Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 17 de julio de 2014[1]

Asunto C-81/13

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
contra

Consejo de la Unión Europea

«Relaciones exteriores — Acuerdo de Asociación CEE-Turquía — Coordinación de los sistemas de seguridad social — Propuesta de Decisión del Consejo de Asociación CEE-Turquía que sigue el sistema creado por el Reglamento (CE) nº 883/2004 — Decisión 2012/776/UE del Consejo, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión en el seno del Consejo de Asociación — Elección de base jurídica material correcta — Artículos 48 TFUE, 79 TFUE, apartado 2, letra b), 216 TFUE, apartado 1, o 217 TFUE»

I. **Introducción**

1. Mediante el presente recurso se inicia otra etapa en el debate virulento que enfrenta al Reino Unido con el Consejo de la Unión Europea sobre qué base jurídica se ha de invocar cuando, en el marco de la Asociación con un Estado tercero, la Unión Europea desee participar en la adopción de disposiciones en materia social que beneficiarán a los nacionales del Estado tercero pero también a los ciudadanos de la Unión.

2. De manera similar a cómo procedió en los asuntos C-431/11 y C-656/11, vista la propuesta de la Comisión Europea, el Consejo tiene la intención de introducir, en relación con Turquía, determinadas disposiciones en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social que se basan en la normativa interna de la Unión. A estos efectos, y mediante la Decisión 2012/776/UE,[2] el Consejo ha establecido previamente la posición que deberá adoptar la Unión en el seno del Consejo de Asociación CEE-Turquía, apoyándose para ello en las disposiciones relativas a la libre circulación de los trabajadores en el mercado interior europeo y, más exactamente, en el artículo 48 TFUE.

3. Dicha Decisión es la impugnada por el Reino Unido ante el Tribunal de Justicia. En contra de la opinión defendida por el Consejo y la Comisión, el Reino Unido, apoyado por Irlanda, sostiene que no procede aplicar la norma del artículo 48 TFUE relativa a la libre circulación de los trabajadores, sino las disposiciones sobre los derechos de los nacionales de países terceros en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia y, más exactamente, el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b).

1 — Lengua original: alemán.

2 — Decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2012 relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo por el que se crea una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía con respecto a la adopción de las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 340, p. 19); en lo sucesivo, también denominada «Decisión impugnada».

4. La delimitación entre el artículo 48 TFUE y el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), al igual que la relación de ambas disposiciones con la competencia para celebrar acuerdos de asociación del artículo 217 TFUE y con el artículo 216 TFUE, apartado 1, no es ni mucho menos de carácter meramente técnico. En realidad, se trata de una problemática de considerable importancia práctica, especialmente respecto a Reino Unido y a Irlanda, que, en el marco del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), disponen de determinados privilegios (opción de inclusión «opt-in»).

5. En el caso más reciente, el Tribunal de Justicia declaró en las sentencias de 26 de septiembre de 2013 [3] y 27 de febrero de 2014 [4] que el artículo 48 TFUE era la base jurídica adecuada para extender las disposiciones internas de la Unión en materia social al Espacio Económico Europeo (EEE) (asunto C-431/11) y a Suiza (asunto C-656/11). Las partes del presente asunto se han pronunciado de maneras opuestas tanto sobre las citadas sentencias como sobre las conclusiones que presenté en el asunto C-431/11. [5] Tomando como trasfondo las alegaciones que se han realizado, debe dilucidarse si la solución adoptada en el caso del EEE y de Suiza se puede trasladar a la Asociación con Turquía.

II. **Marco jurídico**

6. El marco jurídico del presente asunto viene determinado, por un lado, por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tratado FUE») y, por otro, por el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía (en lo sucesivo, «Acuerdo de Asociación»), así como sus respectivos Protocolos adicionales.

A. *El Tratado FUE*

7. Entre las disposiciones relativas a los acuerdos internacionales de la Unión que figuran en el título V de la quinta parte del Tratado FUE es preciso citar en primer lugar el artículo 218 TFUE, apartado 9:

«El Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, una decisión por la que se suspenda la aplicación de un acuerdo y se establezcan las posiciones que deban adoptarse en nombre de la Unión en un organismo creado por un acuerdo, cuando dicho organismo deba adoptar actos que surtan efectos jurídicos, con excepción de los actos que completen o modifiquen el marco institucional del acuerdo.»

8. Al mismo título, aún del Tratado FUE, pertenece también el artículo 216 TFUE, apartado 1, cuyo tenor es el siguiente:

«La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.»

9. Entre las bases jurídicas de la acción exterior de la Unión se encuentra además la competencia para establecer asociaciones que se recoge en el artículo 217 TFUE (antiguo artículo 238 del Tratado CEE):

«La Unión podrá celebrar con uno o varios terceros países o con organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocos, acciones comunes y procedimientos particulares.»

3 — Sentencia Reino Unido/Consejo (C-431/11, EU:C:2013:589).

4 — Sentencia Reino Unido/Consejo (C-656/11, EU:C:2014:97).

5 — Conclusiones presentadas en el asunto Reino Unido/Consejo (C-431/11, EU:C:2013:187).

10. Entre las disposiciones relativas a la libre circulación recogidas en el título IV de la tercera parte del Tratado FUE se encuentra el artículo 48 TFUE (antiguo artículo 51 del Tratado CEE), cuyo párrafo primero es del siguiente tenor:

«El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:

a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;

b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.»

11. El artículo 79 TFUE, que se enmarca en las disposiciones dedicadas al «Espacio de libertad, seguridad y justicia» del título V de la tercera parte del Tratado FUE, establece en extracto lo siguiente:

«1) La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.

2) A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes:

[…]

b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

[…]».

Protocolo nº 21 del Tratado UE y del Tratado FUE

12. Al Tratado UE y al Tratado FUE se les añadió como anexo un Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia (Protocolo nº 21). En el caso del Reino Unido, este Protocolo rige para todo el espacio de libertad, seguridad y justicia, mientras que por lo que respecta a Irlanda, el artículo 75 TFUE queda excluido de su ámbito de aplicación (véase el artículo 9 del Protocolo nº 21).

13. Según el artículo 1, párrafo primero, primera frase, y el artículo 3 del Protocolo nº 21, el Reino Unido e Irlanda «no participarán en la adopción por el Consejo de medidas» propuestas en virtud del título V de la tercera parte del Tratado FUE, salvo que, en un plazo de tres meses a partir de la presentación de una propuesta o iniciativa, notifiquen por escrito al Presidente del Consejo su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta.

14. Por otro lado, tal y como se desprende del artículo 2 del Protocolo nº 21, «ninguna de las disposiciones del título V de la tercera parte [del TFUE], ninguna medida adoptada en virtud de dicho título, ninguna disposición de acuerdo internacional alguno celebrado por la Unión en virtud de dicho título y ninguna resolución del Tribunal de Justicia interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas será vinculante ni aplicable al Reino Unido ni a Irlanda», además de que «ninguna de tales disposiciones, medidas o decisiones afectará en modo alguno a las competencias, derechos y obligaciones de dichos Estados».

B. *Acuerdo de Asociación CEE-Turquía*

15. El Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía fue suscrito el 12 de septiembre de 1963 en Ankara entre la República de Turquía, por una parte, y la entonces CEE y sus Estados miembros, por otra. Quedó concluido, aprobado y confirmado en nombre de la CEE por el Consejo el 23 de diciembre de 1963, sirviendo de base jurídica en aquel momento la competencia para celebrar acuerdos de asociación del artículo 238 del Tratado CEE (actualmente artículo 217 TFUE).[6] Entró en vigor el 1 de diciembre de 1964. Se ve completado por un Protocolo Adicional[7] que fue suscrito el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas y que quedó concluido, aprobado y confirmado en nombre de la CEE por el Consejo el 19 de diciembre de 1972, con arreglo al artículo 238 del Tratado CEE.[8]

16. En el preámbulo del Acuerdo de Asociación se refleja la voluntad de las partes de «establecer lazos de unión cada vez más estrechos entre el pueblo turco y los pueblos reunidos en el seno de la Comunidad Económica Europea» (primer considerando); por otra parte, las partes reconocen expresamente «que el apoyo proporcionado por la Comunidad Económica Europea a los esfuerzos del pueblo turco para mejorar su nivel de vida facilitará ulteriormente la adhesión de Turquía a la Comunidad» (cuarto considerando).

17. De conformidad con el artículo 9 del Acuerdo de Asociación (el cual remite al artículo 7 del Tratado CEE, actualmente artículo 18 TFUE), en el marco de la Asociación es de aplicación la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad:

«Las Partes Contratantes reconocen que en el ámbito de aplicación del Acuerdo […] toda discriminación por razón de nacionalidad quedará prohibida conforme al principio enunciado en el artículo 7 del Tratado constitutivo de la Comunidad.»

18. El artículo 12 del Acuerdo de Asociación se refiere de la manera siguiente a los artículos 48 a 50 del Tratado CEE (actualmente artículos 45 TFUE a 47 TFUE):

«Las Partes Contratantes acuerdan basarse en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado constitutivo de la Comunidad para llevar a cabo gradualmente, entre ellas, la libre circulación de trabajadores.»

19. En el artículo 36 del Protocolo Adicional se precisa lo siguiente:

«La libre circulación de los trabajadores entre los Estados miembros de la Comunidad y Turquía se realizará gradualmente, con arreglo a los principios enunciados en el artículo 12 del Acuerdo de Asociación, entre el final del décimo segundo y del vigésimo segundo años siguientes a la entrada en vigor del mencionado Acuerdo.»

6 — Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963, relativa a la celebración del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía (DO 1964, 217, p. 3685; EE 11/01, p. 18).

7 — DO 1972, L 293, p. 4; EE 11/01, p. 215.

8 — Reglamento (CEE) nº 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, por el que se celebra el Protocolo Adicional así como el Protocolo Financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor (DO L 293, p. 1; EE 11/01, p. 213).

20. Respecto de la seguridad social, en el artículo 39 del Protocolo Adicional se dispone lo siguiente:

«1. Antes de finalizar el primer año posterior a la entrada en vigor del presente Protocolo, el Consejo de Asociación adoptará disposiciones en materia de seguridad social en favor de los trabajadores de nacionalidad turca que se desplacen en el interior de la Comunidad y de su familia residente en la Comunidad.

2. Dichas disposiciones deberán permitir a los trabajadores de nacionalidad turca, de acuerdo con las modalidades que se establezcan, la acumulación de todos los períodos de seguro o de empleo cumplidos en los diferentes Estados miembros en [lo] que se refiere a las pensiones y rentas de vejez, de fallecimiento y de invalidez, así como a la asistencia sanitaria del trabajador y de su familia residente en la Comunidad. Dichas disposiciones no podrán suponer la obligación para los Estados miembros de la Comunidad de tomar en consideración los períodos cumplidos en Turquía.

3. Las disposiciones contempladas anteriormente deberán permitir que se garantice el pago de los subsidios familiares cuando la familia del trabajador resida en la Comunidad.

4. Las pensiones y rentas de vejez, de fallecimiento y de invalidez, adquiridas en virtud de las disposiciones adoptadas en aplicación del apartado 2, deberán poder exportarse a Turquía.

5. Las disposiciones contempladas en el presente artículo no afectarán a los derechos y obligaciones derivados de los Acuerdos bilaterales existentes entre Turquía y los Estados miembros de la Comunidad, en la medida en que éstos prevean, en favor de los nacionales turcos, un régimen más favorable.»

21. De conformidad con el artículo 6 del Acuerdo de Asociación, las partes se reunirán en el seno de un Consejo de Asociación.[9] De conformidad con el artículo 22, apartado 1, dicho Consejo de Asociación dispondrá de un poder de decisión para la consecución de los objetivos fijados por el Acuerdo y en los casos previstos por éste.

22. El Consejo de Asociación adoptó, con arreglo al artículo 39 del Protocolo Adicional, la Decisión nº 3/80,[10] mediante la que se coordinan los sistemas de seguridad social para permitir el acceso de los trabajadores turcos y de los miembros de sus familias a determinadas prestaciones sociales dentro de la CEE. La Decisión nº 3/80 reproducía en lo esencial el contenido de determinadas disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71[11] y además, en algunos casos, determinadas disposiciones del Reglamento (CEE) nº 574/72.[12]

23. El 8 de febrero de 1983, la Comisión transmitió al Consejo su propuesta de Reglamento para la aplicación de la Decisión nº 3/80.[13] No obstante, dicha propuesta, que una vez más se basaba en el artículo 238 del Tratado CEE (actualmente artículo 217 TFUE), no dio lugar a la adopción por el Consejo de un reglamento en ese sentido y acabó por ser retirada por la Comisión en 2013 por «obsoleta».[14]

9 — En lo sucesivo, «Consejo de Asociación» o «Consejo de Asociación CEE-Turquía».

10 — Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias (DO 1983, C 110, p. 60).

11 — Reglamento del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98, y modificado posteriormente en varias ocasiones).

12 — Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad (DO L 74, p. 1; EE 05/01, p. 156, modificado posteriormente en varias ocasiones).

13 — Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo relativa a la aplicación, en la Comunidad Económica Europea, de la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación CEE/Turquía relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias, COM(1983) 13 final (DO C 110, p. 1).

14 — DO 2013, C 109, p. 7.

III. **Antecedentes del litigio**

24. Durante mucho tiempo, las disposiciones internas de la Unión en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social estuvieron recogidas en el Reglamento nº 1408/71 y en el Reglamento que lo completaba, es decir, el nº 547/72. Con fecha de 1 de mayo de 2010, el Reglamento nº 1408/71 se sustituyó por el Reglamento (CE) nº 883/2004 [15] y el Reglamento nº 574/72 se reemplazó con el Reglamento (CE) nº 987/2009. [16]

25. En el marco de la Asociación con Turquía se ha expresado la intención de adaptar a la situación jurídica nueva que rige en la Unión las normas que estaban vigentes en materia de aplicación de los sistemas de seguridad social con arreglo a la Decisión nº 3/80. A tal efecto, se pretende derogar la Decisión nº 3/80 y sustituirla por otra decisión del Consejo de Asociación que, no obstante, mantenga los principios del sistema hasta ahora vigente y que, entre otros elementos, contenga referencias a los Reglamentos nº 883/2004 y nº 987/2009 donde hasta ahora se remitía a los Reglamentos nº 1408/71 y nº 574/72. No obstante, sigue sin haber intención de extender plenamente a Turquía el sistema del Reglamento nº 883/2004. [17]

26. El 6 de diciembre de 2012 el Consejo adoptó la Decisión 2012/776, en la que estableció la posición que debía adoptar la Unión en el seno del Consejo de Asociación. Tal y como había propuesto la Comisión, [18] la Decisión se basó en el artículo 48 TFUE, en relación con el artículo 218 TFUE, apartado 9. La Decisión lleva anexo el proyecto de decisión que se pretende que apruebe el Consejo de Asociación.

27. Los considerandos 5 a 7 del preámbulo de la Decisión 2012/776 motivan la norma en los términos siguientes:

«(5) Es preciso garantizar la plena aplicación del artículo 9 del Acuerdo y el artículo 39 del Protocolo Adicional en el ámbito de la seguridad social.

(6) Es necesario actualizar las disposiciones de ejecución actualmente contenidas en la Decisión nº 3/80 para que reflejen la evolución que se registra en el ámbito de la coordinación de la seguridad social de la Unión Europea […]

(7) Por consiguiente, la Decisión nº 3/80 debe derogarse y sustituirse por una decisión del Consejo de Asociación que aplique, en una sola vez, las disposiciones pertinentes del Acuerdo y el Protocolo Adicional en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social.»

28. La misma motivación se recoge también en el preámbulo del proyecto de decisión del Consejo de Asociación, concretamente en los considerandos 6, 7 y 9.

29. Del artículo 2 del proyecto de decisión del Consejo de Asociación (titulado «Ámbito de aplicación personal») se deriva, en esencia, que la decisión no sólo se habrá de aplicar a los trabajadores turcos que estén o hayan estado empleados legalmente en el territorio de un Estado miembro, sino también, de la misma manera, a los trabajadores que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión

15 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, p. 1).

16 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 284, p. 1).

17 — A diferencia del sistema creado por el Reglamento nº 883/2004, se plantea que, por ejemplo, no sean exportables las prestaciones por desempleo, enfermedad, maternidad y paternidad. Además, de conformidad con el artículo 39, apartado 2, del Protocolo Adicional al Acuerdo de Asociación, los Estados miembros siguen sin tener obligación de tomar en consideración los períodos de seguro o de empleo cumplidos en Turquía en lo que se refiere a las pensiones y rentas de vejez, de fallecimiento y de invalidez, así como a la asistencia sanitaria al trabajador y a su familia residente que se concedan o presten la Unión.

18 — Propuesta de Decisión de la Comisión, de 30 de marzo de 2012, COM(2012) 152 final.

Europea y que estén o hayan estado empleados legalmente en el territorio de Turquía. La decisión se habrá de aplicar además a los miembros de la familia del trabajador de que se trate, siempre que residan o hayan residido legalmente con él mientras este esté o estuviera empleado en el Estado de acogida.

30. El artículo 3 del proyecto establece el principio de igualdad de trato en relación con las prestaciones y su artículo 4 la supresión de las cláusulas de residencia en relación con determinadas prestaciones. Por último, según los artículos 5 y 6 del proyecto, se habrán de adoptar un sistema de cooperación entre las partes y determinadas normas relativas a controles administrativos y reconocimientos médicos.

31. En una declaración común relativa al acta del Consejo,[19] el Reino Unido e Irlanda pusieron de manifiesto sus recelos sobre la elección del artículo 48 TFUE como base jurídica material de la Decisión 2012/776 y se reservaron el ejercicio de acciones jurídicas. Por su parte, el Consejo señaló en la misma acta que la Unión Europea sólo podrá participar en la adopción de una decisión del Consejo de Asociación cuando el Tribunal de Justicia haya dictado sentencia en los asuntos C-431/11 y C-656/11. Según las indicaciones del propio Estado miembro, el Reino Unido no tomó parte en la votación sobre la Decisión 2012/776.

IV. **Procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes**

32. Mediante escrito de 15 de febrero de 2013, el Reino Unido interpuso recurso de anulación contra la Decisión 2012/776. Dicho Estado miembro entiende que la Decisión impugnada no habría debido basarse en el artículo 48 TFUE sino en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b).

33. El 2 de julio de 2013 se admitió la intervención de la Comisión como coadyuvante en apoyo de las pretensiones del Consejo, mientras que el 15 de enero de 2004 fue admitida la intervención de Irlanda como coadyuvante del Reino Unido. No obstante, de conformidad con el artículo 129, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento, dado que la demanda de intervención de Irlanda fue presentada tras la expiración del plazo establecido, dicho Estado miembro sólo pudo presentar observaciones orales.

34. El Reino Unido, apoyado por Irlanda, solicita al Tribunal de Justicia:

— Que anule la Decisión 2012/776.

— Que condene en costas al Consejo.

35. El Consejo, apoyado por la Comisión, solicita al Tribunal de Justicia:

— Que desestime el recurso.

— Que condene en costas a la demandante.

36. El recurso del Reino Unido se sustanció ante el Tribunal de Justicia por escrito y, posteriormente, el 13 de mayo de 2014, de forma oral. A solicitud del Reino Unido, el Tribunal de Justicia actúa en el presente proceso en Gran Sala, de conformidad con el artículo 16, párrafo tercero, de su Estatuto.

19 — Acta de la reunión del Consejo de la Unión Europea de 6 de diciembre de 2012.

V. **Análisis**

37. Al igual que en los asuntos C-431/11 y C-656/11, el recurso interpuesto por el Reino Unido se apoya en un único motivo de nulidad: que el Consejo se basó en una base jurídica errónea al establecer la posición que debía adoptar la Unión en el seno del Consejo de Asociación CEE-Turquía.

38. Desde un *punto de vista procedimental*, todas las partes están de acuerdo en que el Consejo actuó acertadamente al determinar la posición de la Unión Europea mediante decisión adoptada con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 9. En efecto, el Consejo de Asociación es un organismo creado por el Acuerdo de Asociación que, para la consecución de los objetivos fijados por dicho Acuerdo, adopta decisiones que surten efectos jurídicos (véanse los artículos 6 y 22, apartado 1, del Acuerdo de Asociación).

39. Es igualmente pacífico que, en virtud del principio de atribución de competencias (artículo 5 TUE, apartado 1, primera frase), además del fundamento brindado por el artículo 218 TFUE, apartado 9, las decisiones adoptadas por el Consejo para establecer la posición de la Unión requieren también la mención de una *base jurídica material* de la que se desprenda el alcance de las competencias y con ello, en última instancia, el margen de actuación de la Unión preestablecido por los Tratados. [20]

40. Por el contrario, la cuestión de si en el caso de autos dicha base jurídica material ha de buscarse entre las normas que rigen el mercado interior o entre la normativa relativa al espacio de libertad, seguridad y justicia, o de si se integra en la competencia para celebrar acuerdos de asociación que el artículo 217 TFUE confiere a la Unión, es ahora objeto de una encendida controversia. También se discute cuál es el papel que desempeña el artículo 216 TFUE, apartado 1.

A. *Elección de la base jurídica material correcta*

41. En un asunto como el de autos resulta especialmente evidente que la elección correcta de la base jurídica reviste considerable importancia práctica e institucional, e incluso constitucional. [21] La elección de la base jurídica predetermina si el Reino Unido e Irlanda pueden invocar los privilegios que les confiere la normativa «opt-in» en virtud del Protocolo nº 21 de los Tratados UE y FUE. [22]

42. No obstante, el Protocolo nº 21 no puede, por sí mismo, tener influencia de ningún tipo en la determinación de la base jurídica adecuada para la adopción de la Decisión impugnada. [23] Muy al contrario, según jurisprudencia reiterada, la elección de la base jurídica de un acto de la Unión debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran la finalidad y el contenido de dicho acto. [24]

43. El objetivo de la Decisión del Consejo que se ha impugnado es preparar la adopción de una decisión del Consejo de Asociación mediante la que se actualicen y, en cierta medida, se amplíen las disposiciones hoy vigentes en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social de la Unión y Turquía [25] en el contexto de la Asociación que une a ambas partes.

20 — Sentencia Reino Unido/Consejo (C-431/11, EU:C:2013:589), apartados 42 y 43; en sentido idéntico, véase la sentencia Kramer y otros (asuntos acumulados 3/76, 4/76 y 6/76, EU:C:1976:114), apartado 19, según la cual «debe tenerse en cuenta el sistema del Derecho comunitario, así como sus disposiciones materiales»; véase asimismo el Dictamen 2/94 (EU:C:1996:140), apartados 23 y siguientes.

21 — Véanse los Dictámenes 2/00 (EU:C:2001:664), apartado 5, y 1/08 (EU:C:2009:739), apartado 110, y la sentencia Comisión/Consejo (C-370/07, EU:C:2009:590), apartado 47.

22 — Por otra parte, es posible que se susciten problemas similares en relación con Dinamarca y el Protocolo nº 22 de los Tratados UE y FUE.

23 — Sentencias Comisión/Consejo (C-137/12, EU:C:2013:675), apartados 73 y 74, y Reino Unido/Consejo (C-656/11, EU:C:2014:97), apartado 49.

24 — Sentencias Comisión/Consejo (C-300/89, EU:C:1991:244), apartado 10; Parlamento/Consejo (C-130/10, EU:C:2012:472), apartado 42; Comisión/Consejo (C-137/12, EU:C:2013:675), apartado 52, y Comisión/Parlamento y Consejo (C-43/12, EU:C:2014:298), apartado 29.

25 — Hasta ahora sigue siendo de aplicación la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación.

1. El artículo 79 TFUE no constituye una base jurídica adecuada

44. La decisión del Consejo de Asociación que se pretende adoptar, y a cuya preparación sirve la Decisión impugnada, prevé, entre otros elementos, ciertas disposiciones de coordinación de los sistemas sociales que habrán de beneficiar, cuando concurran las condiciones allí establecidas, a los trabajadores turcos empleados legalmente en la Unión y a determinados miembros de sus familias. [26]

45. A primera vista, podría llegarse a la conclusión de que el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), es la *sedes materiae*, toda vez que esta disposición permite expresamente la «definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros». Entre dichos derechos también puede encontrarse la normativa relativa a la seguridad social de los nacionales de Estados terceros. [27]

46. Consta que esta disposición ya ha fundamentado varios actos destinados a incluir a los nacionales de países terceros en el ámbito de aplicación de la normativa social de la Unión con arreglo a los acuerdos celebrados con esos países; [28] este extremo ha sido destacado con énfasis por el Reino Unido.

47. Ahora bien, la referida práctica de las instituciones no puede ser determinante, por sí misma, cuando de lo que se trata es de elegir la base jurídica correcta para la Decisión del Consejo impugnada en el caso de autos. [29]

48. Dos son los motivos que en el presente asunto desaconsejan el uso del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b): por una parte, la decisión que se pretende que adopte el Consejo de Asociación no se limita simplemente a definir los derechos de los nacionales de países terceros (véase al respecto, a continuación, el epígrafe a); por otra parte, dicha decisión tiene por objeto fomentar el desarrollo de la Asociación que ya vincula a la Unión con Turquía (véase al respecto, más adelante, el epígrafe b).

26 — Véase, fundamentalmente, el artículo 2, letras a) y b), de la decisión del Consejo de Asociación que se pretende adoptar.

27 — Esto se infiere asimismo de la Declaración relativa a los artículos 48 y 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Declaración nº 22 aneja al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007) (DO 2008, C 115, p. 346, y DO 2012, C 326, p. 348).

28 — Se trata, por un lado, de las seis Decisiones adoptadas por el Consejo el 21 de octubre de 2010 relativas a la posición que debía adoptar la Unión en el seno de los Consejos de Asociación instituidos con Marruecos [Decisión 2010/697/UE (DO L 306, p. 1)], Túnez [Decisión 2010/698/UE (DO L 306, p. 8)], Argelia [Decisión 2010/699/UE (DO L 306, p. 14)] e Israel [Decisión 2010/700/UE (DO L 306, p. 21)], respectivamente, y en el seno de los Consejos de Estabilización y Asociación instituidos con Macedonia [Decisión 2010/701/UE (DO L 306, p. 28)] y Croacia [Decisión 2010/702/UE (DO L 306, p. 35)], respectivamente, y, por otro lado, de las tres Decisiones adoptadas por el Consejo el 6 de diciembre de 2012 relativas a la posición que debía adoptar la Unión en el seno de los Consejos de Estabilización y Asociación instituidos con Albania [Decisión 2012/773/UE (DO L 340, p. 1)] y Montenegro [Decisión 2012/774/UE (DO L 340, p. 7)], respectivamente, y en el seno del Comité de Cooperación instituido con San Marino [Decisión 2012/775/UE (DO L 340, p. 13)]. En el ámbito interno de la Unión, el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b) (antiguo artículo 63 CE, punto 4), constituyó asimismo la base jurídica para la aprobación del Reglamento (CE) nº 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (DO L 124, p. 1), y del Reglamento (UE) nº 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos (DO L 344, p. 1).

29 — Dictámenes 1/94 (EU:C:1994:384), apartado 52, y 1/08 (EU:C:2009:739), apartado 172, así como sentencias Parlamento/Consejo (C-155/07, EU:C:2008:605), apartado 34, y Reino Unido/Consejo (C-656/11, EU:C:2014:97), apartado 48.

a) La medida controvertida va más allá de la mera definición de los derechos de los nacionales de países terceros

49. En primer lugar es preciso señalar que sólo cabría considerar al artículo 79 TFUE, apartado 2, letra a), como posible base jurídica material si la decisión que se pretende que adopte el Consejo de Asociación se limitara a definir los derechos de los nacionales de países terceros o al menos se dedicara en lo esencial a dicha temática. En efecto, la elección de la base jurídica de un acto de la Unión debe atenerse al núcleo de su contenido normativo. [30]

50. Ahora bien, como resaltan correctamente el Consejo y la Comisión, la Decisión impugnada, lejos de limitarse a regular unilateralmente los derechos sociales de *nacionales de países terceros* —o, más exactamente, trabajadores turcos y miembros de sus familias— en el seno de la Unión, tiene también por objeto regular determinados derechos sociales de *ciudadanos de la Unión* y miembros de sus familias en Turquía. [31]

51. El artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), no puede servir de base al menos por lo que respecta al segundo componente referido. A lo sumo, dicho componente podría incluirse en una medida adoptada al amparo del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), si revistiera una importancia secundaria y no constituyera el núcleo de la medida.

52. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, el Reino Unido e Irlanda también intentaron restar importancia al segundo componente ya referido de la norma que se pretende adoptar (la aprobación de disposiciones para ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias que estén en Turquía). A juicio de ambos Estados miembros, ello no es el núcleo de lo que se ha de decidir en el Consejo de Asociación. Afirman que lo esencial de la decisión reside en el primer componente, es decir, en las disposiciones que se plantean adoptar para los trabajadores turcos empleados en la Unión y para los miembros de sus familias.

53. En realidad sucede lo contrario.

54. Es preciso considerar que actualmente, en el contexto de la Asociación entre la Unión y Turquía, no existe ningún tipo de normativa de coordinación de los sistemas de seguridad social que pudiera beneficiar a los ciudadanos de la Unión empleados en Turquía y a los miembros de sus familias. [32] Dicha normativa habría de aprobarse, por primera vez, en la decisión que se pretende que adopte el Consejo de Asociación, y que también corregiría la desigualdad que subsiste en favor de los trabajadores turcos en la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación hoy vigente.

30 — Si el examen de una medida muestra que ésta persigue un objetivo doble o que tiene un componente doble y si uno de dichos objetivos o componentes puede calificarse de principal, mientras que el otro sólo es accesorio, dicha medida deberá fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que exige el objetivo o componente principal o preponderante (sentencias Parlamento/Consejo, C-155/07, EU:C:2008:605, apartado 35; Parlamento/Consejo, C-130/10, EU:C:2012:472, apartado 43, y Comisión/Parlamento y Consejo, C-43/12, EU:C:2014:298, apartado 30; en sentido idéntico se había dictado en su día la sentencia Comisión/Consejo, C-155/91, EU:C:1993:98, apartados 19 y 21).

31 — Véase a este respecto el artículo 2, letras c) y d), de la decisión que se pretende que adopte el Consejo de Asociación.

32 — En la Decisión nº 3/80 únicamente se recogen normas de coordinación de los sistemas de seguridad social en beneficio de los trabajadores turcos empleados en la Unión y de determinados miembros de sus familias (véase el punto 22 anterior de las presentes conclusiones).

55. Habida cuenta de lo anterior, las disposiciones que se contempla adoptar para los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias no son ni mucho menos un mero ámbito marginal de importancia secundaria, sino que constituyen la verdadera innovación que ha de adoptar el Consejo de Asociación. Por el contrario, las disposiciones que se pretende adoptar en relación con los trabajadores turcos empleados en la Unión y los miembros de sus familias simplemente tienen por objeto la actualización en este ámbito del acervo del Derecho de la Unión [33] y, en lo esencial, estaban ya presentes desde la aprobación de la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación. [34]

56. El Reino Unido objeta que las disposiciones que se pretenden adoptar en beneficio de los ciudadanos de la Unión empleados en Turquía y para los miembros de sus familias conllevarían sobre todo obligaciones para las autoridades turcas y que afectarían a las autoridades de los Estados miembros de la Unión, siempre tangencialmente, prácticamente sólo en la medida en que sería precisa su colaboración con las autoridades turcas. [35]

57. Pero tampoco este argumento es sólido, puesto que la elección de la base jurídica de un acto de la Unión no puede depender de quién deba aplicarlo con posterioridad (sean los órganos de la Unión, los organismos nacionales de los Estados miembros o países terceros).

58. Entiendo que, al centrarse en las medidas que será necesario adoptar en el seno de la Unión para aplicar la decisión que se pretende que adopte el Consejo de Asociación, el Reino Unido obvia la sistemática de los Tratados, que distinguieron con claridad entre las competencias internas y externas de la Unión. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las competencias externas de la Unión están definidas y sistematizadas de forma más clara, como evidencian, entre otros aspectos, las nuevas disposiciones recogidas en los artículos 216 TFUE, apartado 1, y 3 TFUE, apartado 2. [36]

59. Si se intentara abordar la acción exterior de la Unión exclusivamente con las competencias ya existentes en el ámbito interno que permiten que la Unión adopte, por ejemplo, las medidas de transposición necesarias de las obligaciones que recaen sobre ella en el ámbito internacional, se estarían ampliando de manera notable sus competencias externas y eliminando prácticamente los límites de sus atribuciones en el ámbito externo. Ello chocaría con el principio de atribución de competencias (artículo 5 TUE, apartado 1, primera frase).

60. Habida cuenta de lo anterior, la alegación del Reino Unido e Irlanda en relación con el núcleo esencial de la normativa que se pretende adoptar no resulta convincente.

b) La medida controvertida tiene por objeto fomentar el desarrollo de la Asociación que vincula a la Unión con Turquía

61. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 79 TFUE forma parte de las disposiciones que regulan el espacio de libertad, seguridad y justicia y que está enmarcado dentro del capítulo dedicado a las políticas relativas a controles en las fronteras, asilo e inmigración.

33 — Considerando 6 de la Decisión impugnada y considerandos 7 y 8 de la decisión que se pretende que adopte el Consejo de Asociación.

34 — Esto mismo admitía el Reino Unido en su demanda, al indicar que se trata de «a modest measure updating the limited rights presently enjoyed by Turkish migrant workers under Decision 3/80».

35 — A modo de ejemplo, el Reino Unido se refiere en este contexto a la obligación de las autoridades nacionales de efectuar determinados controles administrativos y reconocimientos médicos en virtud del artículo 6 de la decisión que se pretende que adopte el Consejo de Asociación.

36 — Véanse, en este sentido, las conclusiones que presenté en su día en el asunto Comisión/Consejo (C-137/12, EU:C:2013:441), punto 42.

62. Tal y como se desprende de su apartado 1, el artículo 79 TFUE persigue un objetivo específico: desarrollar una política común de inmigración de la Unión, «destinada a garantizar […] una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países […], así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas». Todas las medidas basadas en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), deben contemplarse en este contexto, toda vez que, además, se adoptan expresamente «a efectos del apartado 1».

63. La finalidad del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), y su contexto normativo no se adecúan a una medida como la controvertida en el presente procedimiento.

64. Efectivamente, la medida aquí controvertida no se limita en absoluto a reconocer, en el marco de una política común de inmigración, determinados derechos sociales a determinados nacionales de países terceros que residan legalmente en el territorio de la Unión, a fin de garantizarles un «trato equitativo» en el sentido del artículo 79 TFUE, apartado 1. Al contrario, dicha medida va mucho más allá. Su objetivo es fomentar el desarrollo de la Asociación que ya vincula a la Unión con Turquía y, especialmente, cumplir con el mandato que se recoge en el artículo 39 del Protocolo Adicional al Acuerdo de Asociación.

65. El hecho de que las disposiciones que ha de aprobar el Consejo de Asociación se sitúen en el marco de la Asociación que ya vincula a la Unión con Turquía y de que pretendan fomentar el desarrollo de ésta reviste una importancia decisiva a la hora de elegir su base jurídica material, toda vez que son dichos contexto y finalidad los que dan a la Decisión impugnada una dimensión añadida que va más allá del objeto del artículo 79 TFUE y de las medidas cuya adopción autoriza este artículo.

66. En definitiva, ello lleva a desestimar la alegación del Reino Unido e Irlanda de que la Decisión impugnada debiera basarse en realidad en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b).

2. Tampoco el artículo 48 TFUE constituye una base jurídica adecuada

67. Sin embargo, a mi juicio, la Decisión impugnada tampoco puede basarse en el artículo 48 TFUE, que es el invocado por el Consejo y la Comisión.

68. Efectivamente, el Reino Unido e Irlanda señalan con pleno acierto que, esencialmente, el artículo 48 TFUE sólo puede servir de fundamento para adoptar medidas internas de la Unión y que, además, sólo afecta a la seguridad social de los ciudadanos de la Unión y no a la de los nacionales de países terceros.

69. El artículo 48 TFUE únicamente permite adoptar «en materia de Seguridad Social las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores». Este artículo se integra en el mismo capítulo del Tratado que el artículo 45 TFUE, apartado 1, en virtud del cual la libre circulación de los trabajadores quedará asegurada «dentro de la Unión». El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que el artículo 45 TFUE (antiguo artículo 48 del Tratado CEE) únicamente garantiza la libre circulación a los «trabajadores de los Estados miembros»,[37] es decir, a los ciudadanos de la Unión.[38]

37 — Sentencia Meade (238/83, EU:C:1984:250), apartado 7.

38 — Conclusiones que presentó el Abogado General Mancini en el asunto Meade (238/83, EU:C:1984:209) y que presentó el Abogado General Jacobs en el asunto Khalil y otros (asuntos acumulados C-95/99 a C-98/99 y C-180/99, EU:C:2000:657), punto 19.

70. Por lo tanto, los nacionales de países terceros no pueden invocar dentro de la Unión el derecho a la libre circulación con arreglo al artículo 45 TFUE, y el legislador de la Unión carece de competencia para adoptar medidas específicas de coordinación de los sistemas de seguridad social de la Unión y de países terceros basándose únicamente en el artículo 48 TFUE, dado que tales medidas no son apropiadas o siquiera necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores (dentro de la Unión) en el sentido de los artículos 45 TFUE y 48 TFUE.

71. No considero que deba descartarse la posibilidad de que, al aprobar la normativa aplicable a los ciudadanos y empresas de la Unión basándose en las competencias que les han sido conferidas para la realización del mercado interior, las instituciones de la Unión puedan regular asimismo la situación de nacionales de países terceros, por ejemplo, cuando sea necesario para el establecimiento de la igualdad de las condiciones de competencia dentro del mercado interior. [39]

72. Con todo, en el caso de autos no se trata únicamente de que, al aprobar en materia social una normativa para el territorio de la Unión, también se regule la situación de nacionales de países terceros. Antes bien, la Decisión impugnada tiene por objeto principal la elaboración de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social en la relación que existe entre la Unión y un país tercero.

73. El artículo 48 TFUE no atribuye ninguna potestad a tal efecto a las instituciones de la Unión.

74. Cierto es que el Tribunal de Justicia admitió recientemente, en las sentencias C-431/11 y C-656/11, que el artículo 48 TFUE sí podía constituir la base jurídica de la extensión de disposiciones sociales de la Unión al EEE y a Suiza. [40] No obstante, de ello no cabe deducir que en las relaciones entre la Unión y países terceros la adopción de normativa social se pueda basar con carácter global en el artículo 48 TFUE. Efectivamente, la aplicación del artículo 48 TFUE que respaldó el Tribunal de Justicia en las relaciones con los Estados miembros de la AELC asociados al EEE y con Suiza, respectivamente, debe valorarse en el contexto de las peculiaridades que caracterizan al Acuerdo EEE y al Acuerdo sobre la libre circulación de personas suscrito con Suiza. Tales peculiaridades fueron destacadas por el propio Tribunal de Justicia en las sentencias dictadas en dichos asuntos C-431/11 y C-656/11.

75. De ese modo, el Tribunal de Justicia recordó en el asunto C-431/11 que el Acuerdo EEE establece una estrecha Asociación entre la Unión y los Estados de la AELC basada en vínculos particulares y privilegiados entre los asociados, una de cuyas finalidades es la máxima realización posible de la libre circulación de personas. [41] La Decisión del Consejo que era controvertida en el asunto C-431/11 se correspondía con las medidas por las que el Derecho del mercado interior de la Unión debía extenderse en toda la medida de lo posible al EEE, de modo que los nacionales de los referidos Estados de la AELC acaben disfrutando de la libre circulación de personas en las mismas condiciones sociales que los ciudadanos de la Unión. [42]

39 — En este sentido, véanse la sentencia Khalil y otros (asuntos acumulados C-95/99 a C-98/99 y C-180/99, EU:C:2001:532), apartado 56, y el Dictamen 1/94 (EU:C:1994:384), especialmente apartados 81, 86 y 90. Véanse también las conclusiones que presenté en el asunto Comisión/Consejo (C-13/07, EU:C:2009:190), punto 149.

40 — Véanse en relación con el EEE la sentencia Reino Unido/Consejo (C-431/11, EU:C:2013:589), apartado 68, y, en relación con Suiza, la sentencia Reino Unido/Consejo (C-656/11, EU:C:2014:97), apartado 64.

41 — Sentencia Reino Unido/Consejo (C-431/11, EU:C:2013:589), apartados 49 y 50.

42 — Sentencia Reino Unido/Consejo (C-431/11, EU:C:2013:589), apartados 58 y 59.

76. De forma similar, el Tribunal de Justicia subrayó poco después en el asunto C-656/11 que los acuerdos bilaterales entre la Unión y Suiza abarcan amplios ámbitos y establecen derechos y obligaciones específicos, análogos en algunos aspectos a los previstos por el Tratado FUE. [43] El Tribunal de Justicia declaró que, especialmente en lo que atañe a las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social, Suiza «debe ser asimilada a un Estado miembro de la Unión». [44]

77. Así pues, para que se aplicara el artículo 48 TFUE a los asuntos C-431/11 y C-656/11 resultó determinante la circunstancia de que, a juicio del Tribunal de Justicia, tanto Suiza como los Estados de la AELC (Noruega, Islandia y Liechtenstein) estén asimilados de tal manera a los Estados miembros de la Unión por lo que se refiere a las condiciones sociales del ejercicio de la libre circulación de personas que pueden considerarse parte del mercado interior.

78. No se puede decir lo mismo de la relación que existe entre la Unión y Turquía. A diferencia del Acuerdo EEE y del Acuerdo sobre la libre circulación de personas suscrito con Suiza, el Acuerdo de Asociación que nos ocupa no prevé extender globalmente a Turquía la aplicación del Derecho del mercado interior. Por mucho que el Acuerdo de Asociación pretenda establecer lazos de unión cada vez más estrechos con Turquía [45] hasta llegar al objetivo último de su adhesión a la Unión Europea, [46] en el estadio actual estamos muy lejos de la asimilación plena de Turquía a los Estados que pertenecen al mercado interior europeo. [47]

79. En particular, el Acuerdo de Asociación no concede a los trabajadores la libertad de circulación entre la Unión y Turquía, sino que simplemente prevé que la misma se llevará a cabo gradualmente. [48] Hasta el momento actual no se han puesto en práctica algunos de los elementos esenciales de dicho objetivo. [49] Por ello, cuando aborda los derechos de los nacionales turcos empleados en la Unión y de los miembros de sus familias, la jurisprudencia toma como referencia los principios admitidos en la Unión sobre la libre circulación de trabajadores únicamente en función de cada supuesto concreto y «en la medida de lo posible». [50]

80. No obstante, a diferencia del Acuerdo EEE y del Acuerdo sobre la libre circulación de personas suscrito con Suiza, en el contexto de la Asociación de Turquía no se pretende que los nacionales turcos que se encuentren en la Unión o los nacionales de la Unión que se encuentren en Turquía tengan derecho a ejercer su actividad profesional en las mismas condiciones sociales que los trabajadores residentes respectivos. Antes bien, la Unión y Turquía únicamente desean «basarse en» [51] el contenido de los artículos 48 a 50 del Tratado CEE (actualmente artículos 45 TFUE a 47 TFUE) y aplicar el principio de la prohibición de discriminación por nacionalidad, [52] mientras que, por el contrario, es revelador que el Acuerdo de Asociación *no* se refiera al artículo 51 del Tratado CEE, que corresponde al artículo 48 TFUE actual.

43 — Sentencia Reino Unido /Consejo (C-656/11, EU:C:2014:97), apartado 53.

44 — Sentencia Reino Unido /Consejo (C-656/11, EU:C:2014:97), apartado 58.

45 — Considerando 1 del preámbulo del Acuerdo de Asociación.

46 — Considerando 4 del preámbulo del Acuerdo de Asociación.

47 — Véase, en este sentido, la sentencia Demirkan (C-221/11, EU:C:2013:583), especialmente apartados 49 y 56, referida a la libre prestación de servicios; de manera análoga se pronunció el Abogado General Darmon en las conclusiones que presentó en el asunto Demirel (12/86, EU:C:1987:232), punto 21. Asimismo, en la motivación de la propuesta de la Comisión que precedió a la adopción de la Decisión impugnada (citada en la nota 18 anterior) se dice en la página 6 «que, por tanto, no se puede calificar la situación jurídica actual de ampliación del mercado interior con respecto a la libre circulación de personas».

48 — Artículo 12 del Acuerdo de Asociación y artículo 36 del Protocolo Adicional.

49 — Los nacionales turcos aún no disfrutan de la libertad de circulación dentro de la Unión (sentencia Derin, C-325/05, EU:C:2007:442, apartado 66 y jurisprudencia citada; véanse asimismo las conclusiones presentadas por el Abogado General Léger en el asunto Eddline El-Yassini, C-416/96, EU:C:1998:243, punto 40); en particular, carecen del derecho individual a la entrada inicial y al empleo en la Unión: queda a la apreciación de cada Estado miembro ofrecer o no al interesado acceso a su mercado laboral.

50 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Bozkurt (C-434/93, EU:C:1995:168, apartado 20), Birden (C-1/97, EU:C:1998:568, apartado 24), Ayaz (C-275/02, EU:C:2004:570, apartado 44), Genc (C-14/09, EU:C:2010:57, apartado 17) y Dülger (C-451/11, EU:C:2012:504, apartado 48).

51 — Artículo 12 del Acuerdo de Asociación.

52 — Artículo 9 del Acuerdo de Asociación.

81. El alcance claramente menor de la Asociación se refleja igualmente, a los efectos del presente procedimiento, en la coordinación de los sistemas de seguridad social de la Unión y Turquía. Efectivamente, si bien la Decisión nº 3/80 vigente (al igual que la decisión que se pretende que apruebe el Consejo de Asociación) se basa para aspectos concretos en el Reglamento nº 1408/71 o, en su caso, el Reglamento nº 883/2004, que sustituyó al anterior, en cambio, no se traslada a Turquía el sistema general de las disposiciones internas vigentes en la Unión en materia social. Y eso no es todo: en el Acuerdo de Asociación incluso se excluye expresamente el traslado pleno de la coordinación de los sistemas de seguridad social que está vigente en la Unión, y los Estados miembros de la Unión no están obligados a tomar en consideración determinados períodos de seguro o de empleo cumplidos en Turquía. [53]

82. Por tanto, contrariamente a lo que sugieren el Consejo y la Comisión, no es posible trasladar al presente caso la solución adoptada en los asuntos C-431/11 y C-656/11.

83. Cierto es que, de acuerdo con la referida jurisprudencia, cabe considerar *excepcionalmente* el artículo 48 TFUE como posible base jurídica de la adopción de disposiciones en el contexto de asociaciones tan intensas y desarrolladas que, de hecho, los países terceros asociados participen en el mercado interior como lo hacen los Estados miembros de la Unión. Sólo en el caso de asociaciones de esas características puede asimilarse la coordinación de los sistemas de seguridad social de la Unión y dichos países terceros a una cuestión interna del mercado interior y basarla en el artículo 48 TFUE.

84. Por el contrario, contrariamente a lo que sugieren el Consejo y la Comisión, el artículo 48 TFUE *sigue sin constituir* una base jurídica adecuada para supuestos en que no existen condiciones similares a las del mercado interior, por encontrarse aún las relaciones entre la Unión y el país tercero en cuestión en una fase de acercamiento gradual al mercado interior.

85. Tal es precisamente el caso en la relación que existe entre la Unión y Turquía.

86. En definitiva, por todo ello, el artículo 48 TFUE, de la misma manera que el artículo 79 TFUE, no puede admitirse como base jurídica de la Decisión impugnada.

3. El artículo 217 TFUE habría sido la base jurídica material correcta

87. El elemento decisivo para la elección de la base jurídica correcta de la Decisión impugnada viene dado por el hecho de que dicha Decisión constituya, en el ámbito de la Unión, el primer paso necesario para el desarrollo de la Asociación con Turquía. Por lo tanto, debería aplicarse la misma autorización *material* en la que en un principio se fundamentó la celebración del Acuerdo de Asociación y del Protocolo Adicional por parte de la entonces Comunidad Económica Europea, es decir, la competencia para celebrar acuerdos de asociación reconocida en el artículo 217 TFUE (antiguo artículo 238 del Tratado CEE).

88. A mi juicio, la jurisprudencia no ofrece ningún apoyo a la tesis del Consejo y de la Comisión de que el artículo 217 TFUE sólo podría constituir la base jurídica a la hora de fundar una asociación y de completar o modificar de cualquier modo su marco institucional, mientras que del ámbito de aplicación de dicha disposición deberían estar excluidas todas las medidas que tengan por objeto la puesta en práctica del programa de desarrollo de la asociación definido en el correspondiente acuerdo.

53 — Artículo 39, apartado 2, frase segunda, del Protocolo Adicional.

89. Al contrario, si el artículo 217 TFUE da cobertura al gran paso que es fundar una asociación entre la Unión y un país tercero, con mayor motivo podrá constituir la base jurídica de medidas concretas de modificación, ampliación y desarrollo de una asociación preexistente (según el aforismo «el que puede lo más, puede lo menos»). Ello es también aplicable a las medidas de puesta de práctica del programa de asociación definido en el correspondiente acuerdo,[54] cuando entre otros objetivos se marca el del establecimiento gradual de la libre circulación de los trabajadores.[55]

90. Es posible que la Unión pueda o incluso deba basar en una base jurídica distinta que el artículo 217 TFUE las *medidas unilaterales* que adopte en cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de un acuerdo de asociación.[56] En cambio, cuando, como en el caso que nos ocupa, es el *Consejo de Asociación* el que adopta dichas medidas, estará actuando una institución de la Asociación de la Unión y Turquía. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, la legitimación del acto de dicho Consejo de Asociación emana exclusivamente de la competencia para celebrar acuerdos de asociación contemplada en el artículo 217 TFUE. Las disposiciones que deba adoptar el Consejo de Asociación difícilmente pueden basarse en el artículo 79 TFUE o en el artículo 48 TFUE. No puede ser de otro modo respecto de la Decisión impugnada, mediante la que el Consejo establece con carácter previo a la actuación del Consejo de Asociación la posición de la Unión, preparando, en definitiva, la actuación de ésta en la escena internacional y las adaptaciones previstas de las disposiciones vigentes en el ámbito de la Asociación. Su base jurídica material ha de ser asimismo el artículo 217 TFUE.

91. Aun suponiendo que parte de la normativa de coordinación de los sistemas de seguridad social que se pretende adoptar —concretamente la referida a los nacionales de países terceros y a sus familias— también pudiera aprobarse basándose en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b),[57] lo cierto es que, en el contexto de un acuerdo de asociación con un país tercero como Turquía, el artículo 217 TFUE debería tener la consideración de *lex specialis*.[58]

92. A diferencia de lo que ocurre con el artículo 48 TFUE, no cabe duda de que el artículo 217 TFUE permite adoptar normas relativas a la relación de la Unión con países terceros y beneficiar con dicha normativa tanto a ciudadanos de la Unión como a nacionales de países terceros, incluidas las personas económicamente inactivas. Precisamente es este tipo de normativa, destinada a regular la relación que existe entre la Unión y países terceros así como el estatuto de los nacionales de dichos países terceros, el que constituye la esencia de los acuerdos de asociación. En este sentido, el Tribunal de Justicia ya declaró hace tiempo que el artículo 217 TFUE (antiguo artículo 238 del Tratado CEE) debe necesariamente otorgar a la Unión competencia para cumplir con sus obligaciones frente a países terceros en todos los ámbitos cubiertos por los Tratados, incluso en relación con el estatuto de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias.[59]

54 — Por ello, es lógico que en 1983 la Comisión basara en el artículo 238 del Tratado CEE (actualmente artículo 217 TFUE) su propuesta de Reglamento para la puesta en práctica de la Decisión nº 3/80 del Acuerdo de Asociación (véanse el punto 23 y la nota 13 anteriores de las presentes conclusiones). Lo que resulta sorprendente es que hoy en día la Comisión entienda en el presente asunto que precisamente dicha competencia para celebrar acuerdos de asociación no constituye la base jurídica material adecuada para la adopción de la Decisión impugnada.

55 — Artículo 12 del Acuerdo de Asociación y artículo 36 del Protocolo Adicional.

56 — En el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia, el Consejo puso el ejemplo de la modificación de los aranceles aduaneros percibidos por la Unión de un país tercero asociado; fuera de las actividades del Comité de Asociación de que se trate, dicho acto puede efectivamente fundamentarse en el artículo 207 TFUE.

57 — Véase el punto 45 anterior de las presentes conclusiones.

58 — En este sentido, véase asimismo la sentencia Parlamento/Consejo (C-155/07, EU:C:2008:605), último pasaje del apartado 34, en la que se declara que los actos jurídicos siempre se basarán en la base jurídica más específica de entre las que en principio sean posibles.

59 — Sentencia Demirel (12/86, EU:C:1987:400), apartado 9; dicha sentencia se refiere precisamente, dicho sea de paso, al Acuerdo de Asociación con Turquía que nos ocupa.

93. De reconocer el artículo 217 TFUE como base jurídica material de todas las medidas de puesta en práctica de los programas de desarrollo de la asociación definidos en los correspondientes acuerdos, el Tribunal de Justicia prestaría una contribución considerable a la seguridad jurídica en el ámbito de las asociaciones y a la unificación de las heterogéneas prácticas de las instituciones de la Unión en dicha materia. Por otra parte, con ello se evitaría una tipología de litigios como los que se han desencadenado por la cuestión de la base jurídica en los asuntos C-431/11 y C-656/11, además de en el presente.

94. A diferencia de lo alegado por el Consejo y la Comisión, tampoco la jurisprudencia CITES del Tribunal de Justicia [60] obsta a que se recurra al artículo 217 TFUE como base jurídica material de la Decisión controvertida. De la sentencia CITES simplemente se desprende que, al adoptar decisiones de conformidad con el artículo 218 TFUE, apartado 9, para establecer la posición de la Unión en organismos internacionales, el Consejo deberá basarse en una base jurídica específica y citarla. [61] De la mencionada sentencia no se colige en absoluto que el artículo 217 TFUE no constituya una base jurídica material adecuada o suficientemente concreta para la adopción de decisiones de esa naturaleza.

95. Por lo demás, en contra de la remisión al artículo 217 TFUE como fundamentación de decisiones como la impugnada en el presente asunto no cabe aducir que ello dificultaría excesivamente el procedimiento a seguir por el Consejo de Asociación para la adopción de sus decisiones.

96. Efectivamente, por un lado, no son los procedimientos los que definen la base jurídica de un acto, sino que es la base jurídica del acto la que determina el procedimiento que se ha de seguir para adoptarlo. [62]

97. Por otro lado, la aplicación del artículo 217 TFUE como base jurídica material en el caso de autos no supone modificación alguna del procedimiento. Efectivamente, desde el punto de vista procedimental sigue siendo determinante el artículo 218 TFUE, apartado 9, en cuyo ámbito de aplicación el Consejo adopta sus decisiones por mayoría cualificada (artículo 16 TUE, apartado 3). De acuerdo con su sentido y finalidad y con la estructura sistemática del artículo 218 TFUE, [63] el requisito de unanimidad en el seno del Consejo (artículo 218 TFUE, apartado 8, párrafo segundo), así como la aprobación por el Parlamento Europeo [artículo 218 TFUE, apartado 6, letra a), punto i)], afectan únicamente a la primera celebración de un acuerdo de asociación o a las modificaciones estructurales del mismo, para las cuales, según se desprende de su último inciso, el artículo 218 TFUE, apartado 9, no resulta aplicable («con excepción de»).

98. En definitiva, habida cuenta de todo ello, al igual que en el asunto C-431/11, [64] llego aquí a la conclusión de que el artículo 217 TFUE habría sido la base jurídica material correcta de la Decisión impugnada, si bien, desde el punto de vista procedimental, la disposición pertinente habría seguido siendo el artículo 218 TFUE, apartado 9, con la adopción de decisiones por mayoría cualificada por parte del Consejo (artículo 16 TUE, apartado 3).

60 — Sentencia Comisión/Consejo (C-370/07, EU:C:2009:590).

61 — Sentencia Comisión/Consejo (C-370/07, EU:C:2009:590), especialmente apartado 55.

62 — Sentencia Parlamento/Consejo (C-130/10, EU:C:2012:472), apartado 80.

63 — La ubicación sistemática del apartado 9 del artículo 218 TFUE, tras los apartados 6 y 8 del mismo artículo, demuestra que se trata de un procedimiento distinto y simplificado mediante el que, apartándose del procedimiento clásico de celebración de los acuerdos internacionales, se regula la suspensión de acuerdos internacionales y el establecimiento de la posición de la Unión de cara a la adopción de decisiones en organismos internacionales. Sólo así se explica que dicho apartado 9 regule expresamente, respecto de las decisiones allí mencionadas, el derecho de la Comisión o la Alta Representación a presentar propuestas.

64 — Conclusiones que presenté en el asunto Reino Unido/Consejo (C-431/11, EU:C:2013:187), puntos 52 a 63.

99. Por lo demás, a la luz del Derecho procesal, en el caso de autos nada impide al Tribunal de Justicia determinar que el artículo 217 TFUE es la base jurídica adecuada de la Decisión impugnada. Efectivamente, la imputación de una base jurídica errónea fue formulada expresamente por el Reino Unido, apoyado por Irlanda, convirtiendo la misma, por tanto, en objeto del procedimiento. Además, las partes debatieron en particular, tanto durante el procedimiento escrito como en la vista, la posible remisión al artículo 217 TFUE como base jurídica material. Por lo tanto, no se suscitan dudas acerca de la tutela judicial y de las exigencias derivadas del principio de contradicción. [65]

100. Es posible que, como ya sucedió en el asunto C-431/11, alguna de las partes albergue reservas respecto del carácter de base jurídica material de la Decisión impugnada que se reconoce al artículo 217 TFUE. No obstante, dichas reservas podrían responder a los intereses perseguidos por esas partes y no pueden hacer que, al decidir el litigio, el Tribunal de Justicia se vea constreñido a simplemente elegir entre el artículo 79 TFUE y el artículo 48 TFUE, dado que el juez no es «la voz de las partes». [66] Por ello, el Tribunal de Justicia no ha de atenerse únicamente a las alegaciones formuladas por aquéllas en apoyo de sus pretensiones, so pena de verse obligado, en tal caso, a fundar su decisión en consideraciones jurídicas erróneas. [67]

4. Con carácter subsidiario: aplicación del artículo 216 TFUE, apartado 1

101. Sólo para el supuesto de que el Tribunal de Justicia no secundara mis consideraciones en relación con el artículo 217 TFUE, añado que en el caso de autos también sería posible recurrir al artículo 216 TFUE, apartado 1.

102. No se ha de tomar el artículo 216 TFUE, apartado 1, por una habilitación genérica de las instituciones de la Unión para la acción exterior. Antes bien, de dicha disposición se deriva una competencia exterior que siempre estará en conexión, de acuerdo con lo recogido en el propio artículo, con lo establecido en los Tratados, con los objetivos de la Unión, o con los actos jurídicos u otras normas del Derecho de la Unión.

103. Entiendo que en el presente asunto está justificada la referencia al artículo 216 TFUE, apartado 1, en particular, por el hecho de que, tanto en la fase escrita del procedimiento como en la oral, el Consejo intentara justificar la aplicación del artículo 48 TFUE como base jurídica material de la Decisión impugnada en parte mediante la invocación de la denominada «doctrina ERTA». [68]

104. A este respecto es preciso señalar que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la «doctrina ERTA» se encuentra codificada, en esencia, en el artículo 216 TFUE, apartado 1. [69] Por ello, si el Consejo hubiera querido invocar algún tipo de efecto de la «doctrina ERTA» al aprobar la Decisión impugnada, no habría debido conformarse con la simple mención del artículo 48 TFUE en el preámbulo de la misma, sino que habría debido *además* citar como base jurídica material el artículo 216 TFUE, apartado 1. La omisión del artículo 216 TFUE, apartado 1, debe calificarse cuando menos de falta de motivación, en el sentido del artículo 296 TFUE, párrafo segundo.

65 — Sentencias Comisión/Irlanda y otros (C-89/08 P, EU:C:2009:742), especialmente apartados 50 y 51, y reexamen de la sentencia M/EMEA (C-197/09 RX-II, EU:C:2009:804), apartados 39 a 42.

66 — En este sentido se pronunció asimismo en su día el Abogado General Léger en las conclusiones que presentó en el asunto Parlamento/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, EU:C:1998:157), punto 36.

67 — Véanse, en este sentido, el auto dictado en el asunto UER/M6 y otros (C-470/02 P, EU:C:2004:565), apartado 69, y la sentencia Suecia y otros/API y Comisión (asuntos acumulados C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, EU:C:2010:541), apartado 65.

68 — La «doctrina ERTA» tiene su origen en la sentencia Comisión/Consejo, «ERTA» (22/70, EU:C:1971:32), apartados 15 a 19; un resumen reciente se recoge en el Dictamen 1/03 (EU:C:2006:81), apartados 114 a 133.

69 — Véanse en sentido idéntico las conclusiones que presenté en su día en el asunto Comisión/Consejo (C-137/12, EU:C:2013:441) y las conclusiones que presentó la Abogado General Sharpston en el asunto Comisión/Consejo (C-114/12, EU:C:2014:224), en relación con la disposición del artículo 3 TUE, apartado 2, que se aplica mediante el artículo 216 TFUE, apartado 1.

105. Una vez señalado lo anterior, en el presente asunto me parece perfectamente posible colegir del artículo 216 TFUE, apartado 1, elementos válidos para justificar la existencia de una competencia en materia de acción exterior de la Unión. A diferencia de lo que indica alguna de las partes, tal es justamente la función de dicha disposición.

106. Cierto es que la adopción de una medida como la que se pretende que apruebe el Consejo de Asociación no está contemplada en el Derecho primario de la Unión —esto es, ni en el Tratado UE ni en el Tratado FUE—, por lo que no sería posible aplicar la primera variante del artículo 216 TFUE, apartado 1 («cuando así lo prevean los Tratados»). Por otra parte, no se puede afirmar que la decisión que se prevé aprobar en el Consejo de Asociación tenga por objeto «alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados», de modo que tampoco cabe considerar aplicable la segunda variante del artículo 216 TFUE, apartado 1.[70]

107. Tampoco se acierta a vislumbrar en qué medida la aprobación de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros con el de Turquía podría «afectar» a «normas comunes» (es decir, a disposiciones del Derecho de la Unión) o «alterar el alcance de las mismas», que sería el supuesto previsto en la cuarta variante del artículo 216 TFUE, apartado 1. En este contexto es preciso recordar que la legislación social de la Unión, ejemplo de la cual son los Reglamentos nº 883/2004 y nº 987/2009, es de aplicación sólo al mercado interior y no a las relaciones con Estados terceros. Dicha legislación no se ve afectada por la posibilidad de que, como en el presente caso, se concedan determinados derechos de carácter social *fuera de su ámbito de aplicación* a nacionales de países terceros que se encuentran en la Unión, a nacionales de la Unión que se encuentran en países terceros y a los miembros de las familias de ambos grupos.

108. En cambio, sí cabe considerar la posibilidad de aplicar la tercera variante del artículo 216 TFUE, apartado 1, que recoge, «en el contexto de las políticas de la Unión», la habilitación para celebrar un acuerdo internacional con un país tercero cuando dicha celebración esté «prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión».

109. El Acuerdo de Asociación y su Protocolo Adicional son dos acuerdos internacionales celebrados, como antecesora de la Unión, por la Comunidad Económica Europea, que forman desde entonces parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión[71] y que, de conformidad con el artículo 216 TFUE, apartado 2, vinculan tanto a las instituciones de la Unión como a sus Estados miembros. Por tanto, debe considerarse que ambos son «actos jurídicamente vinculantes de la Unión» en el sentido de la tercera variante del artículo 216 TFUE, apartado 1.

110. En el artículo 39 del Protocolo Adicional se prevé la adopción, por parte del Consejo de Asociación, de «disposiciones en materia de seguridad social» en favor de los trabajadores migrantes de nacionalidad turca y de sus familias residentes en la Unión; dichas disposiciones deben permitir, «de acuerdo con las modalidades que se establezcan», la acumulación de determinados períodos de seguro o de empleo cumplidos en los Estados miembros.

111. Sobre la adopción de disposiciones equivalentes en favor de los ciudadanos de la Unión empleados en Turquía y de los miembros de sus familias, no existe ninguna norma específica y expresa que resulte análoga al artículo 39 del Protocolo Adicional. No obstante, con arreglo al artículo 12 del Acuerdo de Asociación y al artículo 36 del Protocolo Adicional, entre los Estados miembros y Turquía es de aplicación con carácter global el objetivo de la realización gradual de la libre circulación de los trabajadores, estando prohibida, de conformidad con el artículo 9 del Acuerdo

70 — En los Tratados, la Unión se ha fijado el objetivo de establecer el mercado interior o, según el caso, garantizar su funcionamiento (artículo 3 TUE, apartado 3, frase primera, y artículo 26 TFUE, apartado 1). Únicamente se justifica en tal fin la atribución por los Tratados al legislador de la Unión de la competencia de coordinar *dentro de la Unión* los sistemas de seguridad social (artículo 48 TFUE, párrafo primero); véanse asimismo los puntos 67 a 86 anteriores de las presentes conclusiones.

71 — Sentencias Haegeman (181/73, EU:C:1974:41), apartado 5, IATA y ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10), apartado 36, y Air Transport Association of America y otros (C-366/10, EU:C:2011:864), apartado 73.

de Asociación, la discriminación por razón de nacionalidad. De ello se deriva que la coordinación de los sistemas de seguridad social de la Unión y Turquía que se prevé en el Acuerdo de Asociación también deberá beneficiar a los ciudadanos de la Unión empleados en Turquía y a los miembros de sus familias.

112. Habida cuenta de lo anterior, la base jurídica material de la Decisión impugnada también podría encontrarse en la tercera variante del artículo 216 TFUE, apartado 1. Efectivamente, la Decisión impugnada prepara la adopción, en el seno del Consejo de Asociación, de un acuerdo internacional que está previsto en dos actos jurídicamente vinculantes de la Unión, cuales son el Acuerdo de Asociación y su Protocolo Adicional.

113. No obstante, dado que, como ya he señalado, el artículo 217 TFUE ofrece a la Decisión impugnada otra base jurídica material más específica,[72] mantengo mi apreciación de que, en definitiva, en el caso que nos ocupa no procedería aplicar la tercera variante del artículo 216 TFUE, apartado 1, sino el artículo 217 TFUE.[73]

B. *Sobre el efecto útil del Protocolo nº 21 del Tratado UE y del Tratado FUE*

114. Al igual que en el asunto C-431/11, me permito señalar a título complementario que, en un caso como el de autos, la aplicación del artículo 217 TFUE no priva al Protocolo nº 21 de su efecto útil, como tampoco lo hacen la aplicación del artículo 48 TFUE ni la aplicación de la tercera variante del artículo 216 TFUE, apartado 1.

115. El Protocolo nº 21 contiene normas especiales para el Reino Unido e Irlanda en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia. De las mismas resulta que las medidas propuestas en virtud del título V de la tercera parte del TFUE sólo regirán para el Reino Unido e Irlanda en la medida en que estos dos Estados miembros notifiquen expresamente y por escrito su deseo de participar en dichas medidas (normativa «opt-in»; véase el artículo 1, párrafo primero, frase primera, en relación con el artículo 3, del Protocolo nº 21).

116. El ámbito de aplicación material de esta normativa especial se reduce expresamente al espacio de libertad, seguridad y justicia. Dado que se trata de una excepción, deberá interpretarse restrictivamente.[74]

117. El sentido y la finalidad del Protocolo nº 21 no es dejar al arbitrio del Reino Unido y de Irlanda su participación en las medidas adoptadas por las instituciones de la Unión y su sujeción a aquéllas en otros ámbitos del Derecho de la Unión, especialmente en el marco del mercado interior o de las asociaciones con países terceros.

118. Por consiguiente, la normativa «opt-in» no es aplicable a medidas que, como en el caso de la Decisión del Consejo que es controvertida en el presente asunto, tengan por finalidad fomentar el desarrollo de una asociación que ya vincula a la Unión con un país tercero.

72 — Véanse los puntos 87 a 98 anteriores de las presentes conclusiones.

73 — Véase una vez más la sentencia Parlamento/Consejo (C-155/07, EU:C:2008:605), apartado 34, en virtud de la cual los actos jurídicos siempre se basarán en la base jurídica más específica de entre las que en principio sean posibles.

74 — Cierto es que durante el presente procedimiento el Reino Unido e Irlanda han expresado sus objeciones a esta interpretación restrictiva del Protocolo nº 21, pero lo han hecho sin presentar ningún tipo de argumento concreto en apoyo de su parecer.

119. El funcionamiento de los acuerdos de asociación y la realización de los programas de desarrollo de la asociación [75] recogidos en los mismos se verían gravemente distorsionados si, en su relación con los países asociados o los nacionales de éstos últimos, alguno de los Estados miembros de la Unión aplicase el acervo comunitario sólo parcialmente o con variaciones y, de ese modo, pudiese exigir un trato diferenciado.

120. En el ámbito de aplicación de los acuerdos de asociación no hay lugar para normativas de «opt-in» u «opt-out» ni, en definitiva, para una Europa a la carta. En caso contrario, existiría riesgo de escisión de la asociación, en detrimento tanto de la igualdad de trato de las personas y empresas activas en el ámbito de aplicación del acuerdo de asociación como de la uniformidad de las condiciones de competencia que les son aplicables. [76]

C. Repercusiones de la elección de una base jurídica errónea sobre la validez de la Decisión impugnada

121. Como he afirmado anteriormente, el Consejo eligió una base jurídica errónea para fundamentar la Decisión controvertida. Lo correcto habría sido tomar el artículo 217 TFUE (esto es, la competencia para celebrar acuerdos de asociación) como base jurídica material de dicha Decisión o, con carácter subsidiario, la variante tercera del artículo 216 TFUE, apartado 1, siempre junto con el artículo 218 TFUE, apartado 9, como base jurídica procedimental.

122. Ahora bien, la elección de una base jurídica errónea para un acto jurídico de la Unión no implica necesariamente que dicho acto deba ser declarado nulo. Según la jurisprudencia, no procederá la declaración de la nulidad de un acto cuando el hecho de haber fundamentado el acto en una base jurídica incorrecta carezca de repercusiones sobre el contenido del acto o sobre el procedimiento seguido para su aprobación y, por tanto, se haya tratado de un vicio meramente formal. [77]

123. Así sucede en el caso de autos. Según el artículo 218 TFUE, apartado 9, la Decisión impugnada debía adoptarse por mayoría cualificada del Consejo y sin la intervención del Parlamento Europeo, [78] independientemente de que se considere que la base jurídica correcta sea el artículo 217 TFUE, el artículo 216 TFUE, apartado 1, o, como indicó el propio Consejo, el artículo 48 TFUE. Además, ninguna de las bases jurídicas materiales mencionadas permite al Reino Unido ni a Irlanda acogerse a la norma especial prevista en el Protocolo nº 21.

124. Por lo tanto, la elección de una base jurídica errónea no justifica en el caso de autos la declaración de la nulidad de la Decisión impugnada.

75 — En el caso de la Asociación que vincula a la Unión con Turquía, el programa de desarrollo de la Asociación prevé expresamente el establecimiento gradual de la libre circulación de los trabajadores mediante la adopción de disposiciones relativas a la seguridad social de los trabajadores migrantes (véanse al respecto el artículo 12 del Acuerdo de Asociación y los artículos 36 y 39 del Protocolo Adicional).

76 — Véase al respecto, una vez más, el principio de no discriminación por nacionalidad que se recoge en el artículo 9 del Acuerdo de Asociación.

77 — En relación con el concepto de vicio meramente formal, véanse las sentencias Comisión/Consejo (165/87, EU:C:1988:458), apartados 18 a 21; España y Finlandia/Parlamento y Consejo (asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02, EU:C:2004:497), apartados 42 a 44; Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802), apartado 44, y Comisión/Consejo (C-370/07, EU:C:2009:590), apartados 61 y 62; véanse asimismo las conclusiones que presenté en el asunto Comisión/Consejo (C-94/03, EU:C:2005:308), punto 53.

78 — Véase el punto 97 anterior de las presentes conclusiones.

VI. **Costas**

125. Con arreglo al artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado el Consejo la condena en costas del Reino Unido y, de acuerdo con la resolución que propongo, por haber sido desestimado el motivo formulado por éste, procede condenar en costas al Reino Unido. Por su parte, Irlanda y la Comisión, como partes coadyuvantes en el procedimiento, cargarán respectivamente con sus propias costas, de conformidad con el artículo 140, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento.

VII. **Conclusión**

126. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que decida:

1) Desestimar el recurso.

2) Irlanda y la Comisión Europea cargarán respectivamente con sus propias costas.

3) Por lo demás, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargará con las costas procesales.