



Madrid, 4 de marzo de 2015

## **Contribución de España sobre el tema de la “Aplicación provisional de los tratados”**

Aunque con cierto retraso, por el que se pide excusa, España desea atender la solicitud de la CDI para que proporcione “información sobre su práctica en relación con la aplicación provisional de los tratados, incluida su legislación pertinente, con ejemplos, en particular en lo que se refiere a:

- a) la decisión de aplicar provisionalmente un tratado;
- b) la terminación de esa aplicación provisional; y
- c) los efectos jurídicos de la aplicación provisional”.

### **1. Regulación de la aplicación provisional en la Ley española de tratados.**

En España se ha aprobado muy recientemente una Ley en materia de tratados, que ha venido a sustituir al instrumento normativo que, desde 1972, por tanto, antes de la Constitución española de 1978, regulaba esta materia (Decreto 801/1972 –Boletín Oficial del Estado, núm. 85, de 8 de abril de 1972-) Desde el 18 de diciembre de 2014 está vigente en nuestro país la *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales* (Boletín Oficial del Estado, núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

La citada Ley contiene una disposición dedicada específicamente a la aplicación provisional. Se trata del artículo 15, que, bajo el título ‘Aplicación provisional’, dispone lo siguiente:

“1 El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y a iniciativa motivada del departamento competente para su negociación, autorizará la aplicación provisional, total o parcial, de un tratado internacional antes de su entrada en vigor. El Ministerio de la Presidencia comunicará el acuerdo de autorización a las Cortes Generales

2 La aplicación provisional no podrá autorizarse respecto de los tratados internacionales a que se refiere el artículo 93 de la Constitución Española.

3 En el supuesto de que se trate de un tratado internacional comprendido en alguno de los supuestos del artículo 94 1 de la Constitución Española, si las Cortes Generales no concedieran la preceptiva autorización para la



conclusión de dicho tratado, el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación notificará de inmediato a los otros contratantes, entre los que el tratado se aplica provisionalmente, la intención de España de no llegar a ser parte en el mismo, terminando en ese momento su aplicación provisional.

4 El Consejo de Ministros autorizará la aplicación provisional de los tratados internacionales que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública y el desembolso de fondos con carácter previo a su ratificación y entrada en vigor, a iniciativa motivada del departamento competente, siempre que existe crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con el calendario de pagos previsto, previo informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación”.

La decisión de proceder a la aplicación provisional de un tratado queda en manos del Consejo de Ministros. Su decisión en este sentido habrá de ser comunicada al Parlamento (Cortes Generales). En el caso de que el tratado cuya aplicación provisional se pretende implique obligaciones financieras que, en todo o en parte, hayan de satisfacerse antes de la entrada en vigor de aquél, la decisión del Consejo de Ministros estará supeditada a la existencia de crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado, un extremo que deberá acreditar el Ministerio de Hacienda mediante un informe.

Quedan excluidos de la aplicación provisional los tratados contemplados en el artículo 93 de la Constitución Española, esto es, los tratados por los que se atribuya a una organización internacional o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de las Constitución. Al amparo de esta previsión España se adhirió a las entonces Comunidades Europeas, ha ratificado todos los Tratados de adhesión relativos a otros Estados que se incorporaron más tarde así como los Tratados de revisión de los tratados sobre los que se funda la actual Unión Europea y concluyó también el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se entiende que, en casos como los mencionados, la entidad de los tratados es tal, que no procede que se empiecen a aplicar antes de que el Parlamento (Cortes Generales) haya prestado su consentimiento a tal efecto; el Parlamento se encontraría casi ante un *fait accompli*.

El artículo 94.1 de la Constitución Española contiene una lista de tratados para los que también se necesita la autorización del Parlamento de cara a su conclusión<sup>1</sup> Respecto de este segundo grupo de tratados, la Ley 25/2014 no excluye *a limine* la aplicación provisional, sino que dispone que si el

<sup>1</sup> De conformidad con el artículo 94 1 de la Constitución Española

“La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos

- a) Tratados de carácter político
- b) Tratados o convenios de carácter militar
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución”



Parlamento (Cortes Generales) no concediera su autorización, el Ministro de Asuntos Exteriores español habrá de notificar a los demás contratantes entre quienes el tratado se aplica provisionalmente la intención de España no llegar a concluir el tratado en cuestión, lo que supondrá, de acuerdo con la regla consagrada en el artículo 25.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (1969), la terminación de la aplicación provisional.

La Ley 25/2014 contempla, además, la publicación oficial (en el Boletín Oficial del Estado), con carácter inmediato, del tratado aplicado provisionalmente. Lo hace en el artículo 23, titulado 'Publicación en el Boletín Oficial del Estado y entrada en vigor', cuyo apartado 2 establece:

"Si se hubiera convenido la aplicación provisional de un tratado o de parte del mismo, se procederá a su inmediata publicación. En su momento se publicará la fecha de la entrada en vigor para España o, en su caso, aquella en que termine su aplicación provisional".

El artículo 24, sobre el 'Contenido de la publicación', vuelve sobre el mismo tema, al prever, en su apartado 1:

"La publicación de un tratado internacional en el 'Boletín Oficial del Estado' incluirá el texto íntegro del tratado junto a cualesquiera instrumentos o documentos anejos o complementarios, así como los actos unilaterales dependientes del tratado. Además, se publicará la fecha de entrada en vigor del tratado y, en su caso, la de aplicación provisional y su terminación"

De lo anterior resulta, dando con ello respuesta a las concretas preguntas formuladas por la CDI, cuanto sigue

- a) La decisión de aplicar provisionalmente un tratado corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y a iniciativa motivada del departamento ministerial competente (según la materia) para su negociación. De acuerdo con lo dispuesto en la Instrucción de Servicio núm. 75 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (en adelante, MAEC), de 28 de julio de 2009, sobre firma *ad referendum* y aplicación provisional de los Tratados internacionales, las circunstancias que motiven la aplicación provisional deberán constar en la Memoria y en la Exposición que se envíe al Consejo de Ministros.

Si se trata de un tratado que implica obligaciones financieras para la Hacienda Pública y el desembolso de fondos ha de producirse antes de su entrada en vigor, la decisión del Consejo de Ministros para la aplicación provisional dependerá de la existencia de crédito adecuado y suficiente en los presupuestos del Estado, extremo sobre el que se pronunciará el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Aunque la Ley 25/2014 fija sólo un término final para la aplicación provisional de un tratado ("antes de su entrada en vigor" –art. 15.1-), la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC español rechaza la aplicación provisional previa a la autenticación. En este sentido, no admite la aplicación provisional de tratados firmados *ad referendum*, mientras no se haya perfeccionado la autenticación, esto es, mientras el Consejo de



Ministros no haya aprobado dicha firma *ad referendum*. Su posición encuentra amparo en la ya citada Instrucción de Servicio núm. 75, que declara “*en ningún caso se firmará ad referendum un Tratado que contenga una cláusula de aplicación provisional*”.

- b) La terminación de esa aplicación provisional puede decidirla el mismo Consejo de Ministros, si, por el motivo que sea (imaginemos, por ejemplo, un cambio de Gobierno o un cambio en las circunstancias económicas del país), decide que no va a concluir finalmente el tratado.

A este respecto, cabe añadir que un cambio en las circunstancias podría también llevar no a renunciar al tratado que se viene aplicando a título provisional, sino a instar su enmienda. En este sentido, España está actualmente en proceso de celebrar un tratado de modificación de sendos acuerdos firmados en junio 2010 y que se vienen aplicando a título provisional desde entonces; se trata de la *Adenda por la que se modifica el Acuerdo entre el Reino de España y la Universidad de las Naciones Unidas relativo al establecimiento, funcionamiento y ubicación del Instituto Internacional de la Universidad de las Naciones Unidas para la Alianza de las Civilizaciones en Barcelona (España)*, y el *Acuerdo entre el Reino de España y la Universidad de las Naciones Unidas relativo al Instituto Internacional de la Universidad de las Naciones Unidas para la Alianza de las Civilizaciones en Barcelona (España)*.

El Parlamento (Cortes Generales) también puede provocar la terminación de la aplicación provisional de aquellos acuerdos referidos en el artículo 94.1 de la Constitución Española y que precisan su autorización de cara a la conclusión por España si no concediera dicha autorización.

También el Tribunal Constitucional puede forzar la terminación de la aplicación provisional si, en el ejercicio de la competencia de que dispone para controlar la conformidad con la Constitución Española de los tratados internacionales antes de su conclusión (artículo 95.2 de la Constitución), emitiera una declaración negativa respecto de un tratado que estuviera siendo objeto en España de aplicación provisional. Este supuesto no se ha dado en la práctica.

Por último, es evidente que la aplicación provisional terminará por el transcurso del tiempo para el que fue convenida entre las partes o por la entrada en vigor del tratado.

- c) En cuanto a los efectos jurídicos de la aplicación provisional, son los mismos que tendría el tratado si estuviera en vigor.

En este sentido, sería posible, por ejemplo, someter al CIADI una controversia relativa a la aplicación de un Tratado en materia de protección de inversiones que se aplica a título provisional.

A la CDI puede resultarle de interés conocer algún dato de la práctica española en materia de aplicación provisional:

- (i) Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, todos los Gobiernos, sin excepción alguna, han venido haciendo un uso creciente de este mecanismo; de hecho, desde la década de los noventa del siglo



pasado, no son excepción los años en los que no se autoricen al menos dos decenas de aplicaciones provisionales<sup>2</sup>.

- (ii) Desde un punto de vista material (no puramente numérico o cuantitativo), no parece que haya un uso abusivo de esta figura. En primer lugar, por lo que respecta a los tratados bilaterales, la aplicación provisional tiene un empleo predominante en los acuerdos de sede y/o de aplicación de privilegios e inmunidades, donde ciertamente su empleo tiene lógica. En segundo lugar, en relación con los tratados multilaterales, el uso de la aplicación provisional resulta particularmente útil en el caso de los acuerdos financieros (ej. asistencia técnica) y, por supuesto, de los acuerdos mixtos celebrados en el marco de la Unión Europea. Para ser concretos, por lo que se refiere a 2014, de las siete aplicaciones provisionales de tratados bilaterales tres eran acuerdos de sede (Acuerdo entre el Reino de España y la Unión Europea sobre la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo –Boletín Oficial del Estado, núm. 119, de 16 de mayo de 2014-; Acuerdo entre el Reino de España y la Organización Mundial del Turismo para la celebración de la 98 reunión del Consejo Ejecutivo –Boletín Oficial del Estado, núm. 133, de 2 de junio de 2014-; Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento para el establecimiento de una oficina satélite del programa A400M en territorio español –Boletín Oficial del Estado, núm. 188, de 4 de agosto de 2014-), otras dos lo fueron en materia de inmigración o visados (Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de Granada sobre supresión recíproca de visados para titulares de pasaportes diplomáticos –Boletín Oficial del Estado, núm. 256, de 22 de octubre de 2014-; Convenio entre el Reino de España y la República de Senegal sobre el traslado de de personas condenadas –Boletín Oficial del Estado, núm. 114, de 10 de mayo de 2014-) y los dos restantes conciernen temas de movilidad de jóvenes (Acuerdo entre el

---

<sup>2</sup> El número de aplicaciones provisionales de tratados se ha asentado especialmente desde 1992. Fueron 12 en 1992 (10 bilaterales y 2 multilaterales), 9 en 1993 (todas en tratados bilaterales), 14 en 1994 (10 bilaterales y 4 multilaterales), 16 en 1995 (9 bilaterales y 7 multilaterales), 19 en 1996 (15 bilaterales y 4 multilaterales), 22 en 1997 (14 bilaterales y 8 multilaterales), 14 en 1998 (10 bilaterales y 4 multilaterales), 20 en 1999 (15 bilaterales y 5 multilaterales), 13 en 2000 (8 bilaterales y 5 multilaterales), 16 en 2001 (13 bilaterales y 3 multilaterales), 18 en 2002 (17 bilaterales y 1 multilateral), 26 en 2003 (24 bilaterales y 2 multilaterales), 26 en 2004 (19 bilaterales y 7 multilaterales), 11 en 2005 (10 bilaterales y 1 multilateral), 36 en 2006 (28 bilaterales y 8 multilaterales), 26 en 2007 (20 bilaterales y 6 multilaterales), 18 en 2008 (12 bilaterales y 6 multilaterales), 23 en 2009 (15 bilaterales y 8 multilaterales), 20 en 2010 (11 multilaterales y 9 bilaterales), 20 en 2010 (11 multilaterales y 9 multilaterales), 20 en 2011 (15 bilaterales y 5 multilaterales), 17 en 2012 (10 bilaterales y 7 multilaterales), 11 en 2013 (7 bilaterales y 4 multilaterales) y 11 en 2014 (7 bilaterales y 4 multilaterales)



Gobierno del Reino de España y el Gobierno de Australia relativo al programa de movilidad para jóvenes –Boletín Oficial del Estado, núm. 228, de 19 de septiembre de 2014-) y coproducción cinematográfica (Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República Popular China de coproducción cinematográfica –Boletín Oficial del Estado, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014-).

## **2. Ciertas singularidades derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea: los “acuerdos mixtos”**

Como es bien sabido, se conocen como “acuerdos mixtos” aquellos tratados internacionales que celebran de consuno la Unión Europea y los Estados miembros con un tercer país o con otra organización internacional. Esta situación se produce necesariamente cuando el tratado afecta, en parte, a materias que son competencia de la UE y, en parte, a materias en las que los Estados miembros siguen siendo competentes. La figura de los acuerdos mixtos es, en definitiva, producto de la limitación de competencias de la UE, que sólo dispone de aquellas que le han sido atribuidas (principio de atribución de competencias)

En el caso de los acuerdos mixtos, sucede con frecuencia en la práctica que el acuerdo prevea la aplicación provisional sólo de los preceptos que recaen sobre materias de competencia de la UE (y no sobre los preceptos con respecto a los cuales son los propios Estados miembros quienes se comprometen en el plano internacional). Entre los ejemplos más recientes, cabe referir el *Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados Miembros, por una parte y Georgia, por otra*, cuyo artículo 431.3 establece que “... la Unión y la Georgia acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo en lo que se refiere a las partes que indique la Unión...”. De conformidad con esta previsión, el Consejo de la UE, en su Decisión 2014/494/UE, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma del Acuerdo en nombre de la Unión Europea y a la aplicación provisional (Diario Oficial de la UE, núm L 261, de 30 de agosto de 2014), determinó las partes del Acuerdo que serían objeto de aplicación provisional “... entre la Unión y Georgia, aunque solo en la medida en que abarquen asuntos que sean competencia de la Unión, incluidos los asuntos comprendidos en la competencia en la Unión en lo que respecta a la definición y aplicación de una política exterior y de seguridad común” (art. 3.1). Además, como es habitual en la práctica de la Unión Europea, se trate de acuerdos mixtos o puramente de la Unión, en la citada Decisión se estableció que la Secretaría General del Consejo publicaría en el Diario Oficial de la UE “la fecha a partir de la cual el Acuerdo se aplicará de forma provisional” (art. 3.2), publicación que se realizó por Nota inserta en el Diario Oficial (DOUE, núm. L 259, de 30 de agosto de 2014).

La posición de España con respecto a la aplicación provisional de los acuerdos mixtos es clara: “el único requisito jurídico para que la regulación de la aplicación provisional en el Acuerdo (.....) resulte compatible con las normas de Derecho Internacional sobre la materia (y también con las de Derecho interno en el caso español) es que bien sea en el texto del acuerdo internacional o bien sea en la Decisión que apruebe el Consejo para su firma aparezcan de manera



clara y detallada las disposiciones concretas del Acuerdo que gozarán de aplicación provisional”

Evidentemente la aplicación provisional en estos casos es decidida por la UE de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 218.5 del Tratado de Funcionamiento (“El Consejo adoptará a propuesta del negociador, una decisión por la que se autorice la firma del acuerdo y, en su caso, su aplicación provisional antes de la entrada en vigor”), sin que entren en juego las previsiones de los ordenamientos internos de los Estados miembros sobre la materia