

LA COMPETENCIA DE LA COMISION
PARA CONCLUIR ACUERDOS
INTERNACIONALES

(Comentario a la sentencia del TJCE
de 9 de agosto de 1994
República Francesa c. Comisión,
asunto C-327/91)

Por ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA (*)

INTRODUCCION

1. La sentencia de 9 de agosto de 1994 del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas posee un interés que desborda la cuestión concreta objeto de litigio —las competencias de la Comisión para la conclusión de acuerdos internacionales— por plantear problemas jurídicos referentes a las relaciones entre el Derecho internacional público y el Derecho comunitario y cuestiones más generales que merecen alguna consideración. La sentencia de 9 de agosto de 1994 resuelve el recurso presentado por Francia, con el apoyo de España y los Países Bajos, contra la Comisión mediante el que solicitaba la anulación del Acuerdo celebrado entre la Comisión de las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América, firmado en Washington el 23 de setiembre de 1991, relativo a la aplicación por ambas partes de sus respectivas nor-

(*) Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

mas reguladoras de la competencia mercantil (1). Actuó como Ponente el juez D. A. O. Edward (Reino Unido).

I. LA CUESTION DE LA APLICACION EXTRATERRITORIAL DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA

2. Para situar el Acuerdo celebrado entre la Comisión y el Gobierno de los Estados Unidos conviene tener presentes los problemas que se plantean en el ámbito de la aplicación de las normas referentes a la competencia mercantil, tanto si han sido dictadas por la Comunidad europea como por terceros Estados. Como es sabido, según el artículo 227 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Derecho comunitario se aplica, con determinadas salvedades, al territorio de los Estados miembros. Sin embargo, las normas comunitarias sobre la competencia mercantil constituyen un sector en el que se registra una tendencia a la ampliación de su ámbito de aplicación respecto de sujetos o actos localizados más allá de los límites espaciales fijados por el artículo 227. El Derecho comunitario en este punto no hace más que seguir la pauta marcada por otros países y, especialmente, por los Estados Unidos de América. Es la denominada «doctrina de los efectos» en virtud de la cual se adopta el criterio mediante el cual se aplica la legislación *antitrust* de un determinado país siempre que se haya producido un «efecto» restrictivo en su mercado interior (2).

La práctica de la Comisión de aplicar las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad europea a las prácticas restrictivas realizadas por empresas extracomunitarias tuvo una importante confirmación jurisprudencial en los asuntos *matières colorantes* de 1972 (3). En estas sentencias se confirmó la validez de las multas impuestas por la Comisión a sociedades de terceros países, pero como se

(1) Sentencia del TJCE de 9 de agosto de 1994, Asunto C-327/91, publicada en esta *Revista*, vol. 22, núm. 1, enero-abril 1995, págs. 215-223.

(2) Cf. mi estudio «Los efectos extraterritoriales de las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 124, 1972, págs. 191-217.

(3) Sentencias TJCE de 14 de julio de 1972, Asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd./Comisión, Rec.*, 1972, pág. 619; Asunto 52/69, *J. R. Geigy AG/Comisión, Rec.* 1972, pág. 787; Asunto 53/69 *Sandoz AG/Comisión, Rec.*, 1972, pág. 845.

trataba de empresas que contaban con filiales en la propia Comunidad, subsistía la duda de si el fundamento de la aplicación de la legislación comunitaria se hallaba más en la doctrina de la unidad de la empresa que en la doctrina de los efectos. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas el 27 de septiembre de 1988 en el asunto de la *pasta de madera* supuso el reconocimiento de la aplicación del artículo 85 a un grupo de empresas con sede todas ellas fuera de la Comunidad y se ha considerado como una consagración en el Derecho comunitario de la doctrina de los efectos (4).

Esta aplicación extraterritorial de las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia plantea problemas de Derecho internacional público porque suscitan la delicada cuestión de los límites de las competencias soberanas de los Estados. La doctrina jurídica distingue dos manifestaciones de la soberanía del Estado: la competencia legislativa o poder de dictar leyes (*iurisdictio* o *legislative jurisdiction*) y la competencia de la ejecución, o poder de aplicar las leyes con inclusión de la coerción (*imperium* o *enforcement jurisdiction*) (5). Aunque la competencia legislativa puede ser muy amplia y extenderse a conductas realizadas fuera de los límites territoriales del Estado, la competencia de ejecución es, desde el punto de vista del Derecho internacional, mucho más restringida y, salvo contadas excepciones, se halla circunscrita a los límites territoriales del Estado. Al regular conductas de sujetos de terceros Estados realizadas en el exterior, las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia no plantean especiales problemas en la medida en que suponen exclusivamente el ejercicio de la competencia legislativa. Sin embargo, al incluir dichas leyes la obligación del suministro de informaciones, la posibilidad de realizar investigaciones y la adopción de medidas de verificación, despliegan una panoplia de actuaciones administrativas cuya aplicación implica también el ejercicio de la competencia de ejecución. Estas actuaciones pueden realizarse a través del servicio de correos mediante el envío de cartas en las que se solicitan a empresas extranjeras los datos necesarios

(4) Sentencia TJCE de 27 de septiembre de 1988, Asuntos acumulados 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, *Ahlström/Comisión*, Rec. 1988-8, pág. 5193. Cf. JOSÉ ANTONIO PÉREZ BEVIA: «La aplicación extraterritorial del Derecho comunitario europeo de la competencia (A propósito de la sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988)», *La Ley (Comunidades Europeas)*, núm. 64, 29 de abril de 1991, págs. 1-8.

(5) F. A. MANN: «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, vol. 111 (1964-I), pág. 13.

para determinar si su conducta cae dentro del ámbito de la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia. Pero si los Estados afectados manifiestan su oposición al suministro por sus empresas de informaciones a autoridades extranjeras, o si se trata de realizar actividades administrativas de inspección o de obtención de pruebas en el extranjero, es inevitable el conflicto de jurisdicciones (*clash of jurisdictions*) (6). Para la realización de estas actividades administrativas o judiciales en el extranjero es indispensable la colaboración de las autoridades del lugar o, por lo menos, su autorización. Los problemas que se presentan son complejos porque, en primer lugar, no siempre está claro si un acto forma parte de la competencia legislativa o de la competencia de ejecución y, además, porque las propias normas de Derecho internacional público tampoco ofrecen en muchos casos un criterio claro de en qué supuestos los Estados pueden válidamente ejercer una competencia paralela (7).

En el ámbito multilateral el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha adoptado desde 1967 varias recomendaciones en las que postula la adopción de fórmulas de cooperación bilateral para evitar los problemas de conflictos de competencia en el ámbito de la aplicación de las legislaciones *antitrust*. La OCDE promueve un proceso basado en «la notificación, las consultas y el intercambio de información» para que los países «puedan tratar de los problemas cuando empiezan a manifestarse y antes de que estallen los conflictos y se disparen los costes» (8). Las últimas recomendaciones de 25 de septiembre de 1979 y 21 de mayo de 1986 han servido de base para centenares de notificaciones, consultas e intercambios de información. También han constituido el marco de diversos acuerdos bilaterales de cooperación entre Estados Unidos y la República Federal de Alemania (1976), Estados Unidos y Australia (1983), Estados Unidos y Canadá (1984) y Francia y la República Federal de Alemania (1984). El preámbulo de la recomendación del Consejo de la OCDE de 1986 destaca «la necesidad de que

(6) P. J. KUYPER: «European Community Law and Extraterritoriality: Some Trends and New Developments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, págs. 1013-1021.

(7) WERNER MENG: «Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts», R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10 (1987), págs. 155-162, y P. M. ROTH, «Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interest», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, págs. 245-286.

(8) OECD, *Competition and Trade Policies, Their Interaction*, 1984, págs. 392-393.

los países Miembros se ajusten a los principios de Derecho internacional y de la cortesía (*comity*) actuando con moderación y contención (*self-restrain*) en interés de la cooperación en el ámbito de las prácticas restrictivas».

Este enfoque de la OCDE parece partir de la consideración de que el Derecho internacional público impone límites a la actuación de sus sujetos en el ejercicio de sus competencias legislativas y de ejecución en el ámbito de la represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Estos límites incluyen una pauta de comportamiento, que tiene la naturaleza de regla de cortesía (*comity*) en virtud de la cual los poderes internacionalmente reconocidos deben realizarse con moderación y contención (*self-restrain*). Nos hallamos ante un concepto de raigambre anglosajona, algo inasible a los ojos de los europeos continentales, pero que cuenta con un reconocimiento constitucional explícito en la jurisprudencia americana. En el sistema constitucional americano la noción de *judicial self-restrain* (contención judicial) hace referencia a una relación estructural entre el poder judicial y los demás poderes en virtud de la cual los jueces adoptan una actitud prudente y cautelosa al examinar la constitucionalidad de las leyes (9). En el ámbito internacional hay sectores en los que no existen normas rígidas de delimitación de competencia a los Estados, pero los Estados están obligados a actuar conforme determinadas pautas de conducta. Incluyendo expresamente el ámbito de la legislación *antitrust*, sir Gerald Fitzmaurice en su opinión individual en el asunto *Barcelona Traction*, consideraba que se trata de algo más que una obligación basada en la *comity* y afirmaba la existencia de una obligación jurídica de los Estados «de actuar con moderación y contención (*moderation and restrain*) con relación al ámbito de la jurisdicción que se atribuyen sus tribunales en los casos en que exista un elemento extranjero y de evitar un indebido solapamiento con la jurisdicción de otro Estado cuando esta sea mejor fundada o puede ser ejercida de un modo más adecuado» (10).

(9) El concepto, sin embargo, tiene una pluralidad de significaciones que se exponen en RICHARD A. POSNER: *The Federal Courts: Crisis and Reform*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, págs. 198-222. Desde una perspectiva crítica, cf. DAVID LUBAN: «Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restrain», *Duke Law Journal*, vol. 44, 1994, págs. 449-516.

(10) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement, I.C.J. Reports 1970*, pág. 106.

II. EL ACUERDO CE/ESTADOS UNIDOS

3. El Acuerdo de 23 de septiembre de 1991 recurrido por Francia fue firmado en Washington, en nombre del Gobierno de los Estados Unidos por el Attorney General y por el Presidente de la Federal Trade Commission, y en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas por su vicepresidente, sir Leon Brittan. El objetivo del Acuerdo era impulsar la cooperación y coordinación en la aplicación de las normas de competencia para reducir la posibilidad o el alcance de las divergencias mutuas.

El Acuerdo contiene los compromisos genéricos característicos en los acuerdos de esta naturaleza celebrados siguiendo las recomendaciones de la OCDE. Prevé que las partes se notificarán mutuamente las medidas de ejecución de sus normas sobre la competencia que puedan afectar a intereses fundamentales de la otra parte (artículo II); prevé asimismo intercambios de información sobre diferentes cuestiones de interés mutuo en aplicación de las normas sobre la competencia (artículo III), así como procedimientos de consultas recíprocas (artículo VII).

El Acuerdo contiene disposiciones más específicas que le otorgan un valor especial y en cierto modo pionero en su género. Las partes se comprometen a coordinar las medidas de ejecución (artículo IV) y a notificarse mutuamente cuando sus autoridades de defensa de la competencia intervengan o participen en procedimientos administrativos o judiciales que no deriven de sus propias actividades de ejecución (artículo II). El artículo V del Acuerdo establece asimismo una cooperación en relación a las actividades contrarias a la competencia en el territorio de una de las partes que afecten adversamente a los intereses importantes de la otra parte (*positive comity*). En tal caso, la parte cuyos intereses importantes se vean afectados podrá ponerlo en conocimiento de la otra y podrá solicitar que las autoridades de defensa de la competencia de esta última inicien medidas contra las actividades contrarias a las competencias desarrolladas en su territorio. Para la prevención de conflictos, el artículo VI establece a su vez que cada parte intentará tener en cuenta los intereses de la otra parte para decidir medidas de ejecución (*traditional comity*). Desde el punto de vista del contenido del Acuerdo, comparado con otros compromisos semejantes de carácter bilateral, interesa destacar que «por primera vez la noción de *comity* aparece in-

corporada así en un acuerdo obligatorio relativo a la defensa de la competencia» (11).

Según el artículo IX del Acuerdo sus disposiciones «no se interpretarán de forma que contradiga la legislación vigente en los Estados Unidos de América, en las Comunidades Europeas o en cualesquiera de sus Estados o Estados miembros o que exija una modificación de dicha legislación». El Acuerdo prevé su entrada en vigor tras su firma y dispone que permanecerá en vigor hasta que hayan transcurrido sesenta días desde la fecha en que una de las partes notifique a la otra por escrito su intención de darlo por finalizado. El Acuerdo no fue publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

III. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

4. Como se recordará, según el artículo 173 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea corresponde al Tribunal de Justicia controlar la legalidad de los actos de las instituciones «destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha asimilado los acuerdos internacionales celebrados por las Comunidades a los actos de las instituciones sometidos al control de legalidad del Tribunal de Justicia. En la sentencia *Haegeman*, con relación a un acuerdo internacional celebrado según el artículo 228, el Tribunal consideró que era un «acto adoptado por una de las instituciones de la Comunidad», en el sentido del artículo 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, por lo tanto, era susceptible de ser objeto de un recurso o cuestión prejudicial (12). En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia en la sentencia *Demirel* con relación a un «acuerdo mixto» celebrado por la Comunidad y los Estados miembros (13). Más concretamente, haciendo referencia expresa a la posibilidad de someter a recurso de nulidad un acuerdo internacional, en el dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975,

(11) ALLARD D. HAM: «International Cooperation in the Anti-Trust Field and in Particular the Agreement between the United States of America and the Commission of the European Communities», *Common Market Law Review*, vol. 30, 1993, pág. 594.

(12) Sentencia del TJCE, de 30 de abril de 1974, asunto 181/73, *Haegeman*, Rec. 1974, pág. 459, punto 4.

(13) Sentencia del TJCE, de 30 de septiembre de 1987, asunto 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, pág. 3719, punto 7.

el Tribunal, en una declaración *obiter*, decía que podía «pronunciarse ... ya sea a título del artículo 169 o del artículo 173 del tratado... ya sea en virtud del procedimiento prejudicial» para decidir «si la conclusión de un acuerdo determinado recae o no sobre las competencias de la Comunidad y si, en su caso, dichas competencias han sido ejercidas de conformidad con las disposiciones del Tratado» (14).

5. En el asunto relativo al acuerdo celebrado entre la Comisión y el Gobierno de los Estados Unidos no se trataba de solicitar al Tribunal que se pronunciara sobre un acuerdo que se encontrara en trámite de conclusión, sino de la cuestión nueva de proceder a un control *a posteriori* de un acuerdo que ya había sido concluido y respecto del cual la Comunidad había manifestado su consentimiento mediante la firma. En estos casos, desde la perspectiva del Derecho internacional, el problema que se plantea es el de la posibilidad de impugnar la validez del acuerdo por razón de la incompetencia del órgano según el derecho interno de la parte que manifestó el consentimiento y las consecuencias de la declaración de nulidad del acuerdo. Se trata de un problema de carácter general que afecta a la violación de las normas relativas a la competencia de para celebrar acuerdos internacionales, siendo indiferente que las normas en cuestión pertenezcan al ordenamiento constitucional de un Estado o a las reglas de una organización internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986, contempla como causa de nulidad de dichos tratados que hayan sido concluidos en violación de las normas constitucionales del Estado o las reglas de la organización, «siempre que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental» de la organización (art. 46, núm. 2).

6. El gobierno de Francia impugnó el acuerdo internacional en cuanto tal, pero en el curso del procedimiento la Comisión planteó la cuestión de si la parte demandante no debía haber impugnado la «decisión» o acto que autorizó la conclusión del acuerdo cuya validez se impugna, en lugar del acuerdo en sí. Planteada así la cuestión de la necesidad de precisar el acto objeto de recurso, surgían dificultades prácticas para identificar la

(14) Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975, *Rec.* 1975, pág. 1355.

«decisión» que hubieran podido recurrir los Estados miembros. Recordemos que la negociación entre la Comisión y el Gobierno de los Estados Unidos no fue acompañada de ningún acto del Consejo, ni de contactos públicos con los Estados miembros. El procedimiento de conclusión seguido en este caso fue el siguiente:

- El proyecto de acuerdo fue transmitido a los Estados miembros acompañado de una nota explicativa.
- El 10 de septiembre de 1991 la Comisión aprobó el proyecto de acuerdo y autorizó a su vicepresidente para proceder a su firma y conclusión. Esta decisión sólo consta en el acta de la reunión de la Comisión y no fue transmitida a los Estados miembros.
- El Acuerdo fue firmado el 23 de septiembre de 1991.
- El Acuerdo firmado fue comunicado a los Estados miembros mediante una carta del director general de la competencia de fecha 7 de octubre de 1991.

Ante un procedimiento así cabe preguntarse qué acto de la Comisión podían impugnar los Estados miembros que por considerar irregular el procedimiento de conclusión desearan presentar el correspondiente recurso. No podían impugnar el acto de aprobación del acuerdo y autorización de la firma y de su conclusión porque, al no haberles sido notificado, sencillamente lo desconocían. Tampoco podían impugnar el acto que conocían, ya que este era la mera notificación del acuerdo ya celebrado hecha por un funcionario; ésta era simplemente un documento que no puede ser calificado de acto de las instituciones en el sentido del artículo 173. El Abogado general, señor Giuseppe Tesauro, en sus Conclusiones, considera que si en un caso así se decidiera la inadmisibilidad del recurso, las irregularidades mayores se convertirían en actos inatacables que darían lugar «lisa y llanamente a una farsa» (15). Este planteamiento tan formalista conduciría a la paradoja de que sería imposible controlar la licitud de un acuerdo según su conformidad con las normas previstas en el Tratado relativas a la competencia para concluir acuerdos internacionales siempre que se hubiera omitido un acto formal de autorización de negociar, o de aprobación, o cualquier otro acto «comunitario» vinculado al acuerdo.

(15) *Conclusions de l'Avocat Général M. Giuseppe Tesauro présentées le 16 décembre 1993*, punto núm. 16.

7. La sentencia, en relación con la admisibilidad del recurso, adopta un enfoque pragmático, en el que integra en un todo el acto de la Comisión de autorización de la conclusión del acuerdo y el acuerdo mismo. Por un lado reconoce que «el recurso... está dirigido contra el acto por el que la Comisión decidió concluir el Acuerdo» (punto 17). Por otro, partiendo de la consideración de que el acto impugnado debe ser un acto de una Institución que surta efectos jurídicos (de acuerdo con la sentencia de 31 de marzo de 1971, denominada *AETR*, Comisión/Consejo 22/70, *Rec.*, pág. 263), afirma que «del texto mismo del Acuerdo resulta que la finalidad de este es producir efectos jurídicos» (punto 15). No hay, por lo tanto, en la sentencia una disociación entre el Acuerdo propiamente dicho y el acto de las Instituciones, la Comisión en este caso, que autorizó la conclusión del Acuerdo. Dicha decisión de la Comisión produce efectos respecto a terceros porque la finalidad del Acuerdo es producir efectos jurídicos. La admisibilidad del recurso depende, pues, de una premisa: los efectos jurídicos del Acuerdo. La sentencia vuelve sobre esta importantísima cuestión al examinar el fondo del asunto.

IV. NATURALEZA DEL ACUERDO CE/ESTADOS UNIDOS

8. La cuestión previa decisiva, tanto para la admisibilidad del recurso como para la determinación de la validez del acto, es si el compromiso contraído por la Comisión con el Gobierno de los Estados Unidos constituye un acuerdo internacional. El problema consiste, por lo tanto, en precisar si nos hallamos ante un acuerdo internacional que establece obligaciones jurídicas entre dos sujetos de Derecho internacional o ante unos compromisos de tipo esencialmente no jurídico y, en consecuencia, que no generan frente a terceros obligaciones jurídicamente exigibles.

El Acuerdo firmado entre la Comisión y el Gobierno de los Estados Unidos se presenta como un acto denominado «Acuerdo» (*Accord/Agreement*), que desde el punto de vista del procedimiento de conclusión interno estadounidense ha seguido los pasos de un *executive agreement*, es decir, ha sido concluido por el ejecutivo sin el consentimiento (*advice and consent*) del Senado de conformidad con una práctica establecida en el sistema constitucional americano. Según las normas generales del Derecho de los tratados la denominación de un acto carece de importancia para la identificación de su naturaleza, ya que ésta se determina «cualquiera que sea

su denominación particular» [art. 2, núm. 1, a) de la Convención sobre el Derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986].

Si se atiende a las partes en el Acuerdo, una de ellas es claramente un sujeto de Derecho internacional: los Estados Unidos de América. La otra parte se presenta como la Comisión de las Comunidades Europeas, pero de las disposiciones del Acuerdo se deduce que la parte contratante es la Comunidad. Así en el texto del Acuerdo se encuentran referencias al «territorio de las partes» [art. 2, parágrafo 2, b)], a los «Estados de las partes» [art. 2, parágrafo 2, c)] y, en particular, a que la Comisión aparece designada como autoridad «responsable de la aplicación de las normas sobre la competencia de las Comunidades Europeas» [art. 1, parágrafo 2, b)].

Para que exista un acuerdo internacional no es suficiente que las partes sean sujetos de Derecho internacional; es preciso que esté «regido por el Derecho internacional», es decir, que contenga obligaciones internacionalmente exigibles, lo que implica que en caso de incumplimiento de las mismas la otra parte puede exigir la responsabilidad internacional de quien las incumplió.

En la práctica internacional actual es frecuente el recurso a acuerdos que no crean obligaciones jurídicas por sí mismos, a veces denominados *gentlemen's agreements*, acuerdos informales, acuerdos en forma simplificada, convenios «no jurídicos», etc. (16). Posiblemente la doctrina jurídica, salvo excepciones, no haya prestado suficiente atención a este fenómeno. Sintetizando la práctica internacional se podría concluir que esta clase de acuerdos responden a alguno de los tres tipos o modalidades siguientes:

- *Gentlemen's agreements* o compromisos de honor entre gobernantes en cuanto órganos de las relaciones exteriores de sus respectivos Estados. Algunos de dichos compromisos pueden tener gran trascendencia política como el Acta Final de la Conferencia de

(16) Cf. ANTHONY AUST: «The Theory and Practice of Informal International Instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, 1986, págs. 787-812; WILHELM WENGLER: «Les conventions "non juridiques" (*nichtrechtliche Verträge*) comme nouvelle voie à côté des conventions en droit (*Rechtsverträge*)», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles: Ets. Bruylant, 1993, págs. 637-656.

Helsinki de 1975 que, como es sabido, no constituye un tratado internacional.

- Las *ententes* o acuerdos en los que se establecen líneas de conducta a seguir en futuras actuaciones de las partes. Un ejemplo de este tipo de acuerdos, especialmente interesante para el asunto que nos ocupa, es el acuerdo entre Estados Unidos y Canadá de 9 de marzo de 1984 sobre cooperación en la aplicación de las normas de competencia (17). En el artículo 12 de dicha *entente*, que lleva la denominación de *Understanding*, se declara expresamente que «no constituye un acuerdo internacional».
- Los *acuerdos administrativos* en sentido estricto mediante los que se establece una colaboración entre los servicios administrativos de distintos sujetos de Derecho internacional, en el marco de sus poderes discrecionales, y sin que esto tenga una repercusión financiera específica.

El hecho de que dichos acuerdos no creen obligaciones jurídicas por sí mismos no implica que puedan tener efectos o consecuencias jurídicas derivadas de otras fuentes de obligaciones internacionales (costumbre internacional, principios generales del Derecho, *estoppel*, etc.) (18).

La determinación de la naturaleza del Acuerdo entre la Comisión y el Gobierno de los Estados Unidos es algo difícil porque presenta una escisión o diferencia bastante clara entre el contenido de las obligaciones funcionales y procedimentales de sus disposiciones sustantivas y las disposiciones formales del marco convencional en que se insertan. Por un lado las obligaciones de las partes se configuran como compromisos genéricos de notificación, información y consulta. En la medida en que el Acuerdo establece obligaciones más novedosas: la obligación de intentar tener en cuenta los intereses de la otra parte para decidir medidas de ejecución (*traditional comity*) o la cooperación relativa a las actividades contrarias a la competencia en el territorio de una de las partes que afecten a los intereses importantes de la otra parte (*positive comity*), se trata de obliga-

(17) «Memorandum of Understanding between the Government of the United States of America and the Government of Canada as to Notification, Consultation and Cooperation with respect to the Application of National Antitrust Laws», *International Legal Materials*, vol. XXIII, 1984, núm. 2, págs. 275-281.

(18) MICHEL VIRALLY: «La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations entre leurs auteurs et les textes qui en sont depourvus», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 60-I, 1983, págs. 166-374.

ciones que se encuentran recogidas también en el mencionado *Understanding* entre Estados Unidos y Canadá de 1984 (arts. 6 y 7). El contenido de las obligaciones estipuladas en el Acuerdo no parece ser un factor decisivo en favor de su naturaleza de tratado internacional. Para complicar las cosas, el artículo IX dice que «las disposiciones del Acuerdo no se interpretarán de forma que contradiga la legislación vigente en los Estados Unidos de América, en las Comunidades Europeas o en cualesquiera de sus Estados o Estados miembros o que exija una modificación de su legislación». Dicho artículo proclama la no incidencia del Acuerdo en los ordenamientos internos de las partes y, por lo tanto, no se deriva ninguna limitación jurídica a los poderes que poseen en función de sus propias legislaciones. Para el Abogado General, pasando como sobre ascuas respecto de la cuestión y prescindiendo de la regla de interpretación *ut res magis valeat quam pereat*, se trata «de una cláusula de estilo que si se respetara efectivamente conduciría a la no aplicación de sus disposiciones más importantes y acabaría por vaciarlo completamente de su contenido» (19). En función de este artículo IX y de otras disposiciones un comentarista había escrito, con anterioridad a la sentencia, que el Acuerdo «padecía limitaciones que no pueden superarse fácilmente» y, en definitiva, «no puede tener ningún efecto obligatorio ante los tribunales de los Estados Unidos» (20). En definitiva, del contenido de sus disposiciones sustantivas parece deducirse que el Acuerdo configura un tipo de compromiso más próximo a una *entente* que a un acuerdo internacional jurídicamente obligatorio.

Pero estas pautas de comportamiento a que hacen referencia las disposiciones sustantivas del Acuerdo se inscriben en un marco claramente convencional. No hay duda de que la intención de la Comisión era concluir un acuerdo internacionalmente exigible. El 26 de julio de 1991, el director general de la competencia convocó una reunión con las autoridades nacionales de los Estados miembros y les remitió diversos documentos acompañados de una «Nota explicativa sobre el proyecto de Acuerdo CEE/Estados Unidos en materia de competencia» en la que, entre otras

(19) *Conclusions de l'Avocat Général M. Giuseppe Tesauro présentées le 16 décembre 1993*, punto 42.

(20) ALLARD D. HAM: «International Cooperation in the Anti-Trust Field and in particular the Agreement between the United States of America and the Commission of the European Communities», *Common Market Law Review*, vol. 30, 1993, pág. 597.

cosas, decía: «La Recomendación modificada del Consejo de la OCDE [se refiere a la Recomendación de 21 de mayo de 1986], referente a la cooperación relativa a las prácticas comerciales restrictivas que afectan al comercio internacional, establece un marco que permite tratar al menos algunas de las cuestiones que se abordan en el proyecto del Acuerdo. Sin embargo, se ha considerado que los cambios que han tenido lugar en la economía internacional en el curso de los últimos años..., exigen un marco mucho más ambicioso tanto respecto de su calificación jurídica, es decir, un documento que tenga fuerza jurídica más que una Recomendación no formal, como respecto de su contenido» (21).

Además, según la disposición contenida en el apartado 2 del artículo XI, el Acuerdo permanecerá en vigor hasta transcurridos sesenta días desde la fecha en la que una de las partes notifique a la otra por escrito su intención de darlo por finalizado. Para el Abogado General una disposición de este tenor posee gran significación ya que «se trata indudablemente de una cláusula típica de un instrumento jurídico que pretende crear obligaciones para las partes» (22). Para la Comisión, sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de las obligaciones sustantivas y las disposiciones del Acuerdo relativas a que no modifican el Derecho interno de las partes, esta cláusula de preaviso no tiene especial importancia porque, en caso de incumplimiento del Acuerdo por una de las partes, no daría lugar a una demanda internacional en exigencia de responsabilidad internacional, sino que sólo se produciría su extinción pura y simple.

Sobre la cuestión clave de si el Acuerdo poseía la naturaleza de un compromiso convencional jurídicamente obligatorio, el texto de la sentencia es de un laconismo rayano en la petición de principio porque se limita a recordar «Como antes se ha dicho, el Acuerdo produce efectos jurídicos» (punto 23). Probablemente el Tribunal de Justicia valora adecuadamente la naturaleza del Acuerdo. No es imposible que obligaciones no jurídicas, o incluso obligaciones de cortesía, se incorporen a un acuerdo internacional y se conviertan en obligaciones jurídicas entre las partes. En las disposiciones del Acuerdo hay procedimientos concretos que constituyen compromisos específicos entre las partes de concretización de pautas de comportamiento exigidas por unas reglas de *comity* cuya obligatoriedad jurídica general es al menos dudosa. Se puede concluir con el Tribunal que

(21) *Rapport d'Audience dans l'affaire C-327/91*, punto 5.

(22) *Conclusions de l'Avocat Général M. Giuseppe Tesaurò présentées le 16 décembre 1993*, punto 21.

el Acuerdo entre la Comunidad y Estados Unidos era un acuerdo internacional regido por el Derecho internacional, pero quizás no hubiera estado de más que la sentencia hubiera expuesto los razonamientos que llevaron a esta conclusión.

V. ARGUMENTOS SOBRE LA COMPETENCIA DE LA COMISION

9. Desde el punto de vista su validez, el acuerdo CE-Estados Unidos impugnado por el Gobierno francés, dependía de que en su conclusión el órgano que intervino por parte de la Comunidad Europea —la Comisión— hubiera actuado de conformidad con sus competencias respecto la celebración de acuerdos internacionales. El artículo 46, núm. 2, de la Convención de Viena de 1986 hace depender la validez de los acuerdos celebrados por organizaciones internacionales de «las reglas de la organización concernientes a la competencia para celebrar tratados». El artículo 2, núm. 1, j) de dicha Convención precisa que «se entiende por reglas de la organización en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y su práctica establecida». Como es sabido, según el artículo 228 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea la celebración de acuerdos internacionales entre la Comunidad y uno o más Estados u organizaciones internacionales se realiza a través de un procedimiento mediante el cual la Comisión lleva a cabo la negociación y al Consejo le corresponde la conclusión (23). Este mecanismo se aplica con carácter general siempre y cuando en el tratado no se disponga otra cosa. Precisamente en el citado artículo 228 la atribución de la competencia de conclusión al Consejo se establece previa la precisión de que dicha atribución se realiza «Sin perjuicio de las competencias reconocidas a la Comisión en este ámbito». Todo el problema de la legalidad de la conclusión del Acuerdo entre la

(23) Cf. PIERRE PESCATORE: «Les relations extérieures des Communautés européennes», *Recueil des Cours de l'A.D.I.*, vol. 103 (1961-I), págs. 1-224; C. FLAESCHMOUGIN: *Les Accords externes de la C.E.E.: essai d'une typologie*, Bruxelles: Ed. de l'Université de Bruxelles, 1979; JUAN ANTONIO MARTÍN BURGOS: «Los instrumentos jurídicos de las relaciones exteriores de la Unión (La conclusión de acuerdos por la Comunidad y su participación en organizaciones internacionales)», *España y el Tratado de la Unión Europea*, Madrid: Ed. Colex, 1994, págs. 365-405.

Comisión y el Gobierno de los Estados Unidos radica en si en este caso la Comisión actuó en el ejercicio de competencias que, en virtud del ordenamiento comunitario o de otro modo, le hubieran podido ser «reconocidas».

El Gobierno francés entendía que las «competencias reconocidas en este ámbito» a la Comisión comprenden exclusivamente determinados supuestos expresamente reconocidos en el Derecho comunitario:

- Los acuerdos celebrados por la Comisión con terceros Estados para el reconocimiento de los salvaconductos en favor de los funcionarios y agentes previstos en el artículo 7 del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de las Comunidades Europeas firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965.
- Los acuerdos de colaboración con otras organizaciones internacionales intergubernamentales contemplados en los artículos 229 a 231 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- Los acuerdos celebrados en virtud del nuevo supuesto introducido por el Tratado de la Unión Europea en el párrafo 4 del artículo 228, mediante el cual la Comisión puede concluir acuerdos de modificación de acuerdos anteriores mediante un procedimiento simplificado autorizado mediante un acuerdo anteriormente concluido por el Consejo.

10. La Comisión mantuvo que la expresión «competencias reconocidas» no tenía que entenderse del modo restrictivo que mantenía el Gobierno francés y este reconocimiento podía proceder de otras fuentes distintas del Tratado, como podía ser la práctica. El Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América podía enmarcarse en la práctica de la celebración de «acuerdos administrativos». En este punto la Comisión argumentaba con cierto equívoco dado que la calificación de «acuerdos administrativos» puede darse tanto a verdaderos acuerdos internacionales jurídicamente obligatorios celebrados por órganos y servicios administrativos de los Estados como a simples acuerdos no formales jurídicamente no exigibles. En apoyo de esta práctica la Comisión alegó que había celebrado acuerdos de diversos tipos de carácter administrativo en sectores distintos de la competencia comercial: acuerdos en materia de privilegios e inmunidades de las delegaciones de la Comisión en terceros Estados; acuerdos en el ámbito de las relaciones económicas internacio-

nales con Estados miembros del GATT relacionados con el funcionamiento de los *panels* dedicados al arreglo pacífico de controversias; acuerdos de carácter técnico en el sector fitosanitario y de la cooperación científica y tecnológica. El Abogado General en sus conclusiones replicaba en términos algo simplificadoros y decía que de reconocerse a la práctica como fuente de competencias «se acabaría admitiendo que una violación de las normas del tratado se convertiría en legítima por la única razón de ser ... ¡repetida!» (24). La sentencia del Tribunal de Justicia rechaza el argumento de la Comisión señalando más cautamente que «en todo caso una mera práctica no puede prevalecer sobre las normas del Tratado» (punto 36). El Tribunal parece apoyarse en la distinción entre una «mera práctica», que no puede modificar el Tratado constitutivo de la CE, y la «práctica establecida», reconocida en la Convención de Viena de 1986 como constitutiva de las reglas de una organización. Cómo se establece la distinción entre ambas y las características que debe reunir la práctica establecida es algo que en la sentencia ni siquiera se plantea.

11. Sin que se formulara expresamente como un argumento separado y autónomo, la Comisión daba a entender la existencia de un cierto paralelismo entre la práctica de las organizaciones internacionales y el Derecho constitucional interno que admite la existencia de acuerdos administrativos concluidos en forma simplificada. Aunque algunas constituciones como la de la República Federal de Alemania (art. 59, núm. 2) contemplan expresamente este tipo de acuerdos, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos estos acuerdos se celebran al margen de la regulación constitucional del *treaty-making power*. El fundamento jurídico constitucional de la competencia de los órganos administrativos estatales que celebran acuerdos de estas características, se encuentra en los poderes genéricos implícitos en el ejercicio de la función ejecutiva (25).

(24) *Conclusions de l'Avocat Général M. Giuseppe Tesauero présentées le 16 décembre 1993, Affaire C-327/91*, punto 29.

(25) No puede afirmarse que los acuerdos en forma simplificada sean acuerdos internacionales de naturaleza distinta a los tratados internacionales. Como apunté hace tiempo, la distinción entre tratados y acuerdos en forma simplificada «tiende a crear la confusión de que se trata de acuerdos internacionales de distinta naturaleza jurídica y de que los "acuerdos en forma simplificada" son meros *gentlemen's agreements* o compromisos de honor». Por esto más que recurrir a la categoría de acuerdos en forma simplificada como un tipo de acuerdos internacionales distinto de los tratados, proponía la noción de *formas simplificadas de conclusión* de acuerdos in-

La cuestión, evidentemente, no se plantea en los mismos términos en las organizaciones internacionales, incluso en aquellas como la Comunidad Europea en las que la Comisión posee facultades de ejecución (art. 155 del Tratado CEE). Pero la Comisión no es un ejecutivo y sus competencias son de atribución ya que, como las demás instituciones, deberá actuar «dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado» (art. 4, núm. 1). Por esta razón la sentencia entiende que la expresión «competencias reconocidas» a la Comisión debe interpretarse restrictivamente dado que establece una excepción a la norma que atribuye competencia al Consejo para celebrar acuerdos internacionales. El término «reconocidas» no puede significar otra cosa que «atribuidas». Así lo confirman otras versiones lingüísticas del artículo 228 como las danesa, alemana, neerlandesa e inglesa, que utilizan términos que evocan el concepto de atribución más bien que el de reconocimiento (puntos 33 a 35). Aquí el Tribunal de Justicia además de recurrir a una interpretación sistemática del artículo 228 en función de otras disposiciones del Tratado y en especial de su artículo 4, procede subsidiariamente a la tarea de conciliación de las distintas versiones lingüísticas que postula el artículo 33, núm. 4 de la Convención de Viena de 1986 para la interpretación de los tratados autenticados en dos o más idiomas.

12. Otro argumento alegado por la Comisión para apoyar su competencia se basaba en una analogía con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 101 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEE). Dicha disposición atribuye a la Comisión competencia para celebrar acuerdos internacionales con terceros Estados siempre que su ejecución no exija la intervención del Consejo y no supongan cargas financieras para la Comunidad, con tal que informe al Consejo. La interpretación analógica de esta disposición permitiría, a juicio de la Comisión, entender que la Comisión goza de la misma competencia en el marco de la Comunidad Europea, aunque su Tratado constitutivo no po-

ternacionales como un concepto instrumental útil para configurar la «práctica habitual» de la que depende la validez internacional de los acuerdos si han sido concluidos en violación manifiesta de las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para manifestar el consentimiento. Cf. ORIOI CASANOVAS Y LA ROSA: *Las formas simplificadas de conclusión de acuerdos internacionales*, resumen de la tesis presentada para aspirar al grado de doctor, Barcelona: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Barcelona, 1969, pág. 4.

sea una disposición expresa con este tenor. La sentencia rechaza que pueda establecerse esta analogía. En primer lugar porque el artículo 101 del Tratado CEEA prevé un procedimiento totalmente distinto al del artículo 228 del Tratado CEE (punto 38). Además porque si ambos Tratados hubieran querido conceder a la Comisión las mismas competencias lo hubieran hecho expresamente (punto 39).

13. Por último, la Comisión avanzó un argumento que parece salir al paso de la objeción anterior y alegó que precisamente en el ámbito de la competencia mercantil, el Tratado CEE le ha conferido facultades específicas. Según el artículo 89, núm. 1 del Tratado CEE la Comisión «velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86». La Comisión también posee competencias respecto a la aplicación del reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas y en virtud de otros reglamentos dictados por el Consejo relativos a la competencia mercantil. No se trata de apoyarse en un principio de simetría o paralelismo entre las competencias internas y la competencia externa (*in foro interno, in foro externo*). Este principio de paralelismo o simetría fue adoptado por la jurisprudencia comunitaria en el asunto *AETR* (26), pero su ámbito de aplicación se refiere a la distribución de competencias en materia de relaciones exteriores entre la Comunidad y los Estados miembros. Aquí se pretende por la Comisión que la competencia para ejercer poderes normativos específicos a nivel interno comporta también la facultad de ejercer dichos poderes en el ámbito externo. La Comisión, ciertamente, no posee un poder normativo general. Las competencias normativas de la Comisión derivan, o bien directamente del Tratado en supuestos expresamente regulados o de un acto de delegación del Consejo, hallándose sometida a las limitaciones que establezca el acto de delegación. La cuestión, entonces, consiste en si las competencias normativas propias de la Comisión comprenden también la competencia para celebrar acuerdos internacionales en el sector en cuestión o si, incluso, en los supuestos en que la Comisión goza de una competencia normativa por delegación, el acto de delegación incluye implícitamente las competencias externas que en dicho ámbito poseía el órgano delegante, en este caso el Consejo (27).

(26) TJCE, sentencia de 31 de marzo de 1971, Asunto 22/70, *Commission/Conseil*, Rec. 1971, parágrafos 12/22.

(27) Así lo plantean algunos autores como CHRISTIAN TUMOUSCHAT: Art. 228,

Es dudoso que en el ámbito de la competencia mercantil la Comisión posea competencias normativas propias derivadas directamente del Tratado constitutivo de la CEE. Más bien se trata de un sector en el que el poder normativo es ejercido por el Consejo (art. 87) y en el que la competencia de velar por la aplicación de los artículos 85 y 86 se le atribuye a la Comisión para que la ejerza, como dice el artículo 89, en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros. En todo caso, la sentencia rechaza tajantemente que la competencia interna pueda llevar implícita, directa o indirectamente, una competencia de acción exterior en el ámbito en cuestión. La competencia interna, dice el Tribunal de Justicia, «no puede modificar el reparto de competencias entre las Instituciones comunitarias en materia de conclusión de acuerdos internacionales, reparto que está fijado por el artículo 228 del Tratado» (punto 41).

CONSIDERACIONES FINALES

14. La sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de agosto de 1994 plantea cuestiones que exceden el puro objeto del litigio: la legalidad del Acuerdo celebrado entre la Comisión y el Gobierno de los Estados Unidos relativo a la aplicación de sus normas contra las prácticas restrictivas de la competencia. Además del problema específico de la competencia de la Comisión para concluir un Acuerdo de esta naturaleza, se plantean cuestiones de Derecho internacional público que deberían, a juicio del que suscribe, haberse abordado en el texto de la sentencia. En primer lugar, el problema de la calificación del Acuerdo objeto del recurso según el Derecho internacional público, es decir, si se trataba de un acuerdo internacional jurídicamente obligatorio o de un acuerdo no formal que estableciera compromisos no exigibles por la vía de la responsabilidad internacional y las razones que pudieran abonar la solución a que se hubiera llegado. También en este caso estaba en juego cuáles son las obligaciones de la Comunidad en la medida en que existan reglas de *comity* en el sector de la competencia comercial y de si las Instituciones, incluida la Comisión, no han de actuar, incluso preventivamente, para evitar la respon-

en H. VON DER GROEBEN-J. THIESING y C. D. EHLERMANN: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, vol. 4, Baden-Baden: Nomosverlag, 1991, pág. 5660, y ENZO CANNIZZARO: «Sulla competenza della Commissione C.E.E. a concludere accordi internazionali», *Rivista di diritto internazionale*, 1992, núm. 3, pág. 670.

sabilidad internacional que, en su caso, pudiera derivarse del incumplimiento de dichas obligaciones. Otra cuestión es, sin duda, la incidencia de las normas internacionales en la determinación de la competencia de los órganos de las organizaciones internacionales para celebrar acuerdos internacionales. La Convención de Viena de 1986 incluye entre las reglas de la organización que rigen dicha competencia a «la práctica establecida». En esta enumeración de problemas que podrían haber sido tratados la sentencia habría que incluir la interpretación del Tratado constitutivo de la CEE y concretamente, en qué medida cabe la interpretación analógica mediante la comparación con el Tratado CEEA. El Tribunal de Justicia tampoco se plantea la cuestión de las consecuencias que en el plano internacional puede tener la declaración de que un acuerdo celebrado con un tercer Estado sea declarado no conforme a las reglas de la organización. El Tribunal de Justicia se apoya en una interpretación muy estricta de las disposiciones del tratado constitutivo de la CEE que deja muy poco margen a la aplicación de las normas de Derecho internacional aplicables y al juego de criterios evolutivos, funcionales o teleológicos. Las competencias de la Comisión para celebrar acuerdos internacionales son exclusivamente, según el Tribunal, las que se derivan de los estrictos supuestos de atribución expresa que realicen los tratados constitutivos o el reciente supuesto incluido en la nueva redacción del artículo 228 realizada por el Tratado de la Unión Europea.

Esta sentencia al resolver la cuestión objeto de litigio plantea nuevos problemas: ¿Cuál es el *status* de los acuerdos celebrados por la Comisión al margen del estricto criterio adoptado en la sentencia: acuerdos sobre privilegios e inmunidades de las delegaciones de la Comunidad en terceros Estados, acuerdos que ponen fin a controversias surgidas en el seno del GATT, acuerdos técnicos, etc? En el fondo el problema es mucho más amplio: en qué medida la Comunidad Europea, que reclama para sí un papel en el mundo de las relaciones comerciales internacionales, está institucionalmente preparada para actuar en sectores como el del derecho internacional económico que prefiere, como ha señalado la doctrina, el informalismo al formalismo y los compromisos no jurídicamente exigibles (*engagements non-contraignants*) a los acuerdos jurídicamente obligatorios (28).

(28) Cf. DOMINIQUE CARREAU, THIÉBAUT FLORY y PATRICK JUILLARD: *Droit international économique*, 3.^a ed., París: L.G.D.J., 1990, pág. 53.

