

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 16 de diciembre de 1993 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante el presente recurso, la República Francesa solicita la anulación, con arreglo al artículo 33 del Tratado CECA y al párrafo primero del artículo 173 del Tratado CEE, del Acuerdo entre la Comisión y el Gobierno de Estados Unidos relativo a la aplicación de su respectivo Derecho de la competencia, firmado en Washington el 23 de septiembre de 1991 y en vigor desde dicha fecha.

El recurso del Gobierno francés, cuyas pretensiones apoyan los Gobiernos neerlandés y español, se basa esencialmente en el hecho de que el Acuerdo fue concluido infringiendo las normas comunitarias en materia de competencia para celebrar acuerdos, en particular, el artículo 228 del Tratado. El Gobierno francés alega, además, la falta de motivación y la violación del principio de seguridad jurídica, así como la violación del Derecho comunitario de la competencia.

2. En primer lugar, procede recordar el contexto en que se sitúa el presente litigio y resumir las etapas que condujeron a la conclusión del Acuerdo de que se trata.

Por lo que respecta a la cuestión de la llamada aplicación «extraterritorial» de las normas sobre la competencia y de los problemas que pueden derivar de ella para las relaciones entre las legislaciones diferentes y de origen diverso, son pertinentes algunas Recomendaciones del Consejo de la OCDE,¹ que se refieren a la aplicación de mecanismos procedimentales de notificación y de consulta de que han hecho uso los Estados miembros en numerosas ocasiones.² En particular, hay que recordar la Recomendación de 21 de mayo de 1986 que modificó y sustituyó a la anterior Recomendación de 25 de septiembre de 1979, relativa a la cooperación entre los Estados miembros sobre las prácticas comerciales restrictivas perjudiciales para los intercambios internacionales.³ También es relevante la Recomendación posterior de 23 de octubre de 1986, que tiene por objeto la cooperación entre los Estados miembros «en los ámbitos de conflicto potencial entre la

1 — Sobre este problema y para un análisis de las Recomendaciones adoptadas en este ámbito, véase el volumen editado por la OCDE: *Mise en œuvre du droit de la concurrence. Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, París, 1984.

2 — Para un análisis de los problemas de que se trata, véase sobre todo Picone: «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale», *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padua, 1989, pp. 80 y ss.

3 — La Recomendación de 25 de septiembre de 1979 había sido modificada y sustituida a su vez a las Recomendaciones de 5 de octubre de 1967 y de 3 de julio de 1973.

* Lengua original: italiano.

política de la competencia y la política comercial».

Es precisamente la Recomendación OCDE de 1979, en su versión modificada de 1986, la que, según afirma la propia Comisión, constituyó el punto de referencia para definir algunos de los problemas relativos a la aplicación extraterritorial de las normas sobre la competencia que con frecuencia se han suscitado entre Estados Unidos y la CEE, resueltos después en el marco del Acuerdo controvertido.

3. Considerando, en efecto, que «los cambios que se han producido en la economía internacional a lo largo de los últimos años [...] requieren un instrumento de mayor alcance», en particular la adopción de un «documento jurídicamente vinculante en lugar de la Recomendación no vinculante», así como un contenido más incisivo e innovador,⁴ la Comisión previó con las autoridades americanas, durante las reuniones mantenidas a finales de 1990, la posibilidad de negociar un Acuerdo que formalizara sus relaciones, establecidas hasta entonces sobre una base facultativa en el ámbito definido por las Recomendaciones de la OCDE, con el fin de instaurar una cooperación más estrecha fundada en un instrumento jurídicamente vinculante.

4 — La Comisión se expresa en tal sentido en la «Nota explicativa sobre el proyecto de Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación de sus respectivas normativas de competencia», enviada a los Estados miembros junto con el proyecto de Acuerdo. El subrayado es mío.

Las negociaciones progresaron con rapidez, y un texto prácticamente definitivo estuvo listo en julio de 1991. El proyecto de Acuerdo se transmitió entonces a las autoridades nacionales de los Estados miembros competentes en materia de competencia, acompañado de una nota explicativa en la que se afirmaba, en particular, que dicho texto era un Acuerdo «administrativo».

4. Durante la reunión de 5 de septiembre de 1991, fijada por la Comisión con el fin de permitir que los representantes de los Estados miembros formularan sus propias observaciones al respecto, algunos Estados expresaron reservas sobre la base jurídica del Acuerdo y, en particular, sobre la competencia de la Comisión para concluirlo y la posible necesidad de un mandato de negociación otorgado por el Consejo y sobre la responsabilidad de la Comunidad. Por otra parte, los representantes de dichos Estados analizaron otros extremos del Acuerdo, como la protección del principio de confidencialidad y los procedimientos de consulta, y solicitaron que se celebrara otra reunión para que el grupo de expertos nacionales pudiera discutir el texto controvertido. No obstante, el Comisario encargado de las cuestiones de la competencia excluyó dicha posibilidad en relación con determinadas cuestiones de principio, en particular, la oportunidad de celebrar un Acuerdo de cooperación con Estados Unidos y la forma elegida, pero consintió que se celebrara una reunión ulterior siempre que los expertos nacionales se pronunciaran únicamente sobre los aspectos técnicos. Durante dicha reunión, celebrada el 9 de septiembre, los expertos nacionales se limitaron, por tanto, a formular observaciones técnicas, algunas de las cuales fueron recogidas en el proyecto de Acuerdo.

El día siguiente, 10 de septiembre de 1991, como consta en el acta de la reunión, la Comisión aprobó el proyecto de Acuerdo y autorizó a su Vicepresidente a redactar la versión definitiva, así como a firmar y concluir el Acuerdo en nombre de la Institución.

El texto del Acuerdo, firmado en Washington el 23 de septiembre por el Attorney General y el Presidente de la Federal Trade Commission, en nombre del Gobierno de Estados Unidos, y por el Comisario encargado de las cuestiones de la competencia, en nombre de la Comisión, fue transmitido a los Estados miembros mediante escrito de 7 de octubre de 1991 del Director General de la competencia (DG IV).

5. El Acuerdo tiene como objetivo declarado «impulsar la cooperación y coordinación y reducir la posibilidad o el alcance de las divergencias entre las Partes en la aplicación de sus normas sobre la competencia» (apartado 1 del artículo I). Se propone así evitar, previniéndolos, los posibles conflictos debidos a la aplicación extraterritorial de las normas sobre la competencia.

A estos efectos, las medidas de control y de ejecución de las normas sobre la competen-

cia⁵ están sujetas a una serie de obligaciones de notificación siempre que puedan afectar a los intereses de la otra Parte (artículo II); está previsto un intercambio de información entre las respectivas autoridades competentes, que se reunirán al menos dos veces al año (artículo III); también se establece una obligación de cooperación y coordinación (artículo IV) que, como se deduce de la norma de que se trata y como la propia Comisión destaca, puede «abarcar incluso aquellos casos en que una de las Partes tome la iniciativa de adoptar determinadas medidas de ejecución y la otra se abstenga de aplicar esas mismas medidas, y que aun puede consistir en el reparto entre las Partes de determinados aspectos de las medidas de ejecución». ⁶ Por tanto, en el supuesto de que haya intereses coincidentes en asuntos que afecten tanto al mercado comunitario como al mercado estadounidense, las autoridades pueden repartirse las tareas de investigación.

La cooperación sobre actividades contrarias a la competencia en el territorio de una de las Partes que afecten adversamente a los intereses de la otra Parte también implica, y esta es la novedad respecto a acuerdos análogos, la «positive comity» (artículo V). En particular, se establece que cada Parte podrá solicitar a la otra que considere sus intereses y que inicie medidas de ejecución en relación con las

5 — Por lo que se refiere a la Comunidad, dichas normas comprenden los artículos 85, 86, 89 y 90 del Tratado CEE; el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas; los artículos 65 y 66 del Tratado CEEA y los correspondientes Reglamentos de aplicación, incluida la Decisión n° 24/54 de la Alta Autoridad, así como las demás disposiciones legislativas y reglamentarias a que las Partes otorguen por escrito carácter de «normas sobre la competencia» [inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 1].

6 — Nota explicativa enviada a los Estados miembros como Anexo del proyecto de Acuerdo.

actividades contrarias a la competencia desarrolladas en el territorio de la autoridad destinataria de la solicitud y que pueden surtir efectos en el mercado tutelado por la autoridad solicitante.

Junto a dicho procedimiento, también se establece la «traditional comity», es decir, la obligación de tener debidamente en cuenta los intereses esenciales de la otra Parte «a la hora de decidir si inician o no una investigación o un procedimiento, al determinar el alcance de una investigación o procedimiento y la naturaleza de las soluciones o sanciones proyectadas y, en todos los demás supuestos, según proceda» (artículo VI). Al aplicar dicha disposición, las Partes están obligadas a observar una serie de principios pormenorizadamente enumerados. También se prevén procedimientos de consulta sobre cualquier cuestión relativa al Acuerdo (artículo VII) y se establece incluso la forma que pueden adoptar las comunicaciones entre las autoridades competentes (artículo X).

A continuación, hay que recordar las disposiciones relativas al respeto de la confidencialidad de las informaciones que las Partes no están obligadas a comunicar si su divulgación está prohibida por la legislación a que debe atenerse la Parte que posee dicha información o si es incompatible con importantes intereses de dicha Parte (artículo VIII), así como la norma con arreglo a la cual la interpretación del Acuerdo no podrá contradecir la legislación vigente de las Partes, ni modificarla (artículo IX). Por último, se prevé la posibilidad de dar por finalizado con un preaviso de dos meses (apartado 2 del artículo XI) y la obligación de revisarlo, habida

cuenta de los resultados de su aplicación, dos años después de su entrada en vigor, en particular con objeto de determinar si pudiera resultar más útil para los intereses de ambas Partes entablar una cooperación más estrecha (apartado 3 del artículo XI).

6. El contenido del Acuerdo, tal como lo acabo de exponer sucintamente, revela una serie de obligaciones instrumentales y procedimentales que tienden a una coordinación destinada a evitar las dificultades derivadas de la aplicabilidad de varias normativas sobre la competencia a un mismo caso.

Como ya se ha dicho, el recurso del Gobierno francés tiene por objeto que se declare la nulidad del Acuerdo, esencialmente, por incompetencia de la Comisión para concluirlo. En efecto, la invocación de la violación del principio de seguridad jurídica y el motivo fundado en la violación del Derecho comunitario de la competencia equivalen también, a fin de cuentas, como veremos, a alegar la incompetencia de la Comisión para concluir un acuerdo de este tipo.

Antes de pasar al fondo, son necesarias algunas observaciones preliminares en relación con la admisibilidad del presente recurso.

Sobre la admisibilidad

7. Como es sabido, con arreglo al párrafo primero del artículo 173 del Tratado, el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las Instituciones «que no sean recomendaciones o dictámenes». Según la jurisprudencia en la materia, sin embargo, la forma exterior del acto es poco importante a efectos de admitir el control jurisdiccional, mientras que procede verificar sus efectos y contenido.⁷ En efecto, el Tribunal de Justicia ha precisado, desde la sentencia «AETR»,⁸ que el recurso de anulación debe estar disponible en lo que respecta a «todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, con el objeto de producir efectos jurídicos».

Por lo que se refiere a la vocación del acto para producir efectos jurídicos, basta destacar aquí que la propia Comisión, aun definiéndolo como un Acuerdo menor, no niega que impone obligaciones a las Partes contratantes, es decir, que es un acto destinado a producir efectos jurídicos,⁹ como veremos también más tarde (puntos 18 a 22).

8. Como Francia ha impugnado formalmente el Acuerdo en sí, es indispensable, en

lo que se refiere a la admisibilidad del presente recurso, examinar si un acuerdo puede considerarse un «acto de las Instituciones» con arreglo al artículo 173, y, en caso de respuesta negativa, si dicho recurso puede de todos modos considerarse, como ha mantenido el Gobierno francés durante la vista, dirigido implícitamente contra la «decisión» comunitaria mediante la que se autorizó la conclusión del Acuerdo.

Por su parte, la Comisión, aun preguntándose si el Gobierno francés no hubiera debido impugnar la decisión de 10 de septiembre de 1991 que autorizaba la firma del Acuerdo con Estados Unidos, y no el Acuerdo en sí mismo, no ha propuesto formalmente ninguna excepción de inadmisibilidad, remitiéndose al respecto a la apreciación del Tribunal de Justicia.

No obstante, ha sostenido que el control del Tribunal de Justicia, en el sentido del artículo 173, sólo puede referirse a los actos de las Instituciones, que ciertamente no pueden comprender un acuerdo que, por haber intervenido un tercer Estado en su formación, no es un acto unilateral de una Institución comunitaria, y no puede considerarse como tal. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la que se afirma la competencia de este último para interpretar con carácter prejudicial también los acuerdos¹⁰ confirma, según la Comisión, que el objeto del control de validez sólo puede ser el acto mediante el que se decide la conclusión del acuerdo y no el acuerdo en sí.

7 — Véase la reciente sentencia de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión (C-325/91, Rec. p. I-3283), apartado 9.

8 — Sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo (22/70, Rec. p. 263), apartado 42.

9 — Véanse las páginas 5 y 6 del escrito de defensa.

10 — Véase, en particular, la sentencia de 30 de abril de 1974, Haegeman (181/73, Rec. p. 449).

9. A este respecto, procede destacar previamente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia no excluye en absoluto la posibilidad de impugnar directamente un acuerdo. Antes al contrario, no pocas razones parecen argumentar en este sentido.

En efecto, recuerdo que, para fundar su competencia para interpretar con carácter prejudicial acuerdos celebrados por la Comunidad con países terceros, el Tribunal de Justicia los asimiló a actos de las Instituciones. Así, en la sentencia Haegeman,¹¹ afirmó explícitamente que un acuerdo celebrado de conformidad con el artículo 228 del Tratado constituye «en cuanto atañe a la Comunidad [...] un acto adoptado por una de las Instituciones de la Comunidad, a efectos de la letra b) del párrafo primero del artículo 177» y que, «a partir de la entrada en vigor del acuerdo, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario».

Ya que el Tribunal de Justicia se refirió en dicha sentencia a la Decisión del Consejo relativa a la conclusión del Acuerdo de que se trataba, la afirmación que acabo de citar fue interpretada en el sentido de que la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar las disposiciones de acuerdos internacionales sólo era posible por la mediación de un acto del ejecutivo comunitario. No obstante, también en las sentencias posteriores en la materia, el Tribunal de Justicia ha repetido que, a efectos de su interpretación, los acuerdos estaban asimilados, en lo que se

refiere a la Comunidad, a los actos de las Instituciones.¹²

10. Aún más importante para las cuestiones que aquí nos ocupan es el hecho de que la competencia del Tribunal de Justicia para ejercer un control de validez *a posteriori*, en relación con los acuerdos internacionales celebrados por las Comunidades, ya fue afirmada por el propio Tribunal de Justicia y sin la menor ambigüedad, aunque sólo con carácter de *obiter dictum*, en el dictamen 1/75.¹³ En efecto, el Tribunal de Justicia declaró en dicha ocasión que la cuestión sobre «si la celebración de determinado acuerdo está comprendida dentro del ámbito de las competencias de la Comunidad y si, en su caso, estas competencias han sido ejercidas de acuerdo con las disposiciones del Tratado, puede someterse al Tribunal de Justicia, bien [...] con arreglo al artículo 169 o al artículo 173 del Tratado, bien mediante el procedimiento prejudicial».¹⁴

Así pues, es evidente, por una parte, que la posibilidad de un control (también) con arreglo al artículo 173 deriva de la subordinación del ejercicio de las competencias externas de la Comunidad al respeto de las normas procedimentales y materiales establecidas en el Tratado y, por otra parte, que la posibilidad de controlar directamente los acuerdos celebrados por la Comunidad no está excluida en absoluto, ya que el Tribunal de Justicia ha afirmado pertinente y expresamente que podía controlar, en el marco de un recurso con arreglo al artículo 173, si la competencia para celebrar un acuerdo ha sido ejercida de

12 — Dicha solución también ha sido adoptada en relación con los Acuerdos mixtos; véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de septiembre de 1987, Demirel (12/86, Rec. p. 3719), apartado 7.

13 — Dictamen del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1975, Rec. p. 1355.

14 — Dictamen 1/75, antes citado en la nota 13, Rec. p. 1361.

11 — Sentencia citada en la nota 10, apartados 3 a 5.

conformidad con las disposiciones del Tratado.

11. Es cierto que, hasta el momento, el Tribunal de Justicia no ha tenido la ocasión de ejercer concretamente dicho control *a posteriori*, pero sí que se ha pronunciado ya sobre la legalidad de un acto comunitario relativo a la conclusión de un acuerdo.¹⁵ Cabe por tanto preguntarse aquí si tal control es sólo admisible cuando se lleva a cabo mediante la impugnación del Reglamento o de la decisión relativos a la celebración del acuerdo, o si también lo es cuando lo que se impugna es el propio acuerdo.

Creo que esta cuestión es puramente formal. En efecto, considero que, en relación con el ordenamiento jurídico comunitario, que implica un control jurisdiccional al que están sujetos, sin excepción, todos los actos y comportamientos de las Instituciones, de los particulares y de los Estados miembros que sean relevantes para el propio ordenamiento, no puede excluirse razonablemente el control de la validez del procedimiento de la celebración de un acuerdo con un país tercero. Que dicho control pueda ejercerse mediante una crítica formalmente dirigida al acuerdo en sí, o a un acto relativo al acuerdo, o bien incluso a un acto implícito, me parece una cuestión secundaria y totalmente irrelevante.

12. Por lo que respecta al problema de las consecuencias, para la subsistencia del acuerdo, de una posible declaración de la incompetencia del órgano de una de las Partes, problema a menudo tratado por la doctrina en relación con el que acabo de examinar,¹⁶ a mi parecer erróneamente, unas pocas observaciones bastarán. Por una parte, observo, efectivamente, que se trata de un problema ulterior y que se encuentra convenientemente regulado por el Derecho internacional y, en particular, por el artículo 46 del Convenio de Viena, de 21 de marzo de 1986, sobre el Derecho de los Tratados celebrados por las organizaciones internacionales, y, por otra parte, que se trata de un problema que se plantea normalmente —y sin que jamás hubiera discusiones— en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en los que la gestión de las relaciones exteriores por parte del ejecutivo no se ha sustraído al control del Juez, al menos en lo que se refiere a la legitimidad de los procedimientos de celebración.¹⁷

13. Para el caso de que el Tribunal de Justicia llegara a una conclusión diferente, hay que determinar, como también sostiene el Gobierno francés, si puede considerarse que el recurso de que se trata está dirigido contra la decisión que autorizó la celebración del Acuerdo.

16 — Véase, especialmente, Rideau, J.: «Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux», *Revue générale de droit international public*, 1990, pp. 289 y ss., en particular pp. 380 y ss.

17 — Es innecesario añadir que el problema de los efectos de una eventual anulación se plantea en los mismos términos, en lo que se refiere al respeto de las obligaciones contraídas a nivel internacional, ya se trate de una declaración de «nulidad» del Acuerdo, claro está, en lo que se refiere a la Comunidad, ya se anule el acto por el que se permitió la celebración del Acuerdo y que constituye, por tanto, su soporte jurídico.

15 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Consejo (165/87, Rec. p. 5545).

En este sentido, creo oportuno recordar esquemáticamente los momentos relevantes al respecto:

— La negociación Comisión-EEUU no fue precedida por ningún acto del Consejo, ni por contactos públicos con los Estados miembros.

— El proyecto de Acuerdo fue transmitido a los Estados miembros, acompañado de una nota explicativa.

— El proyecto fue aprobado a continuación (el 10 de septiembre de 1991) por la Comisión, que, al mismo tiempo, autorizó a su Vicepresidente a firmarlo y a concluirlo; no obstante, tal deliberación sólo consta en el acta de la reunión, que no fue puesta en conocimiento de los Estados miembros.

— El Acuerdo fue firmado el 23 de septiembre de 1991.

— El Acuerdo firmado fue transmitido a los Estados miembros mediante escrito de 7 de octubre de 1991 del Director General de la competencia.

14. La deliberación en la que se decidió concluir el Acuerdo quedó, por tanto, rigurosamente consignada en el acta de la Comisión de 10 de septiembre y ni fue publicada, ni se notificó, ni se puso en conocimiento de los Estados miembros de ningún otro modo. De ello se sigue que no está nada claro de qué modo la demandante hubiera podido impugnar una decisión que ni siquiera sabía que existía: ha sido necesario que el Tribunal de Justicia solicitara su presentación con el fin de completar la instrucción del presente procedimiento, para que por fin haya podido conocerse.

Para superar este dato indiscutible, la Comisión mantiene que Francia hubiera podido e incluso debido *suponer la existencia* de una decisión de dicho tipo, tanto porque no podía ignorar las normas previstas al respecto por el Reglamento interno, como porque la decisión de que se trata fue «anunciada» —no se comprende bien cómo— a las autoridades competentes de los Estados miembros antes de ser adoptada.

No creo que dicha argumentación merezca comentarios particulares. La deliberación interna en la que se autorizó al Comisario a firmar el Acuerdo en nombre de la Comisión no sólo se inserta en el ámbito de un procedimiento inhabitual,¹⁸ sino que tampoco pasó en modo alguno de la fase del acta de la reunión correspondiente. Por consiguiente,

18 — Me refiero al hecho de que normalmente las decisiones relativas a la firma de acuerdos sí que son consignadas en las actas correspondientes, pero son seguidas de una Decisión que aprueba el acuerdo (acto relativo a la celebración) y que se publica: esto, claro está, en lo que se refiere a los acuerdos concluidos por el Consejo.

excluyo que pueda imputarse a Francia no haber impugnado una «decisión» que no se materializó en ningún acto, con independencia de su forma, y que ni siquiera se mencionó.

15. Por lo que respecta al otro argumento de la Comisión, según el cual la demandante hubiera podido impugnar igualmente el escrito de 7 de octubre de 1991, que acompañaba el envío del Acuerdo, basta observar aquí que se trata de un mero escrito de transmisión cuya responsabilidad, por lo demás, no puede imputarse a una Institución, sino únicamente a uno de sus funcionarios: se trata de un «documento» cuyo objetivo no es y no puede ser causar un perjuicio del que el destinatario pudiera lamentarse y que, en todo caso, no puede considerarse ni una decisión, ni ningún acto impugnabile como tal con arreglo a la ya recordada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.¹⁹

16. Así las cosas, me parece que una declaración de inadmisibilidad del recurso en un caso como en el que nos ocupa sería excesivamente formalista y, a fin de cuentas, equivaldría a afirmar, a decir poco paradójicamente, que es imposible controlar la legitimidad del propio acuerdo respecto de las normas relativas a la competencia para celebrar acuerdos establecidas por el Tratado en los supuestos en que se haya omitido la

adopción de un acto formal de autorización para negociar o de aprobación u otro acto «comunitario» vinculado al acuerdo.

En resumen, y para ser absolutamente claro, sería una pura y mera farsa. En efecto, suscribir la tesis que aquí se discute equivaldría a autorizar cualquier desvarío procesal, lo que se convertiría en el mejor medio para proteger a un acto del riesgo de impugnación.

En todo caso, considero que, aun partiendo de la idea de que un acuerdo no puede ser impugnado como tal con arreglo al artículo 173, debería, no obstante, declararse la admisibilidad del presente recurso. Como no es «materialmente» posible, de hecho, impugnar el acto comunitario habitual «relativo a la celebración del acuerdo», que en el caso de autos no ha sido adoptado o al menos no se comunicó a la demandante, la única solución imaginable es considerar que el recurso se dirige implícitamente contra la decisión, sea cual sea, que permitió la celebración del Acuerdo de que se trata.

Sobre el fondo

17. Así pues, el problema esencial consiste en determinar si la Comisión es o no compe-

¹⁹ — Véase el punto 7. Véase, además, la sentencia de 19 de mayo de 1993, Cook (C-198/91, Rec. p. I-2487), apartado 14, en la que el Tribunal de Justicia consideró que un mero «escrito informativo» no constituye una decisión que pueda ser objeto de un recurso de anulación.

tente para celebrar un acuerdo de este tipo, definido por la Comisión como «administrativo». Dicha calificación constituye en realidad el elemento fundamental en torno al cual la Comisión ha desarrollado su propia defensa, en el sentido de que dicha Institución ha afirmado y afirma su competencia para concluir acuerdos con países terceros, al menos dentro de los límites de la categoría de acuerdos precisamente «administrativos».

acuerdos internacionales normales. Para determinar su naturaleza, hay que referirse en todo caso a la identidad de sus destinatarios y a la voluntad de las partes contratantes, al contenido del Acuerdo y a las disposiciones que en su caso establezcan sanciones en caso de incumplimiento.

Sobre la calificación del Acuerdo

18. Con el fin de eliminar posibles equívocos, así como a efectos de la argumentación que sigue, considero oportuno proceder previamente a calificar el acuerdo que nos ocupa con arreglo al Derecho internacional.

19. Desde esta óptica, hay que destacar primeramente que, aunque la Comisión ha sido designada formalmente como Parte, el tenor de determinadas disposiciones del Acuerdo muestra claramente que, por el contrario, es la Comunidad la que se obliga a nivel internacional. A este respecto, basta recordar las disposiciones del Acuerdo que se refieren al «territorio de las Partes» [letra b) del apartado 2 del artículo 2], a los «Estados de las Partes» [letra c) del apartado 2 del artículo 2] y, sobre todo, a la circunstancia de que la Comisión es designada como autoridad en materia de competencia *respecto a las Comunidades Europeas* [inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 1], así como al hecho de que el Derecho de la competencia objeto del Acuerdo se define en relación, una vez más, con las Comunidades Europeas [inciso i) de la letra a) del apartado 2 del artículo 1].

Formalmente denominado «Acuerdo» y celebrado entre la Comisión y el Gobierno de Estados Unidos, en cuyo ordenamiento ha adoptado la forma de un «executive agreement»,²⁰ el Acuerdo que nos ocupa no parece tener características distintas de los

Por consiguiente, los términos del Acuerdo son claros: es la Comunidad la que se obliga a nivel internacional y es la Comunidad quien debe ser considerada verdadera Parte contratante. Por lo demás, la propia Comisión ha reconocido en las observaciones que presentó sobre las intervenciones de los Gobiernos español y neerlandés que, como el Gobierno americano solicitó —por razones de orden constitucional— figurar como Parte del Acuerdo, «*era inevitable que la Comunidad figurara como la otra Parte contratante*»,

20 — A este respecto, basta recordar que tal denominación designa los acuerdos concluidos por el Presidente sin la aprobación del Senado. Se trata de un procedimiento ampliamente utilizado en Estados Unidos y que se basa en una práctica avalada por el Tribunal Supremo. Es innecesario añadir que los «executive agreements» no se distinguen en nada, en cuanto a sus efectos y a su lugar en el ordenamiento jurídico internacional, de los acuerdos internacionales celebrados con arreglo al procedimiento con la aprobación parlamentaria previsto en la Constitución federal.

tanto más cuanto que «*la Comisión no tiene personalidad jurídica internacional y, por consiguiente, era más correcto jurídicamente que la Comunidad figurara como Parte del Acuerdo*». Es cierto que la propia Institución precisó posteriormente, en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, que dichas afirmaciones tenían validez general pero no en relación con el caso de autos, como demostraba el hecho de que la Comisión figurara en el encabezamiento del Acuerdo junto con el Gobierno de Estados Unidos, circunstancia que, por el contrario, me parece absolutamente irrelevante.

20. La voluntad de las Partes de vincularse también consta con claridad. No hace falta recordar que, en efecto, la propia Comisión declaró explícitamente que la celebración de dicho Acuerdo fue determinada por la voluntad de superar los comportamientos *recomendados* en el marco de la OCDE, y ello, no sólo estableciendo formas de cooperación y de coordinación más eficaces, sino también y sobre todo prescribiendo comportamientos bien definidos y obligatorios en el marco de un instrumento *jurídicamente vinculante*.

Por lo que se refiere a la naturaleza de las obligaciones contenidas en el Acuerdo, basta recordar aquí que se trata, como ya he dicho, de obligaciones instrumentales y procedimentales: son, en cualquier caso, obligaciones que vinculan a las Partes y, por tanto, a la Comunidad, y que constituyen, sin la menor duda, un Acuerdo internacional.

21. A esto se añade que el Acuerdo prevé expresamente una cláusula que permite la terminación del Acuerdo, estableciendo que entre la denuncia y el cese de los efectos del Acuerdo debe transcurrir un período de dos meses: esta es, indudablemente, una cláusula típica de un instrumento jurídico destinado a crear obligaciones para las Partes.

Por último, en lo que respecta a las sanciones, no puede ni debe sorprender que falte una disposición expresa al respecto, por el simple motivo de que un acuerdo internacional está sujeto a la norma *pacta sunt servanda* y que no es necesario recordar dicho principio cada vez con una cláusula especial. Tampoco me parece posible sobrestimar el hecho de que la única reacción autorizada, en caso de violación del Acuerdo, sea el incumplimiento: esta es una característica de muchos acuerdos bilaterales y, en particular, de los celebrados por organizaciones internacionales cuya «capacidad» para sufrir las sanciones normales que el ordenamiento internacional prevé es bastante dudosa. Como máximo, cabe imaginar represalias económicas que, como sabemos, no son unánimemente consideradas como sanciones propiamente dichas.

En definitiva, no creo que pueda dudarse que el Acuerdo concluido por la Comisión es y pretende ser un acuerdo internacional que establece, como mínimo, una serie de obligaciones instrumentales y procedimentales a cargo de la Comunidad y que, por tanto, se rige por el Derecho internacional.

22. No hace falta añadir que la categoría de los acuerdos administrativos, entendida como categoría distinta de la de los acuerdos internacionales, no se conoce como tal en Derecho internacional. Se trata, más bien, de la denominación de una determinada práctica típicamente interna, evidentemente donde dicho tipo de acuerdo presente una connotación específica. En efecto, el Derecho internacional conoce los acuerdos vinculantes y, todo lo más, la peculiar categoría de los acuerdos no vinculantes,²¹ calificados de manera variada y pintoresca, pero que pueden resumirse en dos supuestos básicos: los «gentlemen's agreements», que en ocasiones pueden cobrar un gran valor político e incluso estar dotados de un mecanismo de control internacional para su observancia,²² y los «pactos» destinados a consolidar orientaciones o líneas de conducta en determinados sectores, pero que carecen de todo valor jurídico, como a menudo manifiesta la explícita voluntad de las partes.²³ No creo superfluo subrayar aquí que dichos acuerdos son normalmente concluidos por las autoridades competentes para ello y por ninguna otra autoridad ni Institución.

tuir formas de colaboración con las administraciones de otros países dotadas de atribuciones análogas. Dicha categoría de «acuerdos», que *evidentemente no son* acuerdos internacionales y que son concluidos —es cierto— también por órganos carentes de competencia para obligar válidamente al Estado a nivel internacional, está tolerada de hecho y dichos acuerdos constituyen prácticas concertadas entre administraciones que actúan dentro del ámbito de sus facultades discrecionales y que, por supuesto, no están regidas por el Derecho internacional.²⁴

No obstante, no me parece, a la luz de lo anteriormente expuesto, que el Acuerdo que aquí nos ocupa pueda estar comprendido en dicha categoría, habida cuenta de que la propia Comisión afirmó su naturaleza de acto obligatorio y mantuvo, además, que se trataba de un acuerdo con arreglo al artículo 228 del Tratado CEE (véase la p. 19 del escrito de defensa).

Queda por recordar la existencia de algunos tipos de acuerdos concluidos por unidades administrativas específicas a efectos de insti-

En definitiva, lo que hay que determinar es si el artículo 228 permite a la Comisión concluir acuerdos internacionales, sea cual sea su denominación.

21 — Véase al respecto, Schachter: «The twilight existence of nonbinding international agreements», *American Journal of International Law*, 1977, pp. 296 y ss.

22 — Basta recordar los Acuerdos sobre la cooperación y la seguridad en Europa que surgen del Acta final de la Conferencia intergubernamental de Helsinki de 1975.

23 — A este respecto, hay que señalar, precisamente en el ámbito que aquí nos ocupa, el Acuerdo entre Estados Unidos y Canadá de 9 de marzo de 1984 (véase *American Journal of International Law*, 1984, pp. 659 y ss.), cuyo artículo 12 establece expresamente que «no constituye un acuerdo internacional».

24 — Véase al respecto el informe provisional del Institut de droit international de Virally: «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique», *Annuaire de l'I. D. I.*, Session de Cambridge, vol. 60-1, 1983, pp. 166 y ss., en particular pp. 212 y ss.

Sobre la interpretación del artículo 228 del Tratado CEE

23. La norma del Tratado aquí pertinente es, por tanto, el artículo 228 en su versión anterior a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, norma que parece designar al Consejo como la única Institución competente, de manera general, para concluir acuerdos internacionales y que confía a la Comisión la responsabilidad de la fase de las negociaciones. Más concretamente, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 228 establece que los acuerdos exteriores «sin perjuicio de las competencias reconocidas a la Comisión en este ámbito [...] serán concluidos por el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo en los casos previstos en el presente Tratado».

Refiriéndose a dicha disposición, la Comisión mantiene que el artículo 228 no establece la competencia exclusiva del Consejo y que tampoco puede interpretarse en el sentido de que la reserva se refiere únicamente a las competencias que el propio Tratado atribuye a la Comisión y, esto, en la medida en que dicha disposición se refiere a las competencias que le han sido «reconocidas» y no a las que le han sido atribuidas.

Así, la Comisión deduce del tenor de la parte de la frase objeto de examen que el artículo 228 consiente que se le reconozca, bien mediante la práctica de las Instituciones, bien

mediante la formación de una costumbre (basada en una interpretación del artículo 228 que se adopte en la práctica), la facultad para concluir acuerdos internacionales por sí misma. Y esto es exactamente lo que, explica, se ha producido: gracias a una práctica ya consolidada, se le ha reconocido la facultad genérica de concluir por sí misma acuerdos internacionales, aunque sólo sean «administrativos».

24. La disposición contenida en el artículo 228 del Tratado y, en particular, la expresión relativa a las competencias «reconocidas» a la Comisión, no puede leerse en el sentido ni con los efectos que la Comisión pretende. Se refiere más bien al hecho de que en el marco de la CEE, en determinados casos expresamente indicados, subsiste una competencia limitada de la Comisión para concluir acuerdos.²⁵ Y me refiero al artículo 7 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades, que establece la competencia de la Comisión para celebrar acuerdos con terceros Estados para que en el territorio de estos últimos se reconozcan los salvoconductos expedidos por la Comunidad a favor de los nacionales comunitarios, así como a las competencias que implícitamente le atribuyen los artículos 229 a 231 con el fin de asegurar las relaciones adecuadas con las demás organizaciones internacionales.

25 — Por otra parte, se ha mantenido que la frase de que se trata también podría «contribuir a delimitar el alcance de los conceptos negociar y concluir recíprocamente relacionados», no siendo nada fácil establecer hasta qué punto se extiende la fase de la negociación y cuándo comienza la de la conclusión. Véase, en este sentido, Louis y Bruckner: «Relations extérieures», *Le droit de la Communauté économique européenne* (Megret), vol. XII, 1980, pp. 20 y ss.

Por otro lado, parte de la doctrina ha mantenido que dicha disposición indica que el Consejo puede delegar en la Comisión la competencia para concluir acuerdos en determinados casos específicos, posibilidad que, sin embargo, el Consejo siempre se ha negado a utilizar, a pesar de las peticiones en este sentido de la Comisión. Es significativo que dicha posibilidad encuentre ahora un reconocimiento formal y expreso en la modificación del artículo 228 aportada por el Tratado de Maastricht, recientemente entrado en vigor.

En efecto, a tenor del apartado 4 del artículo 228 del Tratado CE, la Comisión ya puede concluir determinados acuerdos de forma simplificada. No obstante, los requisitos para ejercer dicha competencia prueban la extrema prudencia de los Estados para admitir lo que la Comisión pretende aquí. Tal posibilidad está de hecho limitada a las modificaciones de acuerdos preexistentes celebrados por el Consejo en las formas habituales, y sólo cuando dicho acuerdo prevea que las modificaciones de que se trata tengan que adoptarse con arreglo a un procedimiento simplificado o por un órgano creado por el propio acuerdo. Hay que añadir que el Consejo podrá fijar posteriormente requisitos específicos para la habilitación.

A este respecto, la Comisión ha mantenido durante la vista que la nueva formulación del artículo 228, en la medida en que le reconoce la facultad de modificar los aspectos técnicos de los acuerdos preexistentes concluidos por el Consejo, no se refiere ni afecta a la competencia, que ya le fue reconocida, de concluir acuerdos administrativos. De nuevo

vemos aquí el «leitmotiv» de la defensa de la Comisión.

25. Consciente, quizás, de que en el tenor del artículo 228 faltan elementos en apoyo de dicha tesis, la Comisión ha añadido, sin embargo, que la facultad que de tal modo se le reconoció estaba inspirada y limitada a los mismos requisitos del párrafo tercero del artículo 101 del Tratado Euratom: se trata de acuerdos que no implican cargas económicas para la Comunidad y que no exigen la intervención del Consejo (es decir, acuerdos de mera ejecución).

De hecho, el artículo 101 del Tratado Euratom, tras establecer la competencia de la Comisión para negociar y concluir, con la aprobación del Consejo, acuerdos y convenios con terceros Estados,²⁶ establece, en su párrafo tercero, que «los acuerdos o convenios cuya ejecución no exija la intervención del Consejo y pueda asegurarse dentro de los límites del presupuesto correspondiente, serán negociados y concluidos por la Comisión, que estará obligada a informar al Consejo».

26. Ahora bien, no me parece posible compartir la tesis de la Comisión, según la cual la competencia para concluir acuerdos interna-

26 — Se trata, por tanto, de un procedimiento totalmente distinto del previsto en el artículo 228 del Tratado CEE. Véase, a este respecto, Raux: «La procédure de conclusion des accords externes de la Communauté européenne de l'énergie atomique», *Revue générale de droit international public*, 1965, pp. 1019 y ss.

cionales está inspirada en los criterios formulados en el artículo 101 del Tratado Euratom. A este respecto, baste observar que el artículo 101 del Tratado Euratom prevé expresamente un procedimiento totalmente distinto del artículo 228 del Tratado CEE: esto es especialmente significativo si se considera que se trata de Tratados firmados el mismo día y que contienen numerosas disposiciones absolutamente idénticas.

La diferente formulación de las dos normas correspondientes de que aquí se trata no es casual. Al contrario, esta diferencia parece indicar más bien la voluntad de los autores del Tratado de no reconocer a la Comisión, en el marco de la CEE, las mismas competencias de que ésta dispone en el marco del Tratado Euratom. En resumen, las competencias de la Comisión, que son explícitas en el artículo 101 del Tratado Euratom, no se encuentran en el artículo 228 del Tratado CEE: *ubi lex tacuit, noluit*.

Así, si se interpreta el artículo 228 en el sentido de que únicamente se reconocen a la Comisión las competencias expresa o implícitamente atribuidas por el Tratado, o delegadas por el Consejo, de ello se sigue que hay que estimar el recurso de Francia, a causa de la incompetencia de la Comisión para celebrar dicho Acuerdo.

En otras palabras, si se admite que el artículo 228 es la norma general en materia de conclusión de Tratados y se interpreta en el sentido de que no reconoce ninguna competencia autónoma a la Comisión, está claro que nuestro examen podría acabar aquí.

Sobre la práctica de la Comisión

27. En definitiva, no creo que del tenor literal del artículo 228 y, en particular, de la parte de frase controvertida puedan deducirse elementos que confirmen la tesis de la Comisión, según la cual se le ha reconocido la competencia para concluir un determinado tipo de acuerdos, ni que quepa remitirse al artículo 101 del Tratado Euratom en relación con los límites y los requisitos para ejercer dicha competencia, habida cuenta, por lo demás, de que las normas de que se trata implican disposiciones totalmente distintas en lo que se refiere a la competencia para celebrar acuerdos.

28. Dicho esto, no puede reconocerse que la Comisión haya, efectivamente, adoptado instrumentos de tipo convencional también en otros ámbitos.²⁷ En efecto, ha concluido determinados acuerdos en materia de privile-

27 — En los escritos presentados en el transcurso del procedimiento, la Comisión se ha referido, en particular, a veinticinco ejemplos de cooperación bilateral con terceros Estados, todos posteriores a 1974. No obstante, únicamente el Acuerdo controvertido ha sido formalmente denominado acuerdo. En los otros casos, se han denominado: intercambio de escritos (dieciocho), memorandum of understanding (dos), pacto administrativo (tres), agreed minute (uno). Ocho de dichos acuerdos fueron concluidos con los Estados Unidos, algunos directamente con el Gobierno, otros con determinados «Departments».

gios e inmunidades de las misiones diplomáticas,²⁸ en materia de relaciones económicas con países miembros del GATT,²⁹ así como en materias técnicas,³⁰ en particular en el sector fitosanitario y en el de la cooperación científica y tecnológica.

¿Puede deducirse de ello que se ha reconocido a la Comisión, gracias a una interpretación del artículo 228 confirmada en la práctica, una facultad autónoma para concluir acuerdos internacionales, en la medida en que el Consejo y los Estados miembros no han cuestionado hasta el momento los acuerdos que la Comisión ha, sin embargo, concluido?

29. No creo que el problema pueda plantearse seriamente en estos términos, ni tampoco que sea necesario preguntarse si y en qué medida el Consejo y los Estados miembros conocían efectivamente la existencia de tal práctica y, por tanto, toleraban conscientemente un ejercicio limitado de competencias por parte de la Comisión en este ámbito.

28 — A este respecto, hay que destacar que, por un lado, la apertura de delegaciones en terceros países puede considerarse comprendida en la facultad de la Comisión de organizar sus propios servicios y, por otro lado, que de todos modos existe la aprobación tácita de la autoridad presupuestaria (Consejo y Parlamento), aprobación que puede deducirse de la adopción de los créditos necesarios para su funcionamiento.

29 — Los acuerdos concluidos por la Comisión en tales sectores, en forma de intercambio de escritos y referidos en su mayoría al cierre de Panel, son de todos modos objeto de discusiones preliminares en el seno del Comité 113 del Consejo.

30 — En dichos supuestos, se trata de acuerdos insertos en el marco de una normativa ya existente, y que integran o precisan otros acuerdos o bien actos de Derecho derivado adoptados por los órganos competentes de la Comunidad.

A este respecto, basta recordar, junto con el Gobierno francés, la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual «una simple práctica del Consejo no puede ir contra las normas del Tratado. Por consiguiente, dicha práctica no puede crear un precedente que vincule a las Instituciones de la Comunidad en cuanto al fundamento jurídico correcto». ³¹ De hecho, considero, a diferencia de la Comisión, que dichas afirmaciones, relativas a la elección de la base jurídica, pueden muy bien extrapolarse al caso que nos ocupa: de lo contrario, acabaríamos admitiendo que cualquier infracción de las normas del Tratado podría convertirse en legítima ¡sólo porque... se repite!

30. Todo lo anterior me induce a considerar superfluo examinar si el Acuerdo litigioso puede asimilarse, por su contenido o por su naturaleza, a los que hasta ahora han sido concluidos por la Comisión. Por otra parte, en caso de que aún fuera necesario, encontraríamos una confirmación indirecta de la posibilidad de interpretar el artículo 228 como una norma que atribuye a la Comisión una competencia, aun limitada, para concluir de manera autónoma acuerdos internacionales, precisamente al examinar los requisitos a los que, en opinión de la propia Institución, estaría sujeto el ejercicio de dicha competencia.

Los acuerdos «administrativos» concluidos hasta el momento se caracterizan, en efecto,

31 — Sentencia de 23 de febrero de 1988, Reino Unido/Consejo (68/86, Rec. p. 855), apartado 24.

según la Comisión, por las siguientes particularidades:

dentro de los límites previstos por el presupuesto me parece absolutamente irrelevante.

- a) las obligaciones de Derecho internacional público que de ellos se derivan están limitadas y sólo pueden ser íntegramente ejecutadas por la Comisión (obligaciones que, incluso, pueden no existir en absoluto);
- b) dichos acuerdos se efectúan dentro de los límites previstos por el presupuesto; por tanto, no implican nuevas obligaciones económicas;
- c) la propia naturaleza de las obligaciones de que se trata implica que difícilmente podrá alegarse la responsabilidad internacional de la Comunidad por incumplimiento, en el sentido de que la eventual inobservancia de dichas obligaciones (únicamente) dará lugar, con casi total seguridad, a la extinción del acuerdo.

Por lo que se refiere a la responsabilidad, destacaré, en primer lugar, que el tenor literal del Acuerdo no la excluye y que dicho resultado tampoco ha sido concertado por las Partes. También me parece irrelevante el hecho de que, habida cuenta de la naturaleza de las obligaciones (recíprocas) previstas por el Acuerdo, pueden efectivamente producirse las consecuencias subrayadas por la Comisión por excluir la responsabilidad de la Comunidad. A este respecto, me limito a observar que no veo cómo podría hacerse derivar razonablemente la competencia de la Comisión para concluir acuerdos internacionales de la circunstancia de que una infracción de los términos del Acuerdo no autorice a la otra Parte a reaccionar de manera «incisiva» a nivel internacional: en efecto, sería cuanto menos singular hacer depender de un elemento de este tipo la competencia para concluir de un órgano que de otro modo sería incompetente.

31. Así, si consideramos lo que ya se ha dicho en los puntos 18 a 22, basta recordar aquí, una vez más, que el Acuerdo que nos ocupa establece una serie de obligaciones instrumentales y procedimentales a cargo de la Comunidad: aun definiéndolos como «limitados», los términos del problema siguen permaneciendo invariables, en el sentido de que de todas maneras se trata de un acuerdo internacional. Desde este punto de vista, el hecho de que tal acuerdo se ejecute o no

32. No está excluido, habida cuenta de los requisitos que acabo de recordar, que, con el término acuerdo «administrativo», la Comisión quiera en realidad referirse a los acuerdos de forma simplificada que, sobre la base del Derecho interno de la mayoría de los Estados, son concluidos por el ejecutivo, sin intervención del Parlamento, y atañen normalmente —si no se tienen en cuenta los acuerdos secretos— a ámbitos de carácter técnico-administrativo, cuya ejecución no implica modificaciones de la legislación existente, o que completan o precisan acuerdos preexistentes concluidos con arreglo a procedimientos normales, es decir, cuando están inscritos en un marco normativo previamente constituido por otros acuerdos. En

efecto, durante el procedimiento la Comisión se ha referido en varias ocasiones a la práctica de los Estados miembros en la materia, en particular, a los acuerdos celebrados por los Gobiernos al margen del procedimiento previsto por las disposiciones constitucionales en materia de ratificación, y precisamente calificados, en algunos ordenamientos, de acuerdos administrativos.³² La práctica de que se trata se funda en la concepción según la cual la competencia para concluir un determinado tipo de acuerdos está presente implícitamente en el ámbito de la función ejecutiva.³³

33. Si estos fueran los términos del problema, habría que determinar si puede subordinarse la competencia de la Comisión para concluir Acuerdos al hecho de que dicha Institución pueda ser considerada como el ejecutivo de la Comunidad.

Ahora bien, aun queriendo considerar demostrado que la función ejecutiva también comprende la conclusión de Tratados, no me

parece que dicha teoría sea extrapolable *mutatis mutandis* al sistema jurídico comunitario, habida cuenta de la imposibilidad de definir, en dicho sistema, una función ejecutiva autónoma y general cuyo ejercicio esté confiado a la Comisión. Como sabemos, es el Consejo quien, por el contrario, además de sus funciones normativas, posee funciones ejecutivas generales, mientras que corresponden a la Comisión las funciones que el Tratado le atribuye expresamente o que el Consejo delega en ella, en la medida, por tanto, definida por el acto mediante el que se le atribuye dicha función.

34. Es innecesario añadir, a este respecto, que «cada Institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado» (apartado 1 del artículo 4) y que el artículo 228 atribuye de manera general al Consejo la competencia para concluir acuerdos internacionales, previa consulta —en los casos previstos— al Parlamento Europeo, consulta que, es importante subrayar, habría sido necesaria si el Acuerdo hubiera sido concluido por el Consejo. Por el contrario, se reconoce a la Comisión únicamente la responsabilidad de la fase de negociación y una facultad limitada para concluir acuerdos en casos determinados, como hemos visto, por el propio Tratado.

32 — Es casi innecesario añadir que en los ordenamientos internos tal tipo de acuerdo está previsto expresamente (véase, por ejemplo, el apartado 2 del artículo 59 de la Constitución alemana) o al menos implícitamente, en la medida en que se han previsto casos en los que es necesario el consentimiento previo del Parlamento (véase, por ejemplo, el artículo 87 de la Constitución italiana), con la consecuencia de que la conclusión se considera válidamente efectuada por el ejecutivo en todos los demás casos. Por el contrario, ni el artículo 228 ni ninguna otra norma del Tratado prevé, ni siquiera indirectamente, dicha posibilidad.

33 — Dicha teoría está vinculada al hecho de que, tradicionalmente, la competencia para concluir Tratados internacionales era una prerrogativa soberana y, por tanto, del ejecutivo, prerrogativa desaparecida o, al menos, muy limitada por la intervención de los órganos representativos en el procedimiento de conclusión.

De ello se sigue, en mi opinión, que la práctica no puede en ningún caso modificar los arreglos y los equilibrios institucionales tal y como el Tratado los define, que indudablemente encuentran en el artículo 228 uno de los anclajes fundamentales y —digámoslo claramente— de naturaleza constitucional.

No podemos olvidar que estamos en una Comunidad de Derecho, es decir, basada en el principio de legalidad y en las competencias de atribución.

una facultad limitada para concluir acuerdos internacionales, que constituirían una especie de corolario de las competencias propias que posee a nivel interno en un ámbito determinado.

Paralelismo entre competencias internas y competencias externas

35. La jurisprudencia «AETR»,³⁴ como es sabido, es el punto de referencia para determinar las competencias externas de la Comunidad, ya que el Tribunal de Justicia afirmó que la posibilidad de concluir acuerdos internacionales, fuera de los supuestos taxativamente indicados en el Tratado, subsiste siempre que la Comunidad disponga de competencias internas.³⁵

36. La propia Comisión ha reconocido, sin embargo, que dicha jurisprudencia no era pertinente en el caso de autos, precisamente porque se refiere al reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros y no, como en el caso que nos ocupa, entre las diferentes Instituciones.

En la misma sentencia se afirma que «en la aplicación de las disposiciones del Tratado, no se puede separar el régimen de medidas internas de la Comunidad y el de las relaciones exteriores».³⁶ Está claro que, si omitimos el hecho de que en el caso de autos lo que se discute es el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, dicha afirmación podría utilizarse para reconocer a la Comisión, cuando se reúnan los requisitos,

Una vez precisado esto, hay que destacar de todas maneras que la propia Institución ha mantenido durante el procedimiento que su facultad para concluir acuerdos es aún más clara en el sector de la competencia, ya que sólo a ella le corresponde velar por la aplicación de los principios establecidos en los artículos 85 y 86 y por la aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo.³⁷ En otras palabras, la presunta facultad de la Comisión para concluir acuerdos existe, con mayor motivo, según dicha Institución, cuando es ejercida en sectores, como el de la competencia, en el que posee, a nivel interno, facultades propias que le son directamente concedidas por el Tratado: ello implica, en

34 — Sentencia antes citada en la nota 8, apartados 12 a 15 y 20 a 22.

35 — En el mismo sentido, véase el reciente dictamen 1/92 del Tribunal de Justicia, de 10 de abril de 1992, relativo al proyecto de Acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del Espacio Económico Europeo (Rec. p. I-2821), apartado 39.

36 — Sentencia antes citada en la nota 8, apartados 16 a 19.

37 — Reglamento (CEE) del Consejo de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO 1990, L 257, p. 14).

definitiva, que su facultad para concluir acuerdos en materia de competencia constituye una articulación de las facultades normativas que el Tratado le atribuye en el plano interno.

37. Así, la competencia para asumir obligaciones en el plano internacional corresponde a los mismos órganos que son competentes para ejercer facultades normativas comunitarias a nivel interno, con la consecuencia de que cabría apreciar una competencia autónoma de la Comisión en los sectores en los que se le atribuyen competencias normativas propias.³⁸

Es evidente que tal razonamiento implica renunciar a ver en el apartado 1 del artículo 228 una disposición autónoma y general en materia de conclusión de tratados, posibilidad que excluyo basándome en las observaciones antes expuestas acerca de la interpretación de dicha norma y, sobre todo, en su alcance «constitucional» en el sistema global del Tratado.

38. Dicho esto, y para el caso de que la Comisión se adhiriera, por el contrario, a tal razonamiento, considero oportuno formular

algunas observaciones relativas a las facultades de la Comisión en materia de competencia, observaciones que se entrelazan inevitablemente con las imputaciones formuladas por el Gobierno francés, así como por los Gobiernos coadyuvantes, en relación con la alegada infracción de las normas sobre la competencia.

Hay que decir previamente que la facultad de decisión autónoma en materia de competencia sólo es atribuida a la Comisión por el artículo 89 del Tratado, que la autoriza a declarar las posibles infracciones de los artículos 85 y 86, y por el apartado 3 del artículo 90, mientras que la competencia normativa general corresponde únicamente al Consejo con arreglo al artículo 87 del Tratado. Hay que añadir, para ser totalmente rigurosos, que el artículo 89 no confiere una competencia exclusiva a la Comisión, ya que solicita la colaboración de los Estados miembros y de los Jueces nacionales.

39. Dichas observaciones bastan para evidenciar que la Comisión no dispone de facultades exclusivas en el sector de que se trata y, sobre todo, que la facultad normativa está estrictamente reservada al Consejo. Este último, entre otras cosas, está encargado de adoptar «los Reglamentos o Directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86» (apartado 1 del artículo 87) así como de «definir las respectivas funciones de la Comisión [...] en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente apartado» [letra d) del apar-

38 — Véase, en este sentido, Cannizzaro: «Sulla competenza della Commissione CEE a concludere accordi internazionali», *Rivista di diritto internazionale*, 1993, pp. 657 y ss.

tao 2 del artículo 87]: esto es lo que ha hecho el Consejo al adoptar, en particular, el Reglamento n° 17.³⁹

No es casualidad que el Reglamento n° 17 regule, por ejemplo, las relaciones y la cooperación entre la Comisión y los Estados miembros (artículo 10), circunstancia que basta por sí misma para indicar que la materia objeto del Acuerdo está regulada internamente por un acto normativo del Consejo. Aún más significativo a este respecto es que el procedimiento contemplado en el apartado 3 del artículo 24 del Reglamento n° 4064/89 del Consejo, antes citado, en la parte en que se mencionan las negociaciones con los terceros Estados, se refiere claramente al procedimiento del artículo 228 del Tratado: esto, insisto, en un Reglamento del Consejo basado en el artículo 87. Las mismas consideraciones son aplicables también en lo que se refiere al artículo 9 del Reglamento (CEE) n° 4056/86,⁴⁰ que, precisamente, prevé que, cuando su aplicación entre en conflicto con las normas del tercer país, la Comisión está obligada a presentar recomendaciones al Consejo para que la autorice a negociar con el Estado de que se trata sobre la base de las Directivas que aquél le dirija.

40. Las observaciones anteriores demuestran que la facultad para concluir el Acuerdo liti-

gioso no puede en ningún caso considerarse, en la lógica de la jurisprudencia «AETR», expresión de las competencias internas de que la Comisión dispone en materia de competencia. Tampoco cabe mantener razonablemente, por incumbir a la Comisión la ejecución del Acuerdo, en calidad de órgano encargado de vigilar y aplicar las normas sobre la competencia, que la cooperación instaurada con las autoridades estadounidenses sea meramente funcional respecto a la facultad de vigilancia que le corresponde a nivel interno.

En todo caso, en efecto, determinadas disposiciones del Acuerdo son incompatibles con las facultades normativas correspondientes al Consejo en la materia, en el sentido de que exceden de las competencias (de ejecución) atribuidas a la Comisión sobre la base del Reglamento n° 17.

41. El Gobierno francés ha alegado, en particular, que las disposiciones del Acuerdo infringen el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento n° 17, que limita la facultad de recurrir a la Comisión a los Estados miembros y a las personas físicas o jurídicas que invoquen un interés legítimo, en la medida en que el Acuerdo controvertido también concede dicha facultad a las autoridades americanas (artículo 5).

39 — Reglamento del Consejo de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

40 — Reglamento (CEE) del Consejo de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos (DO L 378, p. 4).

A este respecto, no me parece pertinente la tesis de la Comisión según la cual la norma de que se trata no le prohíbe recibir informaciones de fuentes distintas de las previstas en ella. Si bien es cierto, en efecto, que cabe considerar que las informaciones procedentes de las autoridades de Estados Unidos se comunican «voluntariamente», no creo que se pueda ignorar que dichas autoridades están facultadas para solicitar tanto a los Estados miembros como a las empresas interesadas que se inicie una investigación respecto de algunos comportamientos, sobre todo cuando dicha solicitud está rodeada de una serie de garantías, en el marco de un instrumento jurídicamente vinculante.

42. Los Gobiernos francés y español han lamentado, por otra parte, la infracción del artículo 20 del propio Reglamento n° 17, norma que, para proteger los intereses de los particulares, consagra el principio del secreto sobre las informaciones recabadas por la Comisión con ocasión de sus procedimientos. En opinión de dichos Gobiernos, la obligación de proporcionar informaciones impuesta por el Acuerdo perjudica de hecho a las empresas objeto de una investigación por parte de la Comisión sobre la base del Derecho comunitario de la competencia.

Ahora bien, si se tiene en cuenta la extrema importancia y el carácter delicadísimo del principio de la confidencialidad de las infor-

maciones,⁴¹ en particular en el sector que aquí se discute, no me parece posible dudar de que las obligaciones de notificación, información y coordinación, previstas en los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo, pueden contravenir el artículo 20 del Reglamento n° 17, a cuyo tenor las informaciones recogidas por la Comisión no podrán ser utilizadas más que para el fin para el que hayan sido pedidas (apartado 1) y se consideran, por su naturaleza, amparadas por el secreto profesional, de modo que su divulgación está prohibida y dicha prohibición afecta de la misma manera a la Comisión y a las autoridades nacionales competentes (apartado 2). A este respecto es innecesario añadir que el artículo 8 del Acuerdo, que se refiere precisamente a la confidencialidad de las informaciones, no puede resolver este problema.

Tampoco creo que la cláusula contenida en el artículo 9 del Acuerdo, según la cual este último no se interpretará de forma que contradiga la legislación vigente de las Partes, pueda ser una solución satisfactoria para los problemas que acabo de considerar. De hecho, se trata más que nada de una cláusula de estilo que, si fuera efectivamente respetada, conduciría a no aplicar las disposiciones más importantes del Acuerdo, y acabaría vaciándolo completamente de su contenido.

41 — A este respecto, véase la sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros (C-67/91, Rec. p. I-4785), apartados 37 y 38, en la que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la importancia de dicho principio y sobre sus consecuencias en el ámbito de las relaciones entre la Comisión y los Estados miembros.

43. Con arreglo a todo lo anterior, considero superfluo examinar los otros motivos alegados por Francia en apoyo del presente recurso que, recordémoslo, se basa también en el artículo 33 del Tratado CECA, aunque las propias partes sólo se han referido durante el procedimiento a las normas del Tratado CEE. No hace falta subrayar a este respecto que, aun queriendo estimar que la Comisión habría podido firmar dicho Acuerdo sólo con arreglo a las normas del

Tratado CECA, hubiera debido hacerlo basándose en el artículo 95 de dicho Tratado, y por tanto «con el dictamen conforme del Consejo, emitido por unanimidad, previa consulta al Comité Consultivo». Dado que estos requisitos no han sido respetados, habría de todos modos vicios sustanciales de forma cuyas consecuencias no difieren de las derivadas de la declaración de incompetencia de la Comisión con arreglo a las normas pertinentes del Tratado CEE.

44. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo, por tanto, que el Tribunal de Justicia estime el recurso y condene en costas a la Comisión, salvo las causadas por las partes coadyuvantes.