

# Los acuerdos mixtos celebrados por la Unión Europea: problemas y soluciones en cuanto a la participación de los Estados miembros en acuerdos de libre comercio

*The European Union mixed-agreements: Problems and solutions regarding the participation of the Member States in Free Trade Agreements*

**Jean-Baptiste WERQUIN\***

Alumno del Máster universitario en Estudios de la Unión Europea

USAL

j.b.werquin@usal.es

Fecha de recepción: 30 de octubre de 2017

Fecha de aceptación definitiva: 10 de enero de 2018

## Resumen

Los acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión Europea están cada vez más

## Abstract

*European Union Free Trade Agreements are criticised more and more. As a result of their*

\* Este Estudio es el fruto del trabajo de fin de Máster presentado por el autor en julio de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y bajo la dirección de Soledad Rodríguez Sánchez-Tabernero.

sujetos a críticas. Debido al carácter mixto de estos acuerdos, deben ser ratificados por todos los Parlamentos nacionales, lo que conlleva una serie de problemas y dudas jurídicas.

**Palabras clave:** derecho europeo; Unión Europea; acuerdos mixtos; acuerdo de libre comercio.

*mixed nature, they have to be ratified by all the National Parliaments. This obligation leads to some problems and legal issues.*

**Key words:** *European law; European Union; Mixed-agreement; Free Trade Agreement.*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CARÁCTER MIXTO DE LOS ACUERDOS CELEBRADOS POR LA UNIÓN EUROPEA: EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS. 2.1. La paradoja del carácter mixto de los acuerdos de libre comercio. 2.2. La aportación oportuna del Dictamen 2/15. 2.3. ¿El carácter mixto, una decisión política? 3. LAS IMPLICACIONES DEL CARÁCTER MIXTO DE LOS ACUERDOS EN LA PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 3.1. La obligación de ratificación por los 28 Estados miembros: un procedimiento largo y arriesgado. 3.2. La retirada de un acuerdo mixto por parte de un Estado miembro. 4. LAS HERRAMIENTAS EXISTENTES Y CONTEMPLADAS PARA SUPERAR LOS PROBLEMAS DE LA RATIFICACIÓN. 4.1. Análisis de los instrumentos recientemente utilizados. 4.2. ¿El principio de cooperación leal como medio para superar los problemas? 4.3. Algunas pistas para arreglar los problemas de la ratificación. 4.3.1. Fortalecer el control del representante del Estado en el Consejo por los Parlamentos nacionales. 4.3.2. Dividir los acuerdos de libre comercio en dos partes. 5. BREVES CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Es todavía la Unión Europea un actor creíble para negociar acuerdos internacionales? La pregunta merece ser formulada. A este respecto, la opinión de la ministra canadiense de Asuntos Exteriores es contundente: «La Unión Europea no es capaz hoy de celebrar un acuerdo internacional, incluso con un Estado que tiene tantos valores europeos como Canadá»<sup>1</sup>. En efecto, los recientes acontecimientos surgidos con relación al CETA<sup>2</sup> en el seno del Parlamento valón fueron el punto culminante de un problema más profundo: las reticencias o el rechazo de los Estados miembros para avalar un acuerdo internacional negociado por la Comisión Europea en nombre de la Unión y de todos sus Estados miembros. En un contexto ya difícil, la Unión Europea enfrenta hoy en día un reto importante que, sin ser nuevo, tiene una magnitud sin precedentes.

1. Declaración de C. Freeland, pronunciada el 21 de octubre de 2016 después de un encuentro con el Ejecutivo valón. Traducción propia.

2. Comprehensive Economic and Trade Agreement, firmado el 30 de octubre de 2016 entre la Unión europea y Canadá. El Parlamento valón se negó a autorizar a su Gobierno a avalar la celebración del acuerdo en el Consejo, como lo exige la Constitución belga.

Los acuerdos mixtos, instrumentos originales y propios al ordenamiento jurídico de la UE<sup>3</sup>, tienden a ser la herramienta básica para celebrar acuerdos internacionales ambiciosos, sobre todo en el ámbito comercial. Derivado del reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, el carácter mixto de los acuerdos conlleva la participación de los Estados miembros mediante la ratificación nacional ya que los acuerdos contienen disposiciones que implican una o varias competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros.

El carácter mixto de un acuerdo internacional conlleva muchas dificultades, como las relativas a la interpretación de sus disposiciones, la extensión de las obligaciones convencionales o la responsabilidad internacional de los Estados miembros<sup>4</sup>, así como las cuestiones relativas a los procedimientos de negociaciones<sup>5,6</sup>. Sin embargo, las recientes dificultades sufridas por Bélgica y el Gobierno holandés para aceptar la participación de sus países en un acuerdo mixto<sup>7</sup> han puesto de relieve la relevancia actual de este tema<sup>8</sup>. Así, resulta especialmente relevante y actual interesarse por los procesos de ratificación y por los problemas que conllevan semejantes procedimientos.

Varias acciones de la Unión Europea en el plano exterior pueden dar lugar a un acuerdo mixto. No obstante, se centrará este análisis en los Acuerdos de libre comercio. Estos son objeto de los ataques más fuertes por parte de la sociedad civil, como siguen mostrándonoslo las protestas contra el TTIP en todo el continente<sup>9</sup>.

El objeto de este trabajo, por tanto, es poner de relieve los problemas que conlleva la ratificación de los acuerdos de libre comercio por parte de los Estados miembros, así como las consecuencias jurídicas de semejante obligación. Se trata también de discutir las posibles soluciones a estos problemas. Para ello, se va a analizar ante

3. LEAL-ARCAS, R. 2001: «The European Community and Mixed Agreements». *European Foreign Affairs Review*, 2001, n.º 6: 483-513, pp. 484 y 485.

4. Para un análisis amplio de estas cuestiones, véase NEFRAMI, E. 2007: *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*. Bruylant.

5. Sobre esta cuestión, véase en particular GATTI, M. y MANZINI, P. 2012: «External representation of the European union in the conclusion of international agreements». *Common Market Law Review*, 2012: vol. 49, Issue 5: 1703-1734.

6. Es para el Abogado General Colomer una «complicación inevitable», Conclusiones presentadas el 23 de enero de 2007 para el asunto del TJUE de 11 de septiembre de 2007, Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos, C-431/05, ECLI:EU:C:2007:48, punto 1.

7. Con respecto al Estado holandés, se trataba de la ratificación del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Ucrania.

8. La Abogado General Sharpston previene que «[u]n proceso de ratificación en el que participen todos los Estados miembros junto con la Unión [es] probablemente gravoso y complejo». Ver las Conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016 para el dictamen 2/15 del TJUE sobre el acuerdo de libre comercio con Singapur, ECLI:EU:C:2016:992, punto 565.

9. Para un análisis de los argumentos en contra de los ALC, véase GARCÍA-DURÁN, P. y ELIASSON, L. J. 2017: «The Public Debate over Transatlantic and Investment Partnership and Its Underlying Assumptions». *Journal of World Trade*, 2017, vol. 51, n.º 1: 23-42.

todo lo que determina el carácter mixto de un acuerdo de libre comercio celebrado por la Unión Europea (2). Debido a los debates y al dictamen muy reciente del Tribunal de Justicia sobre este tema, esta primera etapa es imprescindible. Se abordarán a continuación los problemas que plantea el carácter mixto de un acuerdo a la hora de ratificarlo en los Estados miembros, poniendo énfasis en los recientes acontecimientos surgidos con el CETA y el acuerdo de asociación con Ucrania (3). Finalmente, se analizarán las herramientas utilizadas para superar los problemas enunciados y se propondrán algunas soluciones (4).

## 2. EL CARÁCTER MIXTO DE LOS ACUERDOS CELEBRADOS POR LA UNIÓN EUROPEA: EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS

### 2.1. *La paradoja del carácter mixto de los acuerdos de libre comercio*

Tal como lo dispone el artículo 3, apartado 1 TFUE, la competencia de la Unión Europea en materia de política comercial es una competencia exclusiva. Derivada de la Unión aduanera, la competencia de la Unión en este ámbito abarca los intercambios comerciales con el doble objetivo de evitar las distorsiones del mercado interior y afirmar a la Unión como un actor comercial internacional<sup>10</sup>. En virtud de esta competencia externa exclusiva, la Unión puede celebrar sola acuerdos internacionales en el ámbito previsto por el artículo 207 TFUE<sup>11</sup>.

La política comercial común como la conocemos hoy en día proviene de la reforma de Lisboa —aunque se habían producido algunos cambios con las reformas de Ámsterdam y Niza— y concuerda más con la realidad del comercio actual y los objetivos de la Unión Europea en materia de comercio. La reforma de Lisboa vino a ampliar

10. El carácter exclusivo de la competencia de la Unión en materia de comercio exterior fue consagrado por el Dictamen 1/75 en el que el TJUE dijo que la competencia paralela de los Estados supondría que ellos pudieran adoptar en sus relaciones con países terceros posiciones distintas de las de la Unión, lo que podrían falsear el juego institucional e impedirle cumplir su función de defensa del interés comunitario. Ver el Dictamen 1/75 del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1975, ECLI:EU:C:1975:145.

11. «La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones».

considerablemente la definición de la política comercial común y, por tanto, el uso de acuerdos mixtos para celebrar acuerdos de libre comercio parecía ser limitado<sup>12</sup>. En este sentido, hay una gran paradoja: a pesar de que la Unión goce de una competencia exclusiva para celebrar acuerdos de libre comercio, todos los acuerdos de este tipo, ya sean acuerdos de libre comercio puros o acuerdos de asociación cuya gran parte trata de relaciones comerciales, fueron considerados como mixtos desde Lisboa<sup>13</sup>.

En efecto, Lisboa no ha resuelto todos los problemas. La Unión no dispone de una competencia única y global en materia de comercio. La exclusividad de la competencia de la Unión cubre únicamente los aspectos considerados como comerciales de un acuerdo internacional de libre comercio. El mayor problema reside en la definición del concepto y alcance de la política comercial. Dicho de otra manera, la elección de la base jurídica para celebrar un acuerdo puede desembocar en problemáticas jurídicas importantes.

El apartado 6 del artículo 207 TFUE previene que «[e]l ejercicio de las competencias atribuidas por el presente artículo en el ámbito de la política comercial común no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados [...]». El principio de atribución implica la necesidad de averiguar si un acuerdo de libre comercio contiene elementos que sobrepasan los aspectos comerciales definidos en los Tratados y que, por tanto, no entran dentro de la política comercial común<sup>14</sup>. Si un acuerdo implica competencias compartidas, es mixto.

Así, la cuestión clave radica en saber ¿hasta dónde va la política comercial común? Esta cuestión ha sido, y sigue siendo, sujeto a controversias entre el Consejo y la Comisión; esta aboga, obviamente, en favor de una competencia de la Unión lo más amplia posible, en parte para evitar el uso de acuerdos mixtos<sup>15</sup>.

12. NEFRAMI, E. 2016: «La compétence de l'Union européenne pour conclure un accord international». *Revue du droit public*, 2016, n.º 6: 1639 y ss., p. 1643.

13. Salvo el caso muy especial del acuerdo con Kosovo (ver *infra*, sección 2.3).

14. El Abogado General N. Wahl explica que «en el sistema creado por los Tratados de la Unión, basado en el principio de atribución, la elección de la base jurídica adecuada para un acto propuesto por las instituciones reviste una importancia de naturaleza constitucional. Esa elección determina si la Unión tiene facultad para actuar, el propósito con el que puede actuar y el procedimiento que tendrá que seguir si así lo hace». Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2016 para el dictamen 3/15 sobre el Tratado de Marrakech, ECLI:EU:C:2016:657, punto 31.

15. Por ejemplo, en el caso del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, la Comisión alegaba que, puesto que el acuerdo tiene como objeto promover el comercio de este tipo de obras, la base jurídica apropiada podía ser el artículo 207. No obstante, el Tribunal consideró que el mero hecho de que el Acuerdo pueda afectar de manera indirecta al comercio internacional no implica que esté comprendido en el ámbito de la PCC. Ver el Dictamen 3/15 del TJUE de 14 de febrero de 2017, ECLI:EU:C:2017:114, apartados 99-101.

La jurisprudencia Daiichi del año 2013 vino a precisar el alcance de la política comercial común. Según las palabras del TJUE, «un acto de la Unión forma parte de la política comercial común cuando tenga como objeto específico el comercio internacional, en la medida en que esté dirigido, en lo esencial, a promover, facilitar o regular dicho comercio y produzca efectos directos e inmediatos en éste»<sup>16</sup>. El TJUE fundamentó su razonamiento basándose en la «significativa evolución del Derecho primario»<sup>17</sup>.

Sin embargo, los acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión Europea hoy en día persiguen objetivos múltiples<sup>18</sup>. El primer Acuerdo de libre comercio celebrado después de la puesta en marcha de esta nueva estrategia ha sido con Corea<sup>19</sup>. Era el acuerdo de libre comercio más ambicioso hasta entonces. Ilustraba los acuerdos «de nueva generación» que iba a negociar la Comisión<sup>20</sup>. Sin embargo, fue considerado como mixto ya que abarcaba disposiciones relativas a la cultura, fuera de la competencia exclusiva de la Unión. De igual modo, el acuerdo de libre comercio con Perú y Colombia<sup>21</sup> fue considerado como mixto porque, a pesar de su naturaleza comercial, contenía algunas disposiciones relativas a la no proliferación de armas. Estas disposiciones «contaminan» los acuerdos de libre comercio y son argumentos suficientes para que los Estados miembros pidan que el acuerdo sea mixto. El carácter mixto del CETA revela el dilema que enfrenta la Unión hoy en día: su nueva ambición en materia de comercio internacional implica la participación de los Estados miembros. En este sentido, la delimitación horizontal de la política comercial común está estrechamente vinculada a la delimitación vertical de esta, es decir, las competencias de la Unión y de sus Estados miembros.

Así, si es cierto que la Unión goza de una competencia externa exclusiva para desarrollar una política comercial común, la celebración de acuerdos de libre comercio no supone automáticamente para ella un poder de actuar sola. Parece que la reforma

16. TJUE, sentencia de 18 de julio de 2013, Daiichi Sankyo, C-414/11, ECLI:EU:C:2013:520, apartado 51.

17. TJUE, sentencia Daiichi, *op. cit.*, apartado 48.

18. A este respecto, es especialmente interesante la Comunicación de la Comisión «Una Europa global: competir en el mundo». En esta, la Comisión adopta una actitud proactiva y aboga por acuerdos de libre comercio «más completos, más ambiciosos y más amplios» al involucrar disposiciones relativas al medio ambiente, derechos sociales, competencia, transportes, inversiones, etc. Ver la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Una Europa global - Competir en el mundo - Una contribución a la Estrategia de crecimiento y empleo de la UE [COM(2006) 567 final].

19. Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, DO L 127 de 14.5.2011, p. 6/1343.

20. Véase ADRIÁN ARNÁIZ, A. J. 2011: «Los acuerdos de libre comercio de la nueva era. El acuerdo Unión Europea y Corea». *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2011, vol. 3: 26-49.

21. Véase Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, DO L 354 de 21.12.2012, p. 3/2607.

de la política comercial común, después de solo nueve años, ya está obsoleta para abordar los nuevos desafíos del comercio mundial.

Finalmente, hay que recordar que la Unión dispone de poderes implícitos. Ahora bien, el ejercicio por la Unión sola de la competencia externa implícita es condicionado por su exclusividad. El art. 3, apartado 2 TFUE cita: «La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas». Estos dos últimos criterios ya habían sido expresados por el Tribunal de Justicia respectivamente en el Dictamen 1/76<sup>22</sup> y la sentencia A.E.T.R.<sup>23</sup>. Las competencias externas implícitas derivan de una necesidad. El riesgo de que unos compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros afecten a normas comunes de la Unión o alteren el alcance de dichas normas justifica una competencia externa exclusiva de la Unión, cuando tales compromisos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dichas normas. Para comprobar la existencia de ese riesgo de afectación «no se requiere una concordia completa entre el ámbito abarcado por los compromisos internacionales y el abarcado por la normativa de la Unión»<sup>24</sup>. El alcance de las normas comunes de la Unión «puede verse afectado o alterado por tales compromisos cuando éstos pertenezcan a un ámbito ya cubierto en gran medida por esas normas»<sup>25</sup>. Según R. GOSALBO BONO, el Consejo no comparte la valoración del Tribunal de Justicia<sup>26</sup>.

## 2.2. La aportación oportuna del Dictamen 2/15

El Dictamen 2/15<sup>27</sup> sobre el acuerdo con Singapur ha resuelto muchos problemas con respecto al alcance de la competencia exclusiva de la Unión para celebrar acuerdos de libre comercio. Nunca los jueces de Luxemburgo tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre ALC de «nueva generación». El Tribunal delimita claramente el alcance de la política comercial común. El Dictamen ha sido muy esperado ya que va, por fin, a aclarar las dudas y servir de referencia para los futuros acuerdos de libre

22. Dictamen del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 1977, ECLI:EU:C:1977:63.

23. TJCE, sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo (AETR), 22/70, ECLI:EU:C:1971:32, apartado 30.

24. Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 2003, ECLI:EU:C:2006:81, apartado 126.

25. Dictamen 2/91 del TJUE de 19 de marzo de 1993, ECLI:EU:C:1993:106, apartados 25 y 26.

26. GOSALBO BONO, R. 2015: «Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, n.º 50: 231-320, p. 248.

27. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:376.

comercio. A este respecto, si bien la Comisión contestaba el carácter mixto del CETA, eligió seleccionar esta característica en tanto no emita el Tribunal este Dictamen, con el fin de no retrasar la firma del Acuerdo y apaciguar a los Estados miembros<sup>28</sup>. Como se va a examinar, el Dictamen, si no responde a todas las preguntas, amplía considerablemente las competencias de la Unión para celebrar sola acuerdos de libre comercio, aunque algunas disposiciones siguen entrando dentro de las competencias compartidas entre la Unión y sus Estados miembros.

El acuerdo con Singapur no solo abarca disposiciones tradicionales (reducción de los derechos de aduana y obstáculos no arancelarios), sino también disposiciones más o menos vinculadas al comercio: propiedad intelectual, inversiones, contratación pública, competencia, desarrollo sostenible, etc. Las observaciones presentadas por la Comisión, por un lado, y el Consejo y los Estados, por otro, son paradigmáticas de las incertidumbres relativas al carácter mixto de los acuerdos comerciales de nueva generación. La Comisión defiende que la Unión tiene competencia exclusiva para firmar el Acuerdo, sobre la base de la política comercial común. Para las materias que no entran dentro de esta política, el artículo 3(2) TFUE permite otorgar a la Unión competencia exclusiva. En cambio, el Consejo alega que el acuerdo debe ser mixto porque, además de implicar competencias compartidas, implica incluso competencias exclusivas de los Estados miembros<sup>29</sup>. Se va a analizar la respuesta del Tribunal a continuación.

La argumentación del Tribunal de Justicia se basa en dos aspectos. En primer lugar, examina en qué medida las disposiciones del Acuerdo están incluidas en el ámbito de la competencia exclusiva de la Unión en materia de política comercial común a que se refiere el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra e). Para ello, la jurisprudencia Daiichi (ver *supra*) es clave. En segundo lugar, si no están comprendidas en este ámbito, examina en qué medida el artículo 3 TFUE, apartado 2 (competencias exclusivas implícitas), puede servir de base para dar a la Unión una competencia exclusiva. Más concretamente, el Tribunal empieza por analizar los compromisos relativos al acceso al mercado. Llega a la conclusión de que los capítulos relativos a las barreras aduaneras, la protección comercial (medidas de salvaguardia y antidumping), los obstáculos técnicos, la facilitación del comercio, los servicios, la competencia y la contratación pública forman parte de la política comercial común puesto que tienen como objeto específico facilitar el comercio entre la Unión y Singapur<sup>30</sup>.

Quedaba por resolver, sin embargo, si la Unión dispone de una competencia exclusiva para celebrar acuerdos relativos al suministro de servicios en el ámbito de los transportes. Estos ocupan un lugar aparte en los Tratados. El art. 207 TFUE, apartado 5, excluye expresamente de la política comercial común los «acuerdos internacionales

28. COM(2016) 444 final, 5 de julio de 2016.

29. El Acuerdo prevé que los acuerdos bilaterales de inversión entre los Estados miembros y Singapur dejarán de tener efecto y serán sustituidos por el presente Acuerdo.

30. Dictamen 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apartados 40 a 167.

en el ámbito de los transportes» en «su conjunto»<sup>31</sup>. De este modo, la competencia de la Unión Europea para aprobar el capítulo relativo a los servicios no puede fundamentarse únicamente en el art. 3 TFUE, apartado 1. Recordando su jurisprudencia anterior relativa al riesgo de afectación de normas comunes y tras un análisis de las normas adoptadas en los ámbitos del transporte marítimo, ferroviario y por carretera, el Tribunal llega a la conclusión de que la Unión tiene competencia exclusiva para concluir sola los compromisos relativos a los servicios de transportes, puesto que este ámbito está en gran parte cubierto por normas comunes<sup>32</sup>. Llega a la misma conclusión con respecto a los compromisos en materia de contratación pública en el ámbito de los transportes.

En este sentido, una competencia compartida en el plano interior como es la política de transportes (art. 4 TFUE, apartado 2, letra g) puede convertirse en exclusiva para la celebración de acuerdos internacionales<sup>33</sup>. Más allá de estos puntos técnicos, lo fundamental reside en la concepción mucho más abierta del Tribunal a la hora de analizar la condición de afectación de normas comunes<sup>34</sup>. Los jueces se limitan a explicar que el mero hecho de que la norma europea<sup>35</sup> tenga por efecto conferir a los nacionales de un Estado miembro que controlen una compañía naviera situada en Singapur y presten tales servicios un acceso libre al tráfico hacia ese tercer Estado y procedente de este es suficiente para otorgar a la Unión una competencia exclusiva en esa materia. En efecto, «el alcance de esas normas comunes [...] se ve considerablemente afectado o, incluso, alterado por los compromisos contenidos en el Acuerdo proyectado»<sup>36</sup>.

Otra novedad, quizá aún más destacable, es la relativa a los compromisos en materia de desarrollo sostenible. El Tribunal de Justicia vincula estrechamente el comercio al desarrollo sostenible y por eso no debe sorprender el hecho de que los jueces empiecen por subrayar la «evolución significativa del Derecho primario de la Unión» con respecto al ámbito de la política comercial común<sup>37</sup>. En realidad, el TJUE llega a la conclusión de que «actualmente el objetivo de desarrollo sostenible forma parte integrante de la política comercial común»<sup>38</sup> gracias a un conjunto de índices. En primer lugar, la lectura conjunta de varias disposiciones de los Tratados pone en evidencia la importancia del desarrollo sostenible en el ámbito de la política exterior de la Unión, en

31. *Ibid.*, apartado 60.

32. *Ibid.*, apartados 174 a 218.

33. A este respecto, es igualmente la opinión del Abogado General Wahl en sus conclusiones para el Dictamen 3/15, ECLI:EU:C:2016:657, apartado 125.

34. Cabe señalar que la Abogado General Sharpston presentó en sus conclusiones un punto de vista contrario en cuanto a los servicios de transporte marítimo. Según ella, la liberalización de los servicios de transportes marítimos no está todavía cubierta en gran parte por reglas comunes. Ver las Conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:992, puntos 235 a 241.

35. En este caso el Reglamento n.º 4055/86, DO L 378 de 31.12.1986, p. 1/3.

36. Dictamen 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apartado 189.

37. *Ibid.*, apartado 141.

38. *Ibid.*, apartado 147.

la cual está comprendida la política comercial<sup>39</sup>. Además, el Tribunal hace referencia al artículo 11 TFUE que, de manera general, obliga a la Unión a tomar en cuenta el medio ambiente a la hora de definir y ejecutar sus políticas. Aún más generalmente, el art. 3 TUE, apartado 5, obliga a la Unión a contribuir, en sus relaciones con el resto del mundo, al comercio «libre y justo». Al contrario de lo que opina la Abogado General<sup>40</sup>, no hace falta hacer referencia al artículo 191 TFUE sobre la política medioambiental. Por la propia naturaleza de la política comercial común y de los Tratados, el desarrollo sostenible está *per se* estrechamente vinculado a la política comercial de la Unión. Así, existe una sola base jurídica para tales compromisos, la del artículo 207 TFUE. Cabe señalar que el Tribunal inserte la protección de los trabajadores en el desarrollo sostenible, debido a la dimensión social de este término.

Queda por analizar la competencia de la Unión para celebrar sola los compromisos relativos a la protección de las inversiones. El capítulo 9 del Acuerdo contempla tanto las inversiones directas como cualquier otro tipo de inversión. Ahora bien, el artículo 207 TFUE solo hace referencia a las inversiones extranjeras directas. Estas consisten en la adquisición de participaciones de una sociedad extranjera cuando permite «participar de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad»<sup>41</sup>. Únicamente este tipo de inversiones entra en la política comercial común y, por consiguiente, en las competencias exclusivas de la Unión<sup>42</sup>. Para el otro tipo de inversión, conocido como «inversiones por carteras», es necesario analizar si el Acuerdo puede, aun cuando no existe contradicción, afectar a normas comunes. En este caso, la «norma común» sería una disposición del Tratado de Funcionamiento, el artículo 63 que prohíbe todas restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y terceros países. Esta vez, no se puede deducir la competencia exclusiva de la Unión. El Tribunal se niega a considerar una norma de Derecho originario como «norma común» en el sentido del art. 3, apartado 2 TFUE<sup>43</sup>. Es uno de los límites que pone a la ampliación de las competencias exclusivas de la Unión. Además, con respecto al mecanismo de solución de diferencias entre un inversor y un Estado, el Tribunal considera que no puede establecerse sin el consentimiento de los Estados. Semejante punto de vista se desprende del hecho de que un inversor pueda decidir, con arreglo al Acuerdo, someter dicha diferencia al procedimiento de arbitraje, sin que el Estado miembro pueda oponerse, ya que su consentimiento a este respecto se desprende del Acuerdo<sup>44</sup>.

39. Tanto el art. 207 como el 205 TFUE hacen referencia implícita o explícitamente al art. 21 TUE cuando disponen que la acción de la UE en la escena internacional se llevará a cabo respetando los principios de la acción exterior de la Unión. El art. 21 hace referencia a la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

40. Conclusiones, *op. cit.*, nota 34, apartados 478 a 504.

41. Dictamen 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apartado 80.

42. *Ibid.*, apartado 87.

43. *Ibid.*, apartado 234.

44. *Ibid.*, apartados 292 y 293.

En consecuencia, el acuerdo es mixto. Es una clarificación importante ya que este mecanismo es extremadamente criticado por los oponentes a los acuerdos de libre comercio, lo que debilita los procesos de ratificación por parte de los Estados miembros (*ver infra*). Para las disposiciones relativas a la solución de diferencias entre las partes, disposiciones institucionales, transparencia, intercambios de informaciones, etc., el Tribunal elabora un paralelismo con las otras disposiciones del Acuerdo. En este sentido, «esas disposiciones tienen carácter auxiliar y se encuadran, pues, en la misma competencia que la correspondiente a las disposiciones sustantivas a las que acompañan»<sup>45</sup>.

Así, el TJUE tiene el mérito de haber aclarado qué competencias tiene la Unión para celebrar sola acuerdos de libre comercio. El Tribunal ha confirmado la competencia exclusiva de la UE en numerosos ámbitos, disminuyendo al mismo tiempo los ámbitos de competencias compartidas. Parece ser una «semivictoria» para la Comisión puesto que, si es cierto que ve sus competencias ampliadas, el Acuerdo es sin embargo mixto y deberá ser ratificado por los Estados miembros. Es una lástima que el TJUE no haya resuelto una duda persistente, a saber, si los Estados deben ratificar todo el acuerdo o solo las partes relativas a las competencias compartidas. A este respecto, la Abogado General considera que «en las circunstancias actuales, en principio, cada parte (incluidos los Estados miembros) debe optar entre aceptar o rechazar la totalidad del acuerdo»<sup>46</sup>. Parece ser el punto de vista de los Parlamentos nacionales como lo demuestran los debates parlamentarios<sup>47</sup>. En todo caso, según el Tribunal, en el caso de acuerdos mixtos, tanto la UE como los Estados miembros deben actuar dentro del marco de sus competencias y respetando sus respectivos poderes o prerrogativas<sup>48</sup>.

### 2.3. ¿El carácter mixto, una decisión política?

El 25 de octubre de 2016, Guy Verhofstadt, presidente del grupo parlamentario europeo ALDE, declaró en el Parlamento Europeo que el Consejo podría «fácilmente» decidir que el CETA es un acuerdo puramente europeo. Eso habría permitido superar sencillamente las reticencias de los Parlamentos nacionales para ratificar el Acuerdo

45. *Ibid.*, apartado 276.

46. Conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:992, punto 568.

47. Véanse, por ejemplo, «Projet de loi autorisant la ratification de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part» de la Assemblée nationale [Francia] y la «Comunicación de la concesión por el Pleno del Congreso de los Diputados [España], en su sesión del día 31 de mayo de 2012, de la autorización para que el Estado pueda prestar el consentimiento para obligarse por medio del Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea».

48. TJUE, sentencia de 24 de abril de 2014, Comisión/Consejo, C-28/12, CLI:EU:C:2015:282, apartado 47.

con Canadá. Más allá de la declaración política, Guy Verhofstadt expresó una idea compartida por una parte de las instituciones y de la doctrina (ver *infra*). A este respecto, es interesante confrontar las opiniones de los Abogados Generales N. Wahl y E. Sharpston en conclusiones presentadas con un intervalo de tres meses<sup>49</sup>. El primero sostiene que «la elección entre un acuerdo mixto y un acuerdo exclusivamente de la Unión [...] forma parte generalmente del margen de apreciación del legislador de la Unión». De eso se desprende que esa decisión, «al ser de naturaleza predominantemente política», escapa al control jurisdiccional. Solo el carácter manifiestamente inadecuado de la decisión, es decir, un error de apreciación manifiesto, podría afectar a su legalidad. Para el Abogado General, eso se explica ya que «la urgencia de la situación y el tiempo necesario para veintiocho procedimientos de ratificación a nivel nacional, pueda poner seriamente en peligro el objetivo perseguido»<sup>50</sup>. Al contrario, la opinión de la Abogado General E. Sharpston es rotunda. Para ella, ningún hecho exterior puede interferir en el análisis jurídico: «La necesidad de unidad y rapidez de la acción exterior de la Unión y las dificultades que pueden surgir [...] no pueden incidir en la cuestión de quién es competente para celebrarlo. Esa cuestión debe elucidarse exclusivamente con arreglo a los Tratados [...]»<sup>51</sup>.

A nuestro juicio, es difícil imaginar que el Tribunal de Justicia acepte perder una parte sustancial de su poder jurisdiccional derivado del artículo 218 TFUE, apartado 11. Por cierto, ya tuvo la ocasión de decir que las posibles dificultades relativas a la celebración de acuerdos no pueden modificar el sentido de la respuesta que debe darse a la cuestión de la competencia<sup>52</sup>. Sin embargo, la solicitud de dictamen al TJUE no es automática, y, por tanto, el examen jurídico del acuerdo tampoco. En este sentido, si la respuesta del Tribunal no puede basarse en criterios extrajurídicos, la decisión del carácter mixto de un acuerdo por parte del Consejo y de la Comisión sí toma en cuenta elementos políticos. El mejor ejemplo es el acuerdo de estabilización y de asociación con Kosovo, celebrado como acuerdo exclusivamente de la Unión a pesar de que implicaba competencias compartidas. Esta excepción ha sido justificada en razón de que algunos Estados miembros, como por ejemplo España, no han reconocido a Kosovo como un Estado independiente. Se quería evitar que la participación de los Estados en la celebración pudiera ser interpretada como un reconocimiento implícito de Kosovo por parte de estos últimos<sup>53</sup>.

Tal decisión requiere un acuerdo institucional. Los Estados miembros pueden considerar oportuno evitar el carácter mixto de un acuerdo, sobre todo cuando parece que

49. Véanse las Conclusiones de E. Sharpston presentadas el 21 de diciembre de 2016 para el Dictamen 3/15 sobre el acuerdo con Singapur, ECLI:EU:C:2016:992 y las de N. Wahl presentadas el 8 de septiembre de 2016 para el dictamen 2/15 sobre el acuerdo de Marrakech, ECLI:EU:C:2016:657.

50. Conclusiones de N. Wahl, *op. cit.*, puntos 119 a 121.

51. Conclusiones de E. Sharpston, *op. cit.*, punto 566.

52. Dictamen 1/08 del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 2009, ECLI:EU:C:2009:739, apartado 127.

53. GOSALBO BONO, R., *op. cit.*, nota 26, p. 250.

el proceso de ratificación en sus propios países puede resultar difícil. En esta situación, los Estados se pondrían de acuerdo en el seno del Consejo en colaboración con la Comisión. De este modo, el carácter mixto de un acuerdo ya no es determinado en función de un análisis jurídico de las competencias de la Unión, sino mediante criterios de mera oportunidad. A la inversa, se puede optar por un acuerdo mixto, aunque no lo debería ser desde un punto de vista jurídico, por razones políticas<sup>54</sup>. Jacques BOURGEOIS subraya la importancia que tiene el carácter mixto de un acuerdo en cuanto al poder de negociación de los Estados. Son más proclives a querer un acuerdo mixto porque les permite controlar mejor la Comisión en sus negociaciones<sup>55</sup>. Se observa así una cierta flexibilidad a la hora de definir el carácter de un acuerdo internacional celebrado por la Unión.

Finalmente, algunos autores se inclinan por una distinción entre carácter mixto obligatorio y facultativo<sup>56</sup>. En el primer caso, resultaría de la consideración de competencias exclusivas tanto de los Estados miembros como de la Unión Europea. En el segundo caso, cuando un acuerdo contiene materias que entran en las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, el Consejo puede decidir celebrar el acuerdo bajo competencia exclusiva de la Unión al ejercer la competencia compartida (que pasa a ser competencia exclusiva con arreglo al artículo 2(2) TFUE). Retomando las palabras de G. VAN DER LOO y R. WESSEL, «it is clear that the choice for mixity is not always purely legal»<sup>57</sup>.

### 3. LAS IMPLICACIONES DEL CARÁCTER MIXTO DE LOS ACUERDOS EN LA PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS

#### 3.1. *La obligación de ratificación por parte de los 28 Estados miembros: un procedimiento largo y arriesgado*

La conclusión de un acuerdo mixto implica veintinueve decisiones: la decisión de celebración del Consejo en nombre de la Unión Europea y las veintiocho decisiones nacionales. Estas están sometidas a las reglas constitucionales propias de cada país.

54. GATTI, M. y MANZINI, P., *op. cit.*, nota 4, p. 1712.

55. BOURGEOIS, J. 1997: «Mixed Agreement: A New approach?». En J. Bourgeois, J.-L. Dewost y M.-A. Gaiffe (eds.): *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?* Bruselas: Presses Interuniversitaires Européennes, 83-92, p. 85.

56. Véanse LEAL-ARCAS, R., *op. cit.*, nota 3, p. 494; GATTI, M. y MANZINI, P., *op. cit.*, nota 4, p. 1711; VAN DER LOO, G. y WESSEL, R. 2017: «The non-ratification of mixed agreements: legal consequences and solutions». *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, n.º 3: 735-770, p. 737.

57. VAN DER LOO, G. y WESSEL, R., «The non-ratification of mixed agreements...», *op. cit.*, nota 56, p. 737.

Así, son treinta y ocho Parlamentos que participan en el proceso de ratificación puesto que algunos países prevén la intervención de sus parlamentos regionales como lo ilustró el ejemplo valón<sup>58</sup>. A esta suma se le deben añadir las eventuales participaciones de las Cámaras altas. Se calcula que el proceso de ratificación completo suele tardar tres años<sup>59, 60</sup>.

En este sentido, el mayor problema reside en la enorme diferencia entre la rapidez del procedimiento europeo (hubo menos de 4 meses entre la firma del CETA por los representantes de la Unión y Canadá y su ratificación por el Parlamento Europeo) y los larguísimos procesos de ratificación nacional. Así, los miembros de una misma parte contratante no ratifican el acuerdo *al mismo tiempo*. Esta situación ocasiona problemas jurídicos importantes. En efecto, en un Tratado bilateral, la otra parte contratante puede estar segura de que la Unión y sus Estados miembros son capaces de respetar sus obligaciones derivadas del Acuerdo desde el momento en que ambos forman parte de este. Una situación distinta podría llevar a incertidumbres jurídicas para la tercera parte ya que esta no sabría qué obligaciones entran dentro de las competencias de la Unión (las que podrían ya aplicarse) y las que están fuera. Para los países que no están acostumbrados a las especificidades de la Unión y que cuyo socio en todo el proceso de negociación ha sido un representante de la UE puede resultar particularmente difícil de entender y aceptar. Para evitar estos problemas, el Consejo suele esperar hasta que se terminen los procesos nacionales antes de notificar en nombre de la Unión la culminación de su propio proceso de ratificación<sup>61</sup>.

Sin embargo, la aplicación provisional del Acuerdo permite no esperar años para que empiece a tener efecto el acuerdo. Es una herramienta importante para la Unión Europea y su credibilidad en la escena internacional. A este respecto, una gran parte del CETA se aplicará mediante la aplicación provisional. A pesar de que está prevista en los acuerdos, esta disposición no está exenta de problemas. Primero, cabe señalar que, puesto que el Acuerdo abarca varias disposiciones que entran dentro de las competencias de los Estados, la aplicación provisional puede aplicarse solamente a las disposiciones relativas al ámbito competencial de la Unión Europea y en ningún caso

58. Para un comentario del sistema federal belga y los acuerdos mixtos, véase STEENBERGEN, J. 1997: «Les accords mixtes et le système fédéral belge». En J. Bourgeois, J.-L. Dewost y M.-A. Gaiffe (eds.): *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?* Bruselas: Presses Interuniversitaires Européennes, 77-82.

59. HOFFMEISTER, F. 2010: «Curse or Blessing? Mixed Agreements in the Recent Practice of the European Union and its Member States». En C. Hillion y P. Koutrakos (eds.): *Mixed agreements revisited*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 249-268, p. 256.

60. Parafraseando a Jenö Czuczai, «we see that mixity raises serious concerns in terms of delayed ratification», CZUCZAI, J. 2010: «Mixity in Practice: Some Problems and Their (Real or Possible) Solution». En C. Hillion y C. Koutrakos (eds.): *Mixed agreements revisited*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 229-248, p. 243.

61. *Ibid.*

al Acuerdo entero. Además, no se prevé ningún plazo ni para la aplicación provisional del Acuerdo ni siquiera para los procesos de ratificación nacionales. Así, no resuelve todos los problemas. Permite superar los problemas debidos a la lentitud de los procesos nacionales, pero en ningún caso los relativos al posible rechazo (o ausencia de ratificación) del acuerdo por un Parlamento nacional. Si es cierto que en el caso del CETA y para apaciguar las protestas de los Parlamentos regionales belgas se decidió que tampoco se aplicarán provisionalmente las disposiciones relativas al mecanismo de protección de las inversiones<sup>62</sup>, esta decisión no hace nada más que aplazar el problema de la ratificación por parte de estos Parlamentos.

En este sentido, se puede preguntar ¿qué ocurriría si un Estado se niega a ratificar un Acuerdo cuya gran parte de sus disposiciones ya estén en vigor y se apliquen en todo el territorio europeo, incluso en este Estado? Varias respuestas parecen posibles. Primero, se podría suponer que el Acuerdo siga aplicándose provisionalmente de forma indefinida. Sin embargo, esta situación no parece ser sostenible a largo plazo ya que no se aplicaría una parte del acuerdo negociado. Sería, además, paradójico que un Acuerdo siga teniendo efectos mientras que un Estado se niega a aceptarlo. A pesar de eso, nada en los ALC recientemente celebrados por la UE parece impedir, *de iure*, semejante situación<sup>63</sup>. A este respecto, el CETA es una excepción notable. En efecto, la Declaración interpretativa del Consejo añadida al acta de este mismo prevé que en el caso de que no se pueda proceder a la ratificación «de manera permanente y definitiva, [...] deberá ponerse fin a la aplicación provisional, que se dará por terminada»<sup>64</sup>. Dicho de otra manera, el Acuerdo no podría aplicarse, ni siquiera de manera provisional y habría que renegociarlo. Guillaume VAN DER LOO pone bien de relieve la situación aberrante que supondría semejante caso: «[t]his is remarkable because this implies that a member state can block issues falling under exclusive EU competences, which are decided under the EU's Common Commercial Policy with qualified majority voting»<sup>65</sup>. En efecto, un Estado (o una subdivisión estatal) podría bloquear un Acuerdo

62. Véase la Decisión (UE) 2017/38 del Consejo, de 28 de octubre de 2016, relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, JO L 11 del 14.1.2017, pp. 1080-1081. Cabe señalar que, en aquel momento, es decir, antes de que el TJUE publicara el Dictamen 2/15, se consideraba que este mecanismo cabía dentro de las competencias exclusivas de la Unión, y, por tanto, podía aplicarse mediante la aplicación provisional.

63. Por ejemplo, ver la Decisión del Consejo 2013/40/UE, de 10 de mayo de 2010, relativa a la firma en nombre de la Unión Europea y a la aplicación provisional del Acuerdo Marco entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, JO L 20 del 23.1.2013, pp. 1-24.

64. Las 38 declaraciones de las instituciones y de los Estados miembros se han hecho públicas por el Consejo en [www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28-eu-canada-trade-agreement/](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28-eu-canada-trade-agreement/).

65. Véase VAN DER LOO, G. 2016: «CETA's signature: 38 statements, a joint interpretative instrument and an uncertain future». *CEPS Commentary*, octubre de 2016.

que regula ámbitos de los que ha aceptado ceder la regulación a la Unión y cuyas reglas institucionales no le permitirían hacerlo en el seno del Consejo.

Cabe señalar también que se ha notado un cierto chantaje por parte de algunos Estados miembros en las negociaciones del acuerdo CETA. Puesto que ellos disponen de un poder de bloqueo debido al carácter mixto del acuerdo, algunos lo utilizaron para obtener ventajas más o menos ajenas al ámbito de un acuerdo de libre comercio. Así, Bulgaria y Rumania condicionaron sus aceptaciones del acuerdo a la apertura del régimen de visado por parte de Canadá<sup>66</sup>. La unidad de la Unión Europea se derrumba en beneficio de los intereses propios de cada Estado. Cabe señalar, para terminar, que varios procedimientos están en marcha ante los Tribunales Constitucionales nacionales para contestar la aplicación provisional del acuerdo y algunas de sus disposiciones, sobre todo las relativas al tribunal de arbitraje<sup>67</sup>. De igual modo, Bélgica prevé también someter al TJUE el acuerdo. Es razonable pensar que algunos Parlamentos esperarán la decisión constitucional y la del Tribunal de Justicia para poner en marcha los procesos de ratificación. En el caso del acuerdo de libre comercio con Singapur, el TJUE tardó casi dos años en pronunciarse. Sin duda, todo eso va a retrasar los procesos de ratificación aún más.

Así, aparecen claramente las dificultades y los riesgos que plantea el carácter mixto de los acuerdos de libre comercio. La Abogada General del TJUE, la Sra. Sharpston, insiste en las importantes consecuencias: «Puede entrañar el riesgo de que el resultado de largas negociaciones quede bloqueado por unos pocos Estados miembros o incluso por uno solo. Ello podría menoscabar la eficacia de la acción exterior de la Unión y tener consecuencias negativas en las relaciones de la Unión con los terceros países interesados»<sup>68</sup>. Del mismo modo, el Abogado General Nils Wahl confirma que un acuerdo mixto puede «hacer que la Unión incumpla el principio pacta sunt servanda»<sup>69</sup>. Sería extremadamente grave para la Unión Europea y su política comercial. La no participación de un Estado en un acuerdo celebrado por la Unión Europea no debe tomarse a la ligera ya que, en el caso de los acuerdos multilaterales, es una práctica bastante común<sup>70</sup>. Pero lo que se puede concebir en acuerdos multilaterales no lo es

66. Véase HERVÉ, A. 2017: «Les résistances des États membres au développement des relations conventionnelles de l'Union européenne : quels enseignements tirer de la conclusion de l'accord de libre-échange UE/Canada et de l'accord d'association UE/Ukraine ?». *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2017, n.º 1: 119 y ss.

67. Se basa en el modelo de Investment Court System (ICS), que funcionaría como una corte de arbitraje especial, permitiendo a los inversores extranjeros demandar a los Estados sin pasar por los tribunales ordinarios.

68. Conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016 para el dictamen 2/15 sobre el acuerdo de libre comercio con Singapur, ECLI:EU:C:2016:992, punto 565.

69. Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2016 para el dictamen 3/15 sobre el Tratado de Marrakech, ECLI:EU:C:2016:657, punto 121.

70. VAN DER LOO, G. y WESSEL, R. 2017: «The non-ratification of mixed agreements...», *op. cit.*, nota 56, p. 751.

para los acuerdos de libre comercio (bilaterales, aunque los Estados son partes)<sup>71</sup>. Lo acabamos de ver, la Unión hace todo lo posible para que un acuerdo celebrado con un país tercero se aplique. La política comercial común no puede aceptar que un acuerdo comercial no se aplique a uno o varios países. Además, el país tercero se vería especialmente perjudicado después de largas negociaciones si no tuviera acceso al mercado de estos países sin que la UE pueda hacer algo.

### 3.2. *La retirada de un acuerdo mixto por parte de un Estado miembro*

Explicados los problemas que plantea la ratificación de los acuerdos mixtos, hay que interesarse por la otra vertiente de la participación de los Estados en estos acuerdos, a saber, la cuestión de la retirada. Aunque los problemas planteados con el CETA pusieron el enfoque en la «entrada» de los Estados en acuerdos mixtos, el Brexit plantea un nuevo problema, todavía poco comentado por la doctrina. De una forma más general, se puede preguntar ¿en qué medida un Estado miembro puede retirarse de un acuerdo mixto?

Para responder a la pregunta, es preciso distinguir dos aspectos diferentes. En primer lugar, un Estado miembro puede decidir retirarse de un acuerdo mixto. Podría ser el caso con un cambio de gobierno, por ejemplo. El carácter mixto de un acuerdo da la oportunidad a un Estado miembro de hacerlo. Entonces, lo que en teoría no es posible para los acuerdos celebrados por la Unión Europea sola pasa a serlo para los acuerdos mixtos. En efecto, el artículo 216(2) TFUE dispone expresamente que «los acuerdos celebrados por la Unión vincularán [...] a los Estados miembros». Ahora bien, si un Estado participa en la ratificación de un acuerdo mixto es porque guarda su soberanía en cuanto a las disposiciones del acuerdo que entran en sus competencias. En este sentido, si la celebración de un acuerdo mixto requiere el acuerdo de los Estados miembros, de igual modo la decisión de la retirada pertenece al Estado miembro. Como lo señala E. SHARPSTON, «cada Estado miembro es libre, con arreglo al Derecho internacional, para denunciar ese acuerdo. [...] Después de todo, participa en el acuerdo en su condición de Estado contratante soberano, no como un mero apéndice de la Unión»<sup>72</sup>. Sin embargo, como consecuencia del artículo 216(2) TFUE, el Estado seguiría estando vinculado por las disposiciones del acuerdo que entran en la competencia de la Unión y por las cuales ya no tiene ninguna potestad para actuar de forma independiente.

De nuevo, el doble aspecto de los acuerdos mixtos plantea problemas. Los Estados participan en ellos bajo dos naturalezas distintas: como actores independientes

71. *Ibid.*, p. 741.

72. Conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016 para el Dictamen 2/15, ECLI:EU:C:2016:992, apartado 77.

con arreglo al Derecho internacional y como Estados miembros de la Unión Europea. Semejante situación, si parece jurídicamente posible, es altamente discutible desde un punto de vista político. Significaría que un Estado pudiera seguir estando vinculado solo a una parte del acuerdo. En lugar de hablar de «parte», sería mejor hablar de una multitud de disposiciones, ubicadas en los acuerdos en distintos lugares. Un acuerdo de libre comercio es un todo que se puede difícilmente dividir. En tal situación, un Estado podría estar vinculado a disposiciones relativas a las inversiones, pero ya no a las relativas a la protección de esas inversiones (ver *supra*, sección 2.2). El propio objetivo del acuerdo, su propia finalidad, se vería muy perjudicado. Asistiríamos a una política comercial «a la carta» en la que cada Estado escogería las disposiciones por las cuales quiere seguir estando vinculado, desvirtuando el acuerdo de libre comercio. Asimismo, tal situación sería grave para la credibilidad y la unidad de la Unión en la escena internacional.

Otra situación es la de la retirada de un Estado miembro de la Unión. Normalmente, para los acuerdos celebrados por la Unión Europea, no hay ningún debate. Al no pertenecer a la Unión Europea, el Estado ya no está vinculado a los acuerdos celebrados por ella. El carácter mixto de un acuerdo plantea unos problemas en el caso de la retirada de un Estado de la Unión. En el caso del Brexit y siguiendo la lógica expresada en lo anterior, se podría concebir que el Reino Unido quede vinculado al acuerdo, o mejor dicho a las partes que entran dentro de su competencia. En efecto, ha ratificado estas disposiciones en su papel de Estado soberano y con arreglo al Derecho internacional. De nuevo, semejante situación parece muy cuestionable, tanto desde un punto de vista práctico como político, entre otras cosas porque los acuerdos mixtos no suelen estipular qué elementos tienen una naturaleza mixta. Una situación mucho más creíble es que el Reino Unido quiera seguir estando vinculado al acuerdo entero y así «transformar» el acuerdo bilateral de libre comercio en acuerdo multilateral (puesto que el Reino Unido será considerado como un país tercero). Eso le evitaría negociar nuevos acuerdos de libre comercio con todos los socios de la Unión. Sin embargo, hemos de señalar que semejante situación requeriría un instrumento legal (como un protocolo) que debería ser ratificado por todos los Estados miembros, la Unión y la tercera parte del Acuerdo<sup>73</sup>.

En resumen, el carácter mixto de los acuerdos celebrados por la Unión Europea plantea problemas importantes por los cuales los Tratados son sorprendentemente silenciosos. Se proponen a continuación unas propuestas de soluciones.

73. Véase VAN DER LOO, G. y BLOCKMANS, S. 2016: «The Impact of Brexit on the EU's International Agreements». *CEPS Commentary*, julio de 2016.

## 4. LAS HERRAMIENTAS EXISTENTES Y CONTEMPLADAS PARA SUPERAR LOS PROBLEMAS DE LA RATIFICACIÓN

### 4.1. *Análisis de los instrumentos recientemente utilizados*

Para superar los recientes problemas debidos a las críticas contra el CETA, dos instrumentos han sido utilizados, uno de carácter bilateral entre la Unión y Canadá y el otro de carácter unilateral entre los Estados miembros. Pueden servir de base para los próximos acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión. Se van a analizar sus contenidos y sus naturalezas jurídicas, así como sus eficacias a la hora de permitir la ratificación del Acuerdo. De igual modo, se analizará finalmente el acuerdo que permitió facilitar la ratificación por parte de los Países Bajos del acuerdo de asociación con Ucrania.

Primero, y como se suele hacer para los acuerdos internacionales, se añadió al Acuerdo una Declaración interpretativa común. Este instrumento está expresamente previsto en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (art. 31). El documento precisa cómo algunas disposiciones del Acuerdo —las más polémicas y criticadas— deben ser interpretadas<sup>74</sup>. Más precisamente, tranquiliza a los oponentes en cuanto al derecho intacto de los Estados a regular la actividad económica en áreas de interés público (salud pública, medio ambiente, seguridad, protección social, etc.). Se precisa que el Acuerdo no implica la privatización de ningún servicio público y que ambas partes son libres de fijar sus propios niveles de protección en materias sociales y medioambientales. Otro punto importante asegura que el Acuerdo no permite a otros países terceros aprovecharse de la liberalización del comercio entre la Unión y Canadá (los oponentes al CETA veían en ello un «caballo de Troya» estadounidense). Si es cierto que la Declaración no modifica como tal el contenido del Acuerdo, es un instrumento interpretativo importante pues tiene carácter vinculante. Deberá ser tenido en cuenta a la hora de juzgar las diferencias inversor-Estado o cuando examine el TJUE disposiciones del Acuerdo. Ahora bien, la mayor utilidad de este instrumento es de orden político y no jurídico. En efecto, el documento no hace nada más que repetir lo que se desprende del Acuerdo. Su razón de ser reside en el hecho de que es un seguro más para los opositores al Acuerdo. La mayor aportación de esta Declaración es sin duda el compromiso entre la Unión y Canadá para elaborar un código de conducta, así como reglas éticas para el futuro tribunal de arbitraje. Se fijarán también reglas para el nombramiento y la remuneración de los miembros del tribunal. La finalización de esta elaboración está prevista para la entrada en vigor del Acuerdo.

En segundo lugar, treinta y ocho declaraciones han sido realizadas tanto por las instituciones de la Unión como por sus Estados miembros. Expresan la posición de

74. El documento está disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/10/28-eu-canada-trade-agreement/>.

cada uno en la celebración del Acuerdo. Se nota que varios Estados miembros adoptaron declaraciones para proteger sus propios intereses. Por ejemplo, Grecia se refiere a la protección de la denominación del queso feta; el Reino Unido recuerda que no se aplican las disposiciones relativas al Espacio de libertad, seguridad y justicia, y Rumania condiciona su acuerdo a la liberalización del régimen de visado canadiense. La aplicación provisional es también una cuestión largamente evocada. Ahora bien, es preciso preguntarse por la utilidad y la fuerza jurídica de semejante instrumento. Claro está que fue clave, al igual que la Declaración interpretativa común, a la hora de apaciguar *in extremis* las oposiciones del Parlamento valón<sup>75</sup>. En efecto, Bélgica toma nota de que las disposiciones relativas al mecanismo de resolución de las deferencias inversores-Estado no son afectadas por la aplicación provisional del Acuerdo.

Sin embargo, al menos dos razones pueden llevar a pensar que este instrumento carece de pertinencia para superar los problemas ya enunciados. En primer lugar, estas 38 declaraciones no tienen carácter vinculante<sup>76</sup>. En efecto, debido a sus caracteres unilaterales, no vinculan a las partes del Acuerdo, en este caso Canadá<sup>77</sup>. En consecuencia, no pueden modificar los efectos jurídicos del Acuerdo. Cabe añadir que las declaraciones se consignan en el acta del Consejo y no en la decisión misma, y que, en este sentido, tampoco tienen carácter vinculante entre los Estados miembros y las instituciones. No obstante, las declaraciones no carecen de toda fuerza jurídica en la medida en que podrán ayudar a entender el contexto de la negociación en la interpretación futura del CETA<sup>78</sup>. Además, semejantes declaraciones unilaterales podrían estar mal vistas por Canadá ya que podría considerarlas como una práctica de mala fe y desleal por parte de la Unión Europea con el objetivo de modificar, por sí sola, el contenido del Acuerdo. En segundo lugar, este instrumento no hace nada más que aplazar el problema. Bélgica reconoce que, salvo decisión contraria de los Parlamentos regionales, las regiones «no tienen intención de ratificar el [CETA] sobre la base del sistema de solución de diferencias entre los inversores y las Partes». De este modo, el problema de la ratificación por parte de los Parlamentos regionales belgas sigue siendo real. Tarde o temprano, los Parlamentos regionales belgas volverán a poner sobre la mesa sus rechazos del Acuerdo CETA. Bélgica parece haber previsto un remedio parcial a este problema ya que prevé en su Declaración que «notificará al Consejo, a más tardar en el plazo de un año a partir de la notificación de la [entidad federal], la imposibilidad definitiva y permanente de que Bélgica ratifique el [CETA]». Así,

75. Véase HERVÉ, A. 2017: «L'accord économique et commercial global (AECG/CETA) entre l'Union européenne et le Canada. Tentative de rénovation de la modélisation conventionnelle du libre-échange à l'issue incertaine». *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2017, n.º 1: 140 y ss.

76. *Ibid.*

77. Véase DÍEZ DE VELASCO, M. 2008: *Instituciones de Derecho internacional público*. Decimosexta edición. Madrid: Tecnos, 161-174.

78. El artículo 31, apartado 3, del Convenio de Viena prevé que se tomará en cuenta el contexto a la hora de interpretar las disposiciones de un Tratado.

al no hacer automática e instantánea la notificación de tal rechazo, el Gobierno federal prevé un tiempo de negociación. Como ha reconocido Paul MAGNETTE, el presidente de Valonia, los dos primeros instrumentos analizados han jugado un papel clave a la hora de aceptar el acuerdo y permitir al Gobierno belga firmar el Acuerdo<sup>79</sup>. Si no son suficientes, pueden no obstante permitir apaciguar las reticencias y las dudas de los Parlamentos nacionales.

Dicho eso, queda por analizar un último instrumento. El futuro del Acuerdo de asociación negociado entre la Unión Europea y Ucrania, por el cual conocemos la importancia estratégica, se ha visto igualmente amenazado por resistencias nacionales. En efecto, el Acuerdo ha sido considerado como mixto ya que, si bien la mayoría de sus disposiciones entran dentro del ámbito competencial de la Unión, algunas como la cooperación en materia de defensa, la lucha contra el terrorismo o el control de las migraciones implican competencias de los Estados miembros<sup>80</sup>. El 6 de abril de 2016, el pueblo holandés se pronunció, mediante un referéndum, en contra del acta de su Parlamento que había autorizado la ratificación del Acuerdo de asociación. Dicho referéndum ha sido posible gracias a una ley adoptada en 2015 que prevé la organización de un referéndum de iniciativa popular para las actas adoptadas por el Parlamento. A pesar de su carácter no vinculante y de la muy baja participación, el Gobierno holandés decidió tomar en cuenta el referéndum y bloquear la culminación del proceso de ratificación. Cabe señalar que el Acuerdo ya se aplicaba provisionalmente desde el 1 de enero de 2016<sup>81</sup>.

Para superar este problema, se ha tomado una decisión bastante sorprendente. El 15 de diciembre de 2016, el Consejo Europeo presentó una solución que consistió en una Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno en el ámbito del Consejo Europeo, pero no tomada por el Consejo Europeo<sup>82</sup>. Al contrario de lo que se usó para el CETA, no se trata de una Declaración conjunta entre la Unión y Ucrania, ni siquiera de un Protocolo para exonerar a Holanda de la aplicación de las disposiciones controvertidas. Con el objetivo de tranquilizar el pueblo holandés, la Decisión recuerda algunos puntos evidentes del Acuerdo de asociación, como el hecho de que no concede a Ucrania el

79. Véase el discurso de Paul MAGNETTE ante el Parlamento valón pronunciado el 28 de octubre de 2016.

80. Véase VAN DER LOO, G. 2016: «The Dutch Referendum on the EU-Ukraine Association Agreement». *CEPS Commentary*, abril de 2016.

81. Decisión del Consejo 2014/668/UE de 23 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, DO L 278 de 20.9.2014, p. 1/3.

82. Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los veintiocho Estados miembros de la UE, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa al Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, anexada a las Conclusiones del Consejo Europeo del 15 de diciembre de 2016.

estatuto de país candidato a la adhesión a la Unión, no prevé ayuda militar al país o no permite a los ucranianos trabajar o residir libremente en los Estados de la Unión. Finalmente, la decisión no es nada menos que un acuerdo internacional celebrado entre los veintiocho Estados miembros<sup>83</sup>.

De nuevo, esta solución plantea varios problemas. Primero, el hecho de que una parte, en este caso la Unión Europea, establezca sola la interpretación de unas disposiciones del Acuerdo mientras que algunos Estados miembros ya han ratificado el Acuerdo no puede ser una respuesta adecuada. En segundo lugar, es una lástima que la solución adoptada consista en una mera repetición del contenido del Acuerdo. Es de lamentar que la Unión tardara meses para, simplemente, decir en una decisión lo que ya se desprendía del Acuerdo. En todo caso, eso cuestiona las verdaderas motivaciones de los opositores y, en todo caso, ilustra de nuevo la utilización de argumentos a veces muy ajenos al contenido de los acuerdos. Se nota que el proceso de ratificación está «contaminado» por cuestiones internas relativas a la política gubernamental.

#### 4.2. *¿El principio de cooperación leal como medio para superar los problemas?*

El principio de cooperación es uno de los principios fundamentales de la Unión Europea. El artículo 4(3) TUE dispone que:

Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

A la vista de estas disposiciones, se puede razonablemente preguntar si el principio de cooperación leal podría ser utilizado para superar los problemas de la ratificación por parte de los Parlamentos nacionales. Es evidente que estos están sometidos, al igual que las instituciones europeas y las autoridades nacionales, al principio de cooperación leal. El artículo 12 TUE dispone que «[los] Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión [...]». Además, en varias ocasiones, el TJUE ha señalado que el principio de cooperación leal no solo se aplica en el proceso de negociación y de ejecución de las obligaciones contraídas, sino también en

83. WESSEL, R. 2017: «The EU Solution to Deal with the Dutch Referendum Result on the EU-Ukraine Association Agreement». *European Papers*, 2016, vol. 1, n.º 3: 1305-1309, p. 1306.

el proceso de celebración<sup>84</sup> e incluso de ratificación<sup>85</sup>. Hay dos vertientes del uso de este principio en relación con el tema de la ratificación que no implican exactamente las mismas cosas. Primero, se podría invocar el principio de cooperación leal para acelerar el proceso de ratificación. En segundo lugar, se podría utilizar para obligar a un Parlamento a ratificar un acuerdo. Se va a examinar la posibilidad de ambas opciones.

Primero, se podría aplicar este principio para acelerar los procesos nacionales. En efecto, el artículo 4(3) ya mencionado hace expresamente referencia a la obligación de ayudar a la Unión en el cumplimiento de su misión. Un retraso desproporcionado podría llevar a un Estado miembro ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento de los Tratados. Pertencería al TJUE valorar cuál sería el plazo razonable. Según Jenö CZUCZAI, «all Member States are under the obligation to cooperate loyally, and therefore to launch their national ratification procedure in due time so as to facilitate a quick completion of the overall ratification process. They should not delay their internal processes of ratification unduly so as to block the process of conclusion of international mixed agreements»<sup>86</sup>. Sin embargo, esa posibilidad conlleva un problema de importancia. Como lo subraya el mismo autor, en el caso de la incoación de un procedimiento por incumplimiento, el TJUE debería examinar e interpretar el derecho nacional e incluso constitucional de un Estado miembro ya que el proceso de ratificación obedece a reglas puramente internas<sup>87</sup>. Es una opción arriesgada. El Estado alegraría la intromisión del TJUE en sus reglas constitucionales. Otra solución similar pero quizá más segura sería la fijación de una fecha límite que permitiría asegurarse de la compleción de los procesos de ratificación dentro de un periodo razonable. La Comisión la podría establecer mediante su Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la aplicación provisional del acuerdo. Esta opción es legalmente posible<sup>88</sup>. De hecho, ya se ha utilizado, pero de manera más «blanda» en un considerando de una Decisión del Consejo (aunque se usa el verbo «deber») <sup>89</sup>.

84. Véase NEFRAMI, E. 2010: «The Duty of Loyalty: Rethinking Its Scope Through Its Application in the Field of EU External Relations». *Common Market Law Review*, 2010, n.º 47: 323-359.

85. Dictamen 2/91 del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1993, ECLI:EU:C:1993:106, apartado 38.

86. CZUCZAI, J., *op. cit.*, nota 60, pp. 233-234.

87. *Ibid.*, p. 244.

88. Véase KUIJPER, P. J. 2008: «Of “mixity” and “double-hatting” – EU external relation law explained». Inaugural lecture on 23 May 2008 at the University of Amsterdam. VossiuspersUva 12.

89. Decisión UE 2015/1340 del Consejo de 13 de julio de 2015 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, e Islandia, por otra, sobre la participación de Islandia en el cumplimiento conjunto de los compromisos de la Unión Europea, sus Estados miembros e Islandia en el segundo periodo de compromiso del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. DO L 207 de 4.8.2015. Se trataba de permitir que este acuerdo media

Como ya se señaló, se podría contemplar la posibilidad de invocar el principio de cooperación leal para obligar a un Estado a ratificar un acuerdo mixto. Esta posibilidad es aún más cuestionable. Ante todo, cabe decir que el TJUE reconoce la responsabilidad del Estado por los actos del legislador nacional<sup>90</sup>. Así, un Estado no puede eludir una posible sanción alegando las actuaciones de su Parlamento. Sin embargo, varios argumentos vienen a contradecir un hipotético uso del principio de cooperación leal en el presente caso. Primero, los Tratados aseguran el respeto de la «identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales» de cada Estado miembro (art. 4(2) TUE). Tal acción de la UE o del TJUE sería vista como una intromisión injustificada e ilegal dentro de los poderes estatales. El Estado no hace nada más que ejercer su soberanía al ratificar (o no) un acuerdo internacional. En realidad, existe una distinción entre las obligaciones externas e internas de cada institución en cuanto al principio de cooperación leal<sup>91</sup>. Cada institución está sometida al principio de cooperación leal cuando interactúa con una otra. Sin embargo, cuando actúa en un plano interno, es decir, cuando delibera, ya no está sometida a este principio<sup>92,93</sup>. Un razonamiento similar se puede aplicar a las decisiones de los Parlamentos nacionales. Es el punto de vista de Andrew Woodhouse: «The political exception to duties of sincere cooperation for internal legislative actions ought to apply [...]». Añade que «it concerns the way that the national parliament chooses to cast its vote; the way it defends its national interest»<sup>94</sup>.

Sin embargo, la Abogado General del TJUE E. Sharpston, en sus conclusiones del 21 de diciembre de 2016 sobre el acuerdo de libre comercio con Singapur, hace una reflexión interesante al distinguir la aplicación del principio de cooperación leal en función de las disposiciones contestadas. En efecto, considera que pertenece al Estado miembro aprobar o rechazar su adhesión en el acuerdo ya que es su derecho

---

ambiental sea ratificado antes de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el clima que iba a celebrarse dentro de poco y en el que iba a adoptarse un nuevo instrumento jurídicamente vinculante.

90. TJUE, sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame III, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79.

91. Véase WOODHOUSE, A. 2017: «With great power, comes no responsibility? The “political exception” to duties of sincere cooperation for national parliaments». *Common Market Law Review*, 2017, n.º 54: 443-474.

92. *Ibid.*

93. En los casos acumulados C-63/90 y C-67/90, el TJCE señaló que «la adopción de una disposición legal por parte del Consejo no puede constituir [...] una infracción de la obligación de lealtad que incumbe al Consejo como Institución». En efecto, el Tribunal consideró que el hecho de que los Estados miembros defiendan sus intereses en el Consejo no cabe en el ámbito de la aplicación del principio de cooperación leal. Ver TJUE, sentencia de 13 de octubre de 1992, asuntos acumulados C-63/90 y C-67/90, República Portuguesa y Reino de España contra Consejo de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1992:381, apartado 53.

94. WOODHOUSE, A., *op. cit.*, nota 91, p. 467.

soberano. Sin embargo, no podría negarse a ratificar las disposiciones de las que ha transferido su regulación a la Unión. Según ella, «[s]i un Estado miembro se niega a celebrar un acuerdo internacional por cuestiones relacionadas con aspectos de ese acuerdo sobre los cuales la Unión dispone de competencia externa exclusiva, dicho Estado miembro estaría incumpliendo esas normas del Tratado»<sup>95</sup>. Sin embargo, parece especialmente difícil evaluar por qué motivos un Estado se ha negado a ratificar un acuerdo internacional. Los debates parlamentarios suelen abarcar una amplia gama de críticas y dudas. Además, como no existe una demarcación clara de competencias en los acuerdos mixtos, sería particularmente difícil para los Parlamentos nacionales ejercer su rol constitucional de ratificación y respetar al mismo tiempo este principio.

### 4.3. Algunas pistas para arreglar los problemas de la ratificación

#### 4.3.1. Fortalecer el control del representante del Estado en el Consejo por los Parlamentos nacionales

Primero, el primer cambio contemplado pretende evitar lo antes posible un posible rechazo del acuerdo por parte de un Parlamento nacional. La Declaración «Trading Together»<sup>96</sup> contempla la posibilidad de reforzar el diálogo entre el Gobierno y los parlamentarios desde el inicio de las negociaciones para prevenir las reticencias y los problemas (aunque no explica cómo hacerlo). Más en concreto, hay que reforzar el control parlamentario de las decisiones del representante del Estado en el Consejo. Cada decisión de los representantes de los gobiernos, ya sea para la apertura de negociaciones o la firma del acuerdo, debería estar sometida al acuerdo previo de los Parlamentos nacionales. De este modo, se reforzaría al mismo tiempo la unidad del Estado miembro en el ámbito de la Unión Europea, ya que tanto el Gobierno como su Parlamento tendrían, de hecho, la misma posición. La ratificación no sería nada más que la formalización del acuerdo del Estado (lo que en realidad ya debería ser).

A quienes opinan que no es una propuesta creíble y factible, hemos de recordar que, en los últimos años, varios Parlamentos nacionales han obtenido un derecho a vetar varias decisiones de sus representantes en el Consejo, especialmente en lo que tiene que ver con las medidas adoptadas con arreglo al artículo 352 TFUE (cláusula de imprevisión)<sup>97</sup>. De esta manera, los miembros del Consejo están vinculados a la decisión de su Parlamento nacional. Este tipo de mecanismo de «red card» ya existe

95. Conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016 para el dictamen 2/15, ECLI:EU:C:2016:992, punto 568.

96. La Declaración «Trading Together» fue publicada el 25 de enero de 2017. Tiene un planteamiento distinto al de la Declaración de Namur. El texto está disponible en inglés en <https://www.trading-together-declaration.org/>.

97. WOODHOUSE, A., *op. cit.*, nota 91, p. 451.

en Alemania y está aún más desarrollado en el Reino Unido gracias al «European Union Act»<sup>98</sup>. La eficacia de este control *ex ante* requiere, sin embargo, el paso de la mayoría cualificada a la unanimidad para lo que tiene que ver con la política comercial común. En efecto, la reforma propuesta sería inútil si una decisión pudiera ser adoptada sin el acuerdo de todos los miembros del Consejo. Si se puede considerar esta reforma como un paso atrás, parece sin embargo imprescindible. Los asuntos comerciales suelen ser muy polémicos y debatidos. Además, no cambiaría mucho en la práctica ya que se suele llegar a consenso en el seno del Consejo. Reconocemos que esta propuesta no es inmune a un cambio de mayoría parlamentaria, pero tendría el mérito de arreglar algunos problemas.

#### 4.3.2. Dividir los acuerdos de libre comercio en dos partes

Está apareciendo otra opción que consistiría en separar en dos los acuerdos de libre comercio en función de las competencias de que se trate<sup>99</sup> o, dicho de otro modo, en suprimir los acuerdos mixtos. Tendríamos así dos acuerdos, uno bilateral que abarca todas las disposiciones que entran dentro del ámbito competencial de la Unión y uno multilateral entre los Estados miembros (con o sin la Unión) y el tercer Estado relativo a los asuntos que entran en las competencias de los Estados. Este último vendría a completar el primer acuerdo, añadiendo las últimas disposiciones que faltan en el acuerdo celebrado por la Unión. Por eso, el Dictamen 2/15 debería ser la base adecuada. Esta opción no pondría necesariamente en peligro la unidad de la Unión y el principio de cooperación leal porque, en todo caso, los Estados miembros seguirían estando sometidos en las fases de negociación y de celebración a estos principios básicos. En cambio, permitiría arreglar casi todos los problemas jurídicos que hemos señalado a lo largo de este trabajo.

En efecto, como ya se ha explicado, el acuerdo mixto intenta presentarse como un todo único. Sin embargo, si lo es desde un punto de vista comercial, esta ficción choca con las reglas institucionales y jurídicas. Dividir en dos los acuerdos mixtos es, una vez por todas, aclarar expresamente lo que puede hacer un Estado (y su Parlamento) y lo que no puede hacer. Resolvería casi todas las dudas relativas a la ratificación, la aplicación provisional, la terminación del acuerdo, etc. En efecto, la capacidad de tomar estas decisiones depende de la competencia de cada uno. Con los acuerdos mixtos actuales, no está claro lo que debe ratificar el Parlamento nacional, si un Estado puede poner fin a la aplicación provisional, si puede formular reservas... Lógicamente, podría para las disposiciones que entran dentro de sus competencias, pero opinamos que la

98. Véase CRAIG, P. 2011: «The European Union act 2011: Locks, Limits and Legality». *Common Market Law Review*, 2011, n.º 48: 1915-1944.

99. Véanse las conclusiones de E. SHARPSTON para el Dictamen 2/15, ECLI:EU:C:2016:992, punto 567.

división en dos sería mucho más comprensible. Los Estados solo deberían ratificar las disposiciones que entran en sus competencias. Obviamente, todo eso requiere que el Tribunal de Justicia se pronuncie en el futuro sobre cada acuerdo de libre comercio negociado para delimitar el alcance de las competencias de los Estados y de la Unión. Esa idea no necesita ninguna reforma institucional.

Dos elementos matizan los beneficios de esa propuesta. Primero, la utilidad del carácter mixto reside justamente en el hecho de dejar de lado la cuestión del reparto de competencias entre los Estados y la Unión. Además, los acuerdos de libre comercio son un todo homogéneo, en los cuales todas las disposiciones están vinculadas entre ellas. Sin embargo, gracias al Dictamen 2/15, la política comercial común abarca una amplia gama de disposiciones. Si los Tribunales de arbitraje de diferencias Estado-inversor necesitan el acuerdo de los Estados miembros, hay que señalar que, en el acuerdo de libre comercio con Corea, el primero de los acuerdos de «nueva generación», no se previó ningún mecanismo de este tipo. Finalmente, esta propuesta tiene el mérito de evitar «limpiar» los acuerdos de libre comercio al suprimir las disposiciones que entran en las competencias de los Estados miembros. En cambio, mantiene estas disposiciones, pero las introduce de otra manera. El segundo problema reside en el hecho de que los Estados puedan ser más propensos a formular reservas o incluso a poner fin al acuerdo con la separación de los acuerdos mixtos ya que esta opción subraya su carácter soberano. Pero en todo caso lo podrían hacer solo con respecto a muy pocos elementos.

## 5. BREVES CONCLUSIONES

El problema que nos ha ocupado debe situarse en el marco del reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros. Los acuerdos mixtos, al implicar competencias que involucran tanto la actuación de la Unión como de los Estados miembros, conllevan el uso de procedimientos distintos y paralelos para ambos. El objetivo de este trabajo ha sido poner de relieve los problemas que conlleva la ratificación de los acuerdos mixtos de libre comercio por parte de los Estados miembros, así como las consecuencias jurídicas de semejante obligación. Si la Unión Europea siempre pudo superar estos problemas y hasta ahora no existe ningún acuerdo de libre comercio no ratificado por un Estado miembro, la próxima puesta en marcha de los procesos de ratificación nacionales del CETA hace temer que el riesgo se convierta en realidad. Los acuerdos de libre comercio están cada vez más sujetos a críticas por parte de la sociedad civil europea y finalmente son los Estados los que se ven perjudicados por la lentitud de la ratificación o el rechazo de los acuerdos de libre comercio.

Más allá de una muy poca probable reforma de los Tratados, existen ya algunas herramientas que pueden contribuir a superar estos problemas, en menor o mayor grado. Dos de los cambios posibles son separar en dos partes los futuros acuerdos de

libre comercio y mejorar el control del representante del Estado en el Consejo por los Parlamentos nacionales. Lo cierto es que la Unión Europea no puede seguir celebrando acuerdos de libre comercio con terceros países sin solucionar estos problemas. El futuro acuerdo de separación entre la Unión Europea y el Reino Unido será de igual manera mixto. Así, es más que hora de aclarar y simplificar los procedimientos de ratificación de los acuerdos mixtos. En ello va la supervivencia de la credibilidad de la Unión en la escena internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADRIÁN ARNÁIZ, A. J. 2011: «Los acuerdos de libre comercio de la nueva era. El acuerdo Unión Europea y Corea». *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2011, vol. 3: 26-49.
- BOURGEOIS, J. 1997: «Mixed Agreement: A New approach?». En J. Bourgeois, J.-L. Dewost y M.-A. Gaiffe (eds.): *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?* Bruselas: Presses Interuniversitaires Européennes, 83-92.
- CRAIG, P. 2011: «The European Union act 2011: Locks, Limits and Legality». *Common Market Law Review*, 2011, n.º 48: 1915-1944.
- CZUCZAI, J. 2010: «Mixity in Practice: Some Problems and Their (Real or Possible) Solution». En C. Hillion y C. Koutrakos (eds.): *Mixed agreements revisited*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 229-248.
- DÍEZ DE VELASCO, M. 2008: *Instituciones de Derecho internacional público*. Decimosexta edición. Madrid: Tecnos
- GARCÍA-DURÁN, P. y ELIASSON, L. J. 2017: «The Public Debate over Transatlantic and Investment Partnership and Its Underlying Assumptions». *Journal of World Trade*, 2017, vol. 51, n.º 1: 23-42.
- GATTI, M. y MANZINI, P. 2012: «External representation of the European union in the conclusion of international agreements». *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, n.º 5: 1703-1734.
- GOSALBO BONO, R. 2015: «Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, n.º 50: 231-320.
- HERVÉ, A. 2017: «L'accord économique et commercial global (AECG/CETA) entre l'Union européenne et le Canada. Tentative de rénovation de la modélisation conventionnelle du libre-échange à l'issue incertaine». *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2017, n.º 1: 140 y ss.
- HERVÉ, A. 2017: «Les résistances des États membres au développement des relations conventionnelles de l'Union européenne : quels enseignements tirer de la conclusion de l'accord de libre-échange UE/Canada et de l'accord d'association UE/Ukraine ?». *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2017, n.º 1: 119 y ss.
- HOFFMEISTER, F. 2010: «Curse or Blessing? Mixed Agreements in the Recent Practice of the European Union and its Member States». En C. Hillion y P. Koutrakos (eds.): *Mixed agreements revisited*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 249-268.
- LEAL-ARCAS, R. 2001: «The European Community and Mixed Agreements». *European Foreign Affairs Review*, 2001, n.º 6: 483-513.

- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. 2014: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Octava edición. Madrid: Tecnos
- NEFRAMI, E. 2007: *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*. Paris: Bruylant
- NEFRAMI, E. 2010: «The Duty of Loyalty: Rethinking Its Scope Through Its Application in the Field of EU External Relations». *Common Market Law Review*, 2010, n.º 47: 323-359.
- NEFRAMI, E. 2016: «La compétence de l'Union européenne pour conclure un accord international». *Revue du droit public*, 2016, n.º 6: 1639 y ss.
- SÁNCHEZ-TABERNEIRO, S. R. 2015: «La ilegalidad de las decisiones híbridas en el marco de la celebración de acuerdos mixtos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, vol. 52: 1057-1073.
- STEENBERGEN, J. 1997: «Les accords mixtes et le système fédéral belge». En J. Bourgeois, J.-L. Dewost y M.-A. Gaiffe (eds.): *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?* Bruselas: Presses interuniversitaires Européennes, 77-82.
- VAN DER LOO, G. 2016: «CETA's signature: 38 statements, a joint interpretative instrument and an uncertain future». *CEPS Commentary*, octubre de 2016. <https://www.ceps.eu/publications/ceta%E2%80%99s-signature-38-statements-joint-interpretative-instrument-and-uncertain-future>.
- VAN DER LOO, G. 2016: «The Dutch Referendum on the EU-Ukraine Association Agreement». *CEPS Commentary*, abril de 2016. <https://www.ceps.eu/publications/dutch-referendum-eu-ukraine-association-agreement-legal-options-navigating-tricky-and>.
- VAN DER LOO, G. y BLOCKMANS, S. 2016: «The Impact of Brexit on the EU's International Agreements». *CEPS Commentary*, julio de 2016. <https://www.ceps.eu/publications/impact-brexit-eu%E2%80%99s-international-agreements>.
- VAN DER LOO, G. y WESSEL, R. 2017: «The non-ratification of mixed agreements: legal consequences and solutions». *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, n.º 3: 735-770.
- WESSEL, R. 2017: «The EU Solution to Deal with the Dutch Referendum Result on the EU-Ukraine Association Agreement». *European Papers*, 2016, vol. 1, n.º 3: 1305-1309. <http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/eu-solution-deal-dutch-referendum-result-on-the-eu-ukraine-association-agreement>.
- WOODHOUSE, A. 2017: «With great power, comes no responsibility? The “political exception” to duties of sincere cooperation for national parliaments». *Common Market Law Review*, 2017, n.º 54: 443-474.