el preámbulo de la convención sobre la patente comunitaria y que inventa una nueva categoría de convenciones no previstas en adhesiones anteriores que sería necesario, una vez bien perfilado el concepto para despojarle en lo posible de ambigüedad, incluir en las sucesivas actas de adhesión y aclarar en el curso de las negociaciones a qué convenciones se refiere. Nada se opone, por otra parte, a que en el «Procedimiento de información y de consulta para la adopción de algunas decisiones» se incluya la cláusula habitual de que el Estado adherente adoptará las medidas necesarias para que su adhesión a estas convenciones se produzca «*en la medida de lo posible*», al mismo tiempo que la entrada en vigor del tratado de adhesión y de que participará en la elaboración de las que aún no estén firmadas desde la firma del tratado de adhesión.

En el caso de la Convención de Luxemburgo sobre la patente comunitaria, el problema que se plantea para España es que implica la adhesión previa a la Convención de Munich sobre patente europea, que fue rechazada en su momento por presión de importantes intereses de los sectores químico, farmacéutico

(104) La cursiva es nuestra.

y alimentario. Aunque en esta convención se prevé la posibilidad de que un Estado adherente introduzca reservas durante un plazo de diez años, extensible a quince (art. 167), éstas quedarían excluidas por la entrada en vigor de la Convención de Luxemburgo para conservar la uniformidad del régimen de la patente comunitaria. También podría plantearse un problema lingüístico: para la patente comunitaria se utilizan los idiomas oficiales de la Oficina Europea de Patentes: inglés, francés y alemán; el artículo 88 de la Convención de Luxemburgo prevé que un Estado podrá hacer en el momento de la adhesión la reserva sobre la necesidad de traducción de la patente a su idioma oficial; los medios comunitarios (105) estiman que convendría renunciar al uso de esta reserva para no encarecer la carga financiera que representa la obtención de la patente; sin embargo, Italia ya ha hecho uso de la misma.

La Convención de Luxemburgo ha sido ratificada por todos los Estados comunitarios, salvo Irlanda y Dinamarca.

3.5 *Declaraciones, resoluciones y otras tomas de posición relativas a las Comunidades europeas adoptadas de común acuerdo por los Estados miembros* (art. 3.3. Acta de Adhesión),

Sirvan para este epígrafe las mismas consideraciones que hacíamos en las páginas 14 a 20 para los actos atípicos del Consejo. La razón por la que se adoptan en este caso de común acuerdo por los Estados miembros es que afectan a materias no incluidas en la competencia de las instituciones, aunque estén relacionadas con la Comunidad. Hay que incluir aquí las declaraciones y resoluciones que adoptan los representantes de los Estados miembros reunidos o no en el seno del Consejo; por ejemplo, la Declaración sobre el procedimiento a seguir en materia de concesión de obras públicas (*JOCE*, C, 82/13, de 16 de agosto de 1971), la Resolución sobre ayudas regionales (*JOCE*, C, III/4-6, de 4 de noviembre de 1971) o la Declaración de 25 de marzo de

(105) I. SCHWARTZ en *L'Espagne et les Communautés Européennes*, actas del coloquio de Lovaina la nueva, de mayo de 1979, Bruselas, 1979, p. 198.

1964 sobre los refugiados (*JOCE, C, 78/1225*, de 25 de mayo de 1964) (108).

La diferencia respecto a los otros actos convencionales es que éstos no contienen un compromiso formal entre los Estados miembros y, por tanto, su obligatoriedad es únicamente indirecta. A efectos de su eficacia respecto a los nuevos Estados miembros, no hay diferencia con los actos atípicos del Consejo.

Los nuevos Estados miembros se encuentran en la misma situación que los Estados miembros originarios... En consecuencia, respetarán los principios y orientaciones que de ellos se deducen y adoptarán las medidas que resulten necesarias para asegurar su aplicación,

y sirven, por tanto, los comentarios que en su lugar hicimos.

Sin duda, la cuestión más difícil que plantean estos actos convencionales es su deslinde con los adoptados en el marco de la cooperación política europea, que no afectan a los nuevos Estados miembros. El criterio seguido en los primeros momentos de hacer materialmente distintas las reuniones del Consejo comunitario y de los ministros de Asuntos Exteriores en el marco de la cooperación política (se llegó a tener el mismo día sesiones en capitales distintas) serviría para diferenciar a los acuerdos de los representantes en el seno del Consejo, pero no los actos a que se refiere el artículo 3.3. Como en otros casos, es una cuestión de interpretación de la expresión «relativos a las Comunidades Europeas».

El artículo 3.3 se refiere únicamente a los actos que hayan sido adoptados de común acuerdo por los Estados miembros, es decir, no engloba las declaraciones unilaterales, que, por tanto, no afectan a los nuevos Estados miembros. Este sería el caso de la famosa declaración de la delegación francesa en el punto b, 2, de los acuerdos de Luxemburgo adoptados en la sesión de 28 y 29 de enero de 1966; el párrafo b, 1, establecía que en caso de decisiones susceptibles de ser adoptadas por mayoría, cuando estuviesen en juego intereses muy importantes de uno o varios Estados miembros, los miembros del Consejo se esforzarían, du-

(108) Véase la nota 37 de la p. 25.

rante un tiempo razonable, en llegar a soluciones aceptables para todos.

Pero, por su parte, la delegación francesa estimó que «cuando se trate de intereses muy importantes la discusión deberá continuar hasta que se alcance un acuerdo unánime».

Se trata claramente de una declaración unilateral que, por tanto, no afecta jurídicamente a los nuevos Estados miembros. Sin embargo, puede interesar a éstos disponer de este veto, para lo cual había que interpretar que esta práctica, aunque no apoyada en fundamento jurídico y aunque contraria al Tratado, ha llegado a constituir una norma consuetudinaria (107) del funcionamiento de las instituciones, y que en cuanto tal también podría ser alegada por el nuevo Estado miembro mientras no se produzca una renuncia expresa, formal y definitiva (108) a su utilización por parte de todos los Estados miembros.

Por último, también deben incluirse entre los actos convencionales los acuerdos concluidos entre los Estados miembros para la aplicación de los acuerdos externos celebrados de forma conjunta con una de las Comunidades (art. 4.3 del Acta). Se trata de acuerdos para convenir las modalidades de toma de decisión y de gestión de la eventual ayuda económica en los sectores de estos acuerdos que no caen dentro de la competencia comunitaria, sino de los Estados miembros y que, por tanto, no están sometidos a las normas de procedimiento comunitarias.

4. Actos interestatales basados en la cooperación política

Aunque no forman parte del *acquis communautaire*, conviene que examinemos brevemente los actos adoptados por los representantes de los Estados miembros en orden a la cooperación política.

(107) El veto apoyado en este «acuerdo» ha sido repetidamente utilizado por otros Estados miembros. La cuestión que se plantea es quién decide que se trata de intereses vitales para el país que vota. En la ya famosa sesión de 18 de mayo de 1982, en que por primera vez desde 1982 el Consejo no aceptó el veto (británico), algunas delegaciones (Francia) respaldaron la votación por mayoría, en que la fijación de los precios agrícolas no era de interés vital para el Reino Unido.

(108) El punto 6 del Comunicado final de la reunión en la cumbre de París de 10 de diciembre de 1974, no puede considerarse tal renuncia porque los jefes de Estado y de Gobierno «estiman que conviene renunciar...». La prueba es que en la práctica se ha seguido utilizando.

Como es sabido, la cooperación política entre los Estados miembros de la Comunidad no está fundada en ningún instrumento jurídico, sino en un compromiso exclusivamente político contenido en los *rappports* de Luxemburgo y Copenhague (109), que imponen obligaciones no de fondo, sino de procedimiento: reunirse a cierto nivel y a cierto ritmo (110) y mantener ciertos contactos con las instituciones comunitarias y cuya obligación más clara es, «en regla general, no fijar definitivamente su posición propia sin haber consultado a sus *partenaires*» (111). Los intentos de formalizar jurídicamente este compromiso (informe Tindemans) (112) no han tenido éxito. No obstante, las tomas de posición reiteradas en algunas áreas concretas acaban por definir unas líneas de las que sería difícil separarse bruscamente y a las que en conjunto a veces se llama *acquis politique*, pero que no exigen la aceptación del nuevo Estado miembro. El mayor logro de la cooperación política consiste en haber creado el hábito de mantener contactos directos (113) entre los órganos estatales encargados de la política exterior, lo que de hecho facilita el surgimiento de posiciones comunes. No debe pensarse, sin embargo, que el campo de la cooperación política queda reducido a la política exterior; según el informe de Luxemburgo, «los Estados miembros podrán someter a la consulta política las cuestiones que estimen oportunas»; por ejemplo, en 1977 se lanzó el proyecto de «espacio judicial europeo» en el marco de la cooperación política. Se admite que pueda versar sobre cualquier materia ajena a las competencias Comunitarias sobre la que los Estados acepten cooperar; es, por tanto, fluctuante en función

(109) De 27 de octubre de 1970 (*Boletín CE* núm. 11/1970) y de 23 de julio de 1973 (*Boletín CE* núm. 9/1973).

(110) Sus órganos son: el Consejo Europeo (tres veces al año y cuantas sea necesario), reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores (trimestrales) y comité político, compuesto de los Directores generales de Asuntos Políticos, que se reúne siempre que resulte necesario y que constituye el órgano de trabajo. Este es asistido por el grupo de corresponsales europeos, altos funcionarios designados por cada Departamento de Exteriores para seguir la cooperación política. Véase, en general, sobre las estructuras, CHARPENTIER: «La coopération politique...», *AFDI*, 1980, p. 762 y MARIÑO: «El sistema de cooperación política en Europa», *RIE*, 1980, pp. 611 y ss.

(111) SCHOUTHÈRE DE TERVAENT: «La politique étrangère de l'Espagne...», en *L'Espagne et les Communautés...*, coloquio de Lovaina, 1979, p. 35. Del mismo autor, como obra general, puede consultarse *La coopération politique européenne*, Ed. Labor, París, 1980.

(112) *RIE*, 1976, núm. 2, p. 589.

(113) Existe una red de télex cifrada específica (COREU) para el intercambio de información intergubernamental.

de la voluntad de los Gobiernos, pero también en función de la evolución de la competencia comunitaria (114).

La posición de un nuevo Estado miembro de las Comunidades respecto a la cooperación política queda establecida en el informe de Luxemburgo en que los Estados miembros expresaron

la correlación existente entre la pertenencia a las Comunidades y la participación en las actividades que deben permitir la realización de progresos en la unificación política.

En concreto, con motivo de la apertura de negociaciones para la adhesión de España, el presidente en ejercicio del Consejo, en su calidad de presidente en ejercicio de la cooperación política, comunicó por carta al ministro de Asuntos Exteriores de España que los Estados miembros esperaban que España, en el momento de la firma del tratado de adhesión, expresaría su compromiso de participar en la cooperación política con los derechos y obligaciones que ésta implica. El Gobierno español comunicó su acuerdo unos días más tarde (115).

El procedimiento de acceso de los nuevos Estados miembros a la cooperación política se fijó desde 1978, con vistas a la segunda ampliación, en tres etapas: recepción de información durante las negociaciones de adhesión, consulta desde la firma del tratado y plena participación desde la entrada en vigor de la adhesión (116).

Respecto de los actos adoptados antes de la adhesión en este marco, el nuevo Estado miembro no tiene ningún tipo de vinculación jurídica. Se trata generalmente de declaraciones semejantes a las que se publican como resultado de las conferencias internacionales, adoptadas por consentimiento unánime y que, por tanto, expresan el mínimo denominador común (117); a veces se traducen en comunicaciones o gestiones ante otros gobiernos que pueden realizarse por medio de los respectivos embaja-

(114) CHARPENTIER: *Op. cit.*, p. 757. El desarrollo de la política exterior de las Comunidades hace cada vez más difusa la separación entre el marco comunitario y la cooperación política. Son abundantes los casos en que un acuerdo necesita decisiones en ambos marcos, conferencia de Helsinki, diálogo euroárabe, reprealias contra la URSS (Afganistán)...

(115) SCHOUTHEETE DE TERVARENT: *Op. cit.*, p. 34.

(116) Informe de 1978 sobre la Unión Europea, *Boletín CE*, suplemento 1/79.

(117) Véase una clasificación de los actos en MARTÍÑO: *Op. cit.*, p. 619.

dores agrupados para darles más fuerza (118) y en la coordinación de sus intenciones de voto en el seno de organizaciones internacionales. A veces ha dado origen a ciertos documentos normativos, como el «Código de conducta para las empresas de los Estados miembros de la Comunidad que tienen filiales, representaciones o sucursales en Africa del Sur», de 20 de septiembre de 1977, pero que expresamente excluye toda obligatoriedad para los Estados y para las empresas, lo que lo convierte en una especie de recomendación colectiva (119).

Aparte de la obligación formal de respetar los procedimientos de consulta, la única obligación de un nuevo Estado miembro, respecto a las tomas de posición que han ido decantándose en materia de cooperación política entre los Estados miembros: sobre relaciones Norte-Sur, sobre el Medio Oriente, en materia de seguridad, sobre el Africa austral, sobre derechos humanos, etc., sería un compromiso de carácter político de mantener globalmente posturas semejantes a las del grupo, aunque no necesariamente idénticas. Las posiciones acordadas suelen ser, por otra parte, lo suficientemente amplias para permitir una alineación sin tensiones de todos los Estados miembros. En conjunto no parece que las posiciones actuales de España y de los Estados miembros de la Comunidad respecto a los temas objeto de cooperación política sean divergentes hasta el punto de que la participación de España introdujera factores distorsionantes en las actuales líneas de conducta internacional de la colectividad de los Estados miembros (120).

En la actualidad la cooperación política está siendo objeto de abundantes comentarios que apuntan a su eventual institucionalización, pero las opiniones de fondo aún aparecen muy divergentes (121).

(118) Véase TAYLOR: «Political cooperation among the EEC member states' Embassies in Washington», *Revue d'Integration Européenne*, vol. IV, núm. 1, 1981.

(119) CHARPENTIER: *Op. cit.*, p. 772, texto publicado en el *Boletín CE*, 9/77.

(120) El tema fue objeto de examen en el coloquio de Lovaina de mayo de 1979; además de la ponencia de SHOUTETE DE TERVARENT, citada, véase el examen en paralelo de las posiciones de la Comunidad y de España en la ponencia de CARRILLO SALCEDO en la obra citada, p. 15.

(121) Un excelente resumen del estado de la cuestión puede hallarse en la ponencia de W. WESSELS a la Semana de Brujas de 1980. Véase también BALDI: «Instituzionalizzazione dei Vertici, cooperazione intergovernativa e sovranazionalità comunitaria», *Riv. Dir. Eur.*, 1980, p. 134.

Los últimos desarrollos en este sentido contenidos en la resolución de Parlamento Europeo de 9 de julio (*JOCE*, C, 234, de 14 de septiembre) y en el Informe sobre el refuerzo de las estructuras de la cooperación política, elaborado a iniciativa del presidente en ejercicio, lord Carrington, y aprobado en la reunión de los ministros de 13 de octubre de 1981 en Londres, se pueden concretar en: el establecimiento de un «procedimiento de crisis» con posibilidad de reunión en cuarenta y ocho horas (que ya se preveía en el *Rapport Davignon* de 1970), la creación de un equipo de apoyo permanente constituido por funcionarios del Estado a que corresponda la presidencia en ejercicio, del anterior y de los dos a que corresponderá sucesivamente; presencia en las reuniones a todos los niveles de una representación de la Comisión y remisión de informes regularmente al Parlamento Europeo.

Mayor impacto suponen las propuestas contenidas en el proyecto de declaración sobre la unión europea, presentado por Genscher y Colombo con ocasión de la Cumbre de Londres en noviembre de 1981 (122), que propugnaba la formalización del rol del Consejo Europeo como suprema institución europea; la extensión del campo de la cooperación política a cuestiones de seguridad y defensa, incluyendo reuniones de los ministros de defensa o de expertos militares; la votación por mayoría en el Consejo y explicación detallada por parte del Estado que interpusiera su veto, y mayores poderes del Parlamento respecto al Consejo. La propuesta de declaración no tuvo éxito, pero sirve de indicador de una corriente de opinión que favorecería la revitalización de la cooperación política europea, cuya primitiva función era «realizar progresos en el ámbito de la unificación política.» (123).

(122) *The Economist*, 21 de noviembre de 1981, p. 68. El texto de la propuesta puede encontrarse en el boletín CE núm. 11 de 1981.

(123) Conclusiones del Consejo Europeo de La Haya, 1969.

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international.</i>
<i>Boletín CE</i>	<i>Boletín de las Comunidades Europeas.</i>
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen.</i>
<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Review.</i>
<i>EuR</i>	<i>Europarecht.</i>
<i>ELR</i>	<i>European Law Review.</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly.</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes.</i>
<i>RBDI</i>	<i>Revue belge de Droit International.</i>
<i>Recueil des cours</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international. La Haye.</i>
<i>Rec</i>	<i>Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés.</i>
<i>RDIDC</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé.</i>
<i>RMC</i>	<i>Revue du Marché commun.</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen.</i>
<i>Riv. dir. eur.</i>	<i>Rivista di diritto europeo.</i>
<i>SEW</i>	<i>Sociaal economische Wetgeving.</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.</i>

