



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 21 de marzo de 2013¹

Asunto C-431/11

**Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
contra**

Consejo de la Unión Europea

«Relaciones exteriores — Coordinación de los sistemas de seguridad social — Acuerdo previsto para la modificación del anexo VI (Seguridad Social) y del Protocolo 37 del Acuerdo EEE — Ampliación del sistema del Reglamento (CE) n° 883/2004 al Espacio Económico Europeo — Decisión del Consejo 2011/407/UE, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE — Elección de la base jurídica material correcta — Artículos 48 TFUE, 79 TFUE, apartado 2, letra b), o 217 TFUE»

I. Introducción

1. ¿Sobre qué base jurídica puede la Unión Europea extender su régimen interno en materia de seguridad social a Estados terceros? Esta delicada cuestión política constituye el núcleo del presente litigio que, con el apoyo de sus respectivos coadyuvantes, enfrenta al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y al Consejo de la Unión Europea.

2. El desencadenante de esta controversia ha sido la ampliación de la nueva normativa interna de la Unión en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social al Espacio Económico Europeo (EEE) llevada a cabo mediante Decisión del Comité Mixto del EEE. A estos efectos, mediante la Decisión 2011/407/UE,² el Consejo había establecido previamente la posición que debía adoptar la Comisión, 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. Mediante el presente recurso de anulación, el Reino Unido impugna dicha Decisión. En contra de la opinión defendida por el Consejo y la Comisión, el Reino Unido, apoyado por Irlanda, sostiene que no procede aplicar la normativa relativa a la libre circulación de los trabajadores, sino las disposiciones sobre los derechos de los nacionales de terceros países en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, y más exactamente, el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b).

4. A primera vista, cabe pensar que la delimitación entre el artículo 48 TFUE y el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), o la relación de ambas disposiciones con la competencia para celebrar acuerdos de asociación con arreglo al artículo 217 TFUE, es de carácter predominantemente técnico. Sin embargo, la misma reviste en realidad una considerable importancia práctica, especialmente respecto

¹ — Lengua original: alemán.

² — Decisión del Consejo de 6 de junio de 2011 relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE respecto a una modificación del anexo VI (Seguridad Social) y del Protocolo 37 del Acuerdo EEE (DO L 182, p. 12).

al Reino Unido y a Irlanda. En efecto, en virtud de una excepción, en el marco del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), ambos Estados miembros podrán decidir si desean participar en la aplicación de los actos legislativos de la Unión (opción de inclusión «opt-in»), mientras que en el marco del artículo 48 TFUE, apartado 1, no gozan de ningún privilegio y en lo que a los actos legislativos se refiere sólo pueden recurrir, en el mejor de los casos, al mecanismo de freno de emergencia (artículo 48 TFUE, apartado 2).

5. La sentencia que dicte el Tribunal de Justicia en el caso de autos fijará las pautas para otros asuntos similares en los que, a través de acuerdos internacionales, la Unión desee extender la aplicación de determinadas disposiciones sociales a terceros países. En este contexto, cabe hacer una mención especial a los casos de Suiza y de Turquía, que en la actualidad son asimismo objeto de recursos de anulación interpuestos por el Reino Unido contra el Consejo.³

II. Marco jurídico

6. El marco jurídico del presente asunto viene determinado, por un lado, por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado FUE) y, por otro, por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE),⁴ así como sus respectivos Protocolos adicionales.

A. El Tratado FUE

7. 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, cuyo primer apartado tiene el 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.»

8. El artículo 79 TFUE, que forma parte de las disposiciones dedicadas al «Espacio de libertad, seguridad y justicia» en el título V de la tercera parte del Tratado FUE, establece en extracto:

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

[...]

3 — Asuntos C-656/11, Reino Unido/Consejo y C-81/13, Reino Unido/Consejo pendientes ante el Tribunal de Justicia.

4 — DO 1994, L 1, p. 1.

- 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;

[...]»

9. Con carácter complementario, debe hacerse referencia al 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.»

El Protocolo n° 21 del TUE y del TFUE

10. Al Tratado UE y al Tratado FUE se añadió como anexo un Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia (Protocolo n° 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 n° 21).

11. Según el artículo 1, párrafo primero, primera frase, y el artículo 3 del Protocolo n° 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 TFUE, 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.

12. Por otro lado, tal y como se desprende del artículo 2 del Protocolo n° 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. *El Acuerdo EEE*

13. El Acuerdo EEE fue aprobado el 13 de diciembre de 1993 en nombre de las antiguas Comunidades Europeas por el Consejo y la Comisión tomando como base jurídica material el artículo 238 del Tratado (actual artículo 217 TFUE).⁵ Se trata de un acuerdo mixto en el que tanto la Unión Europea, como sucesora de las Comunidades Europeas, como sus Estados miembros son Partes contratantes.

14. Según se desprende de su artículo 1, apartado 1, el Acuerdo EEE es un Acuerdo de asociación cuya finalidad es la de «promover un reforzamiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes Contratantes, en igualdad de condiciones de competencia y en observancia de unas normas comunes, con miras a crear un Espacio Económico Europeo homogéneo, [...]».

5 — Decisión 94/1/CE, CECA, de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza (DO 1994, L 1, p. 1).

15. A fin de alcanzar los objetivos del Acuerdo EEE, la asociación abarcará, entre otros extremos, las cuatro libertades fundamentales del mercado interior europeo, especialmente «la libre circulación de personas» [artículo 1, apartado 2, letra b), del Acuerdo EEE], e implicará «una cooperación más estrecha en otros campos, como [...] la política social» [artículo 1, apartado 2, letra f), del Acuerdo EEE].

16. A tenor del artículo 7 del Acuerdo EEE, «los actos a los que se hace referencia o incluidos en los Anexos del presente Acuerdo o en las decisiones del Comité Mixto del EEE serán vinculantes para las Partes Contratantes y formarán parte [...] [de] su ordenamiento jurídico interno», y, en virtud de la letra a) de dicha disposición, «los actos correspondientes a los reglamentos CEE se incorporarán íntegramente en el ordenamiento jurídico interno de las Partes Contratantes».

17. El artículo 28 del Acuerdo EEE contiene una normativa relativa a la libre circulación de los trabajadores en el seno del EEE equivalente a la recogida en el artículo 45 TFUE, y el artículo 29 del Acuerdo EEE se corresponde con lo dispuesto en el artículo 48 TFUE.

18. En virtud del artículo 98 del Acuerdo EEE, se confiere al Comité Mixto del EEE la facultad de modificar los Anexos del Acuerdo EEE y una serie de Protocolos del mismo, entre los que figura el Protocolo 37.

19. En la sección «Actos a los que se hace referencia» de la versión inicial del anexo VI (Seguridad Social) del Acuerdo EEE,⁶ se incluye el Reglamento (CEE) n° 1408/71.⁷ En la versión inicial del Protocolo 37 del Acuerdo EEE⁸ también se menciona dicho Reglamento en relación con la «Comisión administrativa sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes». Según la Decisión n° 76/2011 del Comité Mixto del EEE,⁹ a partir de ahora ambas referencias se entenderán hechas, en esencia, al Reglamento (CE) n° 883/2004¹⁰ y al Reglamento (CE) n° 988/2009.¹¹

III. Antecedentes del litigio

20. La normativa interna de la Unión en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social se recogió durante mucho tiempo en el Reglamento n° 1408/71. Con efectos a partir del 1 de mayo de 2010, se sustituyó por el Reglamento n° 883/2004, que, a su vez, fue modificado posteriormente, entre otros, por el Reglamento n° 988/2009.

21. El Comité Mixto del EEE expresó su intención de adaptar las disposiciones en materia de seguridad social contenidas en el anexo VI y en el Protocolo 37 del Acuerdo EEE a la nueva legislación interna de la Unión e incluir el Reglamento n° 883/2004 en el Acuerdo EEE. A juicio del Comité Mixto del EEE, para ello sería necesario, en particular, sustituir las remisiones al Reglamento n° 1408/71 hechas en el anexo VI y en el Protocolo 37 por remisiones al Reglamento n° 883/2004 y al Reglamento n° 988/2009.

6 — DO 1994, L 1, p. 327.

7 — Reglamento de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (publicado inicialmente en DO 1971, L 149, p. 2, y modificado en varias ocasiones).

8 — DO 1994, L 1, p. 206.

9 — Decisión de 1 de julio de 2011 por la que se modifica el anexo VI (Seguridad Social) y el Protocolo 37 del Acuerdo EEE (DO L 262, p. 33).

10 — Reglamento de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, p. 1).

11 — Reglamento de 16 de septiembre de 2009 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y se determina el contenido de sus anexos (DO L 284, p. 43).

22. En este contexto, la Comisión presentó una Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE. La versión inicial de esta Propuesta databa de 9 de septiembre de 2010 y se basaba en los artículos 48 TFUE, 352 TFUE y 218 TFUE, apartado 9.¹² Posteriormente, el 10 de marzo de 2011, la Comisión modificó dicha Propuesta aplicando como base jurídica de la misma los artículos 48 TFUE y 218 TFUE, apartado 9.¹³ La Comisión fundamentó la supresión del artículo 352 TFUE como base jurídica adicional alegando que, en virtud del Tratado de Lisboa, la competencia de la Unión Europea con arreglo al artículo 48 TFUE se había extendido, más allá del ámbito clásico de los trabajadores migrantes, también al de los trabajadores autónomos.

23. El 6 de junio de 2011, el Consejo adoptó la Decisión 2011/407 (en lo sucesivo, «Decisión impugnada») y fijó la posición de la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE. Tal y como había propuesto la Comisión, esta Decisión se basó en los artículos 48 TFUE y 218 TFUE, apartado 9.

24. Mediante Decisión n° 76/2011, de 1 de julio de 2011, el Comité Mixto del EEE aprobó las modificaciones previstas del anexo VI (Seguridad Social) y del Protocolo 37 del Acuerdo EEE. No obstante, la entrada en vigor de esta Decisión requiere aún del cumplimiento de determinadas exigencias de carácter constitucional de una de las Partes contratantes del Acuerdo EEE.

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

25. Mediante escrito de 16 de agosto de 2011, el Reino Unido interpuso recurso de anulación contra la Decisión 2011/407. A su juicio, la Decisión impugnada no debería haberse adoptado sobre la base del artículo 48 TFUE, sino del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b).

26. Mediante auto de 10 de enero de 2012, el Presidente del Tribunal de Justicia admitió la intervención de Irlanda como coadyuvante de la parte demandante y de la Comisión Europea como coadyuvante de la parte demandada.

27. El Reino Unido, apoyado por Irlanda, solicita:

- Que se anule la Decisión 2011/407/UE.
- Que se limiten los efectos temporales de dicha resolución hasta que el Consejo adopte, con arreglo al artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), una nueva Decisión relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del Espacio Económico Europeo (EEE) respecto a una modificación del anexo VI (Seguridad Social) y del Protocolo 37 del Acuerdo EEE.
- Que se condene en costas al Consejo.¹⁴

28. El Consejo, apoyado por la Comisión, solicita:

- Que se desestime el recurso.
- Que se condene en costas a la parte demandante.

29. El recurso del Reino Unido se sustanció ante el Tribunal de Justicia por escrito y, posteriormente, el 6 de febrero de 2013, de forma oral.

12 — SEC/2010/1013 final.

13 — SEC/2011/261 final.

14 — Irlanda, que interviene como coadyuvante, no formuló pretensión alguna respecto a las costas.

V. Apreciación

30. El recurso interpuesto por el Reino Unido se apoya en un único motivo de nulidad. A juicio del Reino Unido, el Consejo se basó en una base jurídica errónea para determinar la postura de la Unión y vulneró, de este modo, el principio de atribución de competencias (artículo 5 TUE, apartado 1, primera frase).¹⁵

31. Desde un *punto de vista procedimental*, todas las partes están de acuerdo en que la posición de la Unión Europea se determinó acertadamente mediante Decisión adoptada por el Consejo de la Unión Europea con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 9. En efecto, el Comité Mixto del EEE es un organismo creado por el Acuerdo EEE que, mediante decisión, podrá modificar los anexos y determinados protocolos de dicho Acuerdo (artículo 98 del Acuerdo EEE).

32. Es igualmente pacífico que, además del fundamento brindado por el artículo 218 TFUE, apartado 9, la Decisión adoptada por el Consejo para determinar la postura de la Unión requiere también la mención de una *base jurídica material* de la que se desprenda el alcance de las competencias y con ello, en última instancia, del margen de actuación de la Unión preestablecido por los Tratados.¹⁶ Por el contrario, la cuestión de si en el caso de autos dicha base jurídica 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 integra la competencia para celebrar acuerdos de asociación que el artículo 217 TFUE confiere a la Unión, es objeto de una encendida controversia.

33. En un asunto como el de autos resulta especialmente evidente que la elección de la base jurídica correcta reviste una considerable importancia práctica e institucional, incluso constitucional.¹⁷ 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 n° 21 del TUE y del TFUE.

A. La elección de la correcta base jurídica material

34. Según reiterada jurisprudencia, 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 del acto.¹⁸

35. Mediante la Decisión impugnada se estableció la posición que deberá adoptar la Unión en el Comité Mixto del EEE de cara a la ampliación de las nuevas disposiciones en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social con arreglo a los Reglamentos n° 883/2004 y n° 988/2009,¹⁹ vigentes hasta la fecha sólo en el seno de la Unión, a la totalidad del EEE.²⁰

15 — En particular, por lo que respecta al principio de atribución de competencias en el ámbito de la acción exterior de la Unión, véanse los Dictámenes del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996 (Rec. p. I-1759), apartados 23 y 24; 2/00, de 6 de diciembre de 2001 (Rec. p. I-9713), apartado 5, y 1/08, de 30 de noviembre de 2009 (Rec. p. I-11129), apartado 110, así como la sentencia de 1 de octubre de 2009, Comisión/Consejo (C-370/07, Rec. p. I-8917), apartados 46 y 47.

16 — Sentencia Comisión/Consejo, citada en la nota 15 *supra*; en idéntico sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1976, Kramer y otros (3/76, 4/76 y 6/76, Rec. p. 1279), 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, citado en la nota 15 *supra*, apartados 23 y ss.

17 — Véanse los Dictámenes 2/00, apartado 5; 1/08, apartado 110, y la sentencia Comisión/Consejo, apartado 47, todos ellos citados en la nota 15 *supra*.

18 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo (C-300/89, Rec. p. I-2867), apartado 10; de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351), apartado 182, y de 19 de julio de 2012, Parlamento/Consejo (C-130/10), apartado 42.

19 — Para simplificar, a continuación me referiré únicamente al Reglamento n° 883/2004.

20 — Véase, en particular, el segundo considerando de la Decisión impugnada: «Es conveniente incluir en el Acuerdo EEE [el Reglamento n° 883/2004 y el Reglamento n° 988/2009] [...]»

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

36. Con la extensión del Reglamento n° 883/2004 a todo el EEE se amplía su ámbito de aplicación espacial, más allá del territorio de la Unión, a tres Estados miembros de la AELC, a saber, Noruega, Islandia y Liechtenstein. Esto implica necesariamente que, en adelante, el ámbito de aplicación personal de dicho Reglamento también incluirá una serie de personas que no son ciudadanos de la Unión sino nacionales de terceros países. Este extremo ha sido destacado con énfasis por el Reino Unido e Irlanda.

37. A primera vista, podría llegarse a la conclusión de que el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b) es *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 terceros países.²¹

38. Consta que esta disposición ya ha fundamentado varios actos destinados a incluir a los nacionales de terceros países en el ámbito de aplicación de la normativa social de la Unión con arreglo a los acuerdos celebrados con esos países.²² Ahora bien, este hecho no es por sí mismo determinante cuando de lo que se trata es de elegir la base jurídica correcta para la Decisión del Consejo impugnada en el caso de autos.²³

39. Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 TFUE forma parte de las disposiciones sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia y que está enmarcado dentro del capítulo relativo a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración. Tal y como se desprende de su apartado 1, el artículo 79 TFUE persigue un objetivo específico: la disposición tiene por objeto 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».

40. La finalidad y la sistemática del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), no se adecuan a una medida como la controvertida en el presente procedimiento.

21 — Esto se infiere asimismo de la Declaración relativa a los artículos 48 y 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Declaración n° 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).

22 — Se trata, por un lado, de las seis Decisiones adoptadas por el Consejo el 21 de octubre de 2010 relativas a la posición que deberá 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)], Israel [Decisión 2010/700/UE (DO L 306, p. 21)], y en 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)], y, por otro lado, de las tres Decisiones adoptadas por el Consejo el 6 de diciembre de 2012 relativas a la posición que deberá 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)], Montenegro [Decisión 2012/774/UE (DO L 340, p. 7)], y 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) (anterior artículo 63 CE, punto 4) constituyó asimismo la base jurídica para la aprobación del Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 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) n° 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 y el Reglamento (CE) n° 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).

23 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2008, Parlamento/Consejo (C-155/07, Rec. p. I-8103), apartado 34, y de 8 de septiembre de 2009, Comisión/Parlamento y Consejo (C-411/06, Rec. p. I-7585), apartado 77, así como el Dictamen 1/94 del Tribunal de Justicia, de 15 de noviembre de 1994 (Rec. p. I-5267), apartado 52, y el Dictamen 1/08, citado en la nota 15 *supra*, apartado 172.

41. En efecto, la Decisión impugnada no se limita a reconocer, en el marco de una política común de inmigración, determinados derechos sociales a determinados nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión, a fin de garantizar un «trato equitativo» en el sentido del artículo 79 TFUE, apartado 1. Al contrario, esta Decisión va mucho más allá. Su objetivo es fomentar el desarrollo de la asociación con tres Estados miembros de la AELC, a saber, Noruega, Islandia y Liechtenstein, alcanzada con el Acuerdo EEE y, forma parte de las medidas a través de las cuales se extiende en la medida de lo posible el Derecho del mercado interior europeo al EEE.²⁴ En su virtud, los nacionales de tres Estados miembros de la AELC, a saber, Noruega, Islandia y Liechtenstein, deberán gozar de la libre de circulación de las personas en igualdad de condiciones sociales que los ciudadanos de la Unión.

42. Además, como acertadamente resalta la Comisión, la Decisión impugnada, lejos de limitarse a regular los derechos sociales de *nacionales de terceros países* –de Noruega, Islandia y Liechtenstein– en el seno de la Unión, también regula el supuesto inverso, es decir, los derechos sociales de los *ciudadanos de la Unión* en los tres Estados de la AELC mencionados. En virtud de la modificación del Acuerdo EEE perseguida por la Decisión impugnada, la coordinación de los sistemas de seguridad social alcanzada con el Reglamento n° 883/2004 no redunda sólo en beneficio de, por ejemplo, un nacional noruego en el territorio de la Unión, sino también de un ciudadano de la Unión en Noruega. En efecto, según el artículo 7, letra a), del Acuerdo EEE, el Reglamento de la Unión al que se haga referencia en alguno de los anexos del Acuerdo EEE será vinculante para todas las Partes contratantes –es decir, también para los Estados miembros de la AELC afectados– y se incorporará como tal a su ordenamiento jurídico interno. En contra de la opinión sostenida por Irlanda, dichos Reglamentos no requieren ninguna medida nacional de transposición.

43. Habida cuenta de estas consideraciones, procede rechazar la tesis esgrimida por el Reino Unido e Irlanda según la cual la base jurídica correcta de la Decisión impugnada debe ser el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b).

2. El artículo 48 TFUE tampoco constituye la base jurídica adecuada

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

45. Ello no se debe tanto al hecho de que las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social introducidas por el Reglamento n° 883/2004 también afectan a las personas económicamente inactivas,²⁵ ya que dicho Reglamento no se centra en la seguridad social de las personas que no ejerzan una actividad económica. Al contrario, el Reglamento se refiere fundamentalmente a la seguridad social de las personas económicamente activas, es decir, a los trabajadores por cuenta ajena y a los autónomos. La seguridad social de las personas económicamente

24 — Sobre esta orientación del EEE véanse, en general, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 2003, Ospelt y Schlössle Weissenberg (C-452/01, Rec. p. I-9743), apartado 29, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de enero de 1997, Opel Austria/Consejo (T-115/94, Rec. p. II-39), apartado 107, así como el quinto considerando del Acuerdo EEE.

25 — Tal y como se desprende tanto de los autos como de la vista, desde un *punto de vista político*, para el Reino Unido, el verdadero origen de la desavenencia radica precisamente en la pretendida inclusión de las personas económicamente inactivas en el sistema de coordinación de los regímenes de seguridad social implantado en el seno del EEE. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el Reino Unido dejó entrever que estaba dispuesto a buscar con estos tres Estados miembros de la AELC, es decir, con Noruega, Islandia y Liechtenstein, una solución bilateral equivalente a la prevista en el Reglamento n° 883/2004, pero con exclusión de las personas económicamente inactivas.

inactivas representa, a lo sumo, un ámbito marginal que, si bien regulado por el Reglamento n° 883/2004, está lejos de constituir su objeto principal. Por consiguiente, este aspecto no es determinante para la elección de la base jurídica.²⁶ En efecto, la elección de la base jurídica de un acto de la Unión debe atenerse al núcleo de su contenido normativo.²⁷

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

47. El artículo 48 TFUE permite únicamente 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 sólo «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»,²⁸ es decir, a los ciudadanos de la Unión.²⁹

48. Por lo tanto, los nacionales de terceros países no pueden invocar dentro de la Unión el derecho a la libre circulación con arreglo al artículo 45 TFUE,³⁰ y el legislador de la Unión carece de competencia para adoptar medidas específicas destinadas a coordinar los sistemas de seguridad social de la Unión y de terceros países basándose únicamente en el artículo 48 TFUE, dado que tales medidas no son necesarias para la realización de la libre circulación de los trabajadores (dentro de la Unión) en el sentido de los artículos 45 TFUE y 48 TFUE.

49. Contrariamente a lo que sugieren el Reino Unido e Irlanda, no considero que deba descartarse en absoluto la posibilidad de que, en el marco de la aprobación de la normativa aplicable a los ciudadanos y empresas de la Unión sobre la base de las competencias que les han sido conferidas para la realización del mercado interior, las instituciones de la Unión codeterminen asimismo la situación de nacionales de terceros países, por ejemplo, cuando sea necesario para el establecimiento de la igualdad de las condiciones de competencia dentro del mercado interior.³¹

50. Con todo, en el caso de autos no se trata únicamente de que con motivo de la aprobación de una normativa social *para el territorio de la Unión* también se haya regulado la situación de nacionales de terceros países. Antes bien, la Decisión impugnada tiene por objeto, en primera línea, ampliar una normativa social existente, a saber, la recogida en el Reglamento n° 883/2004, a terceros países, concretamente a tres países de la AELC (Noruega, Islandia y Liechtenstein).³²

26 — En este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 2001, Khalil y otros (asuntos acumulados C-95/99 a C-98/99 y C-180/99, Rec. p. I-7413), apartados 55 a 58, especialmente el apartado 56, relativo a la inclusión de los apátridas y de los refugiados en el sistema establecido por el Reglamento n° 1408/71.

27 — Si el examen de una medida muestra que ésta persigue un doble objetivo 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 debe fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que exige el objetivo o componente principal o preponderante [sentencias Parlamento/Consejo (C-155/07), citada en la nota 23 *supra*, apartado 35, y Parlamento/Consejo (C-130/10), citada en la nota 18 *supra*, apartado 43; en idéntico sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993, Comisión/Consejo (C-155/91, Rec. p. I-939), apartados 19 y 21].

28 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de julio de 1984, Meade (238/83, Rec. p. 2631), apartado 7.

29 — Conclusiones del Abogado General Mancini presentadas el 30 de mayo de 1984 en el asunto en el que recayó la sentencia Meade, citada en la nota 28 *supra*, y del Abogado General Jacobs presentadas el 30 de noviembre de 2000 en el asunto en el que recayó la sentencia Khalil y otros, citada en la nota 26 *supra*, punto 19.

30 — La libre circulación de los trabajadores en el seno del EEE queda garantizada más bien mediante el artículo 28 del Acuerdo EEE.

31 — En este sentido, véase la sentencia Khalil y otros, citada en la nota 26 *supra*, apartado 56. Véanse también mis conclusiones presentadas el 26 de marzo de 2009 en el asunto Comisión/Consejo, «Vietnam» (C-13/07), punto 149, donde abordé el análisis del pasaje del Dictamen 1/94, citado en la nota 23 *supra*, especialmente los apartados 81 y 86, invocado por el Reino Unido e Irlanda en el presente asunto.

32 — Véase el punto 42 de las presentes conclusiones.

51. Habida cuenta de estas consideraciones, el artículo 48 TFUE, al igual que el artículo 79 TFUE, no puede admitirse como base jurídica de la Decisión impugnada.

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

52. El elemento decisivo para la elección de la base jurídica correcta de la Decisión impugnada viene dado por el hecho de que dicha Decisión constituye, en el ámbito de la Unión, el primer paso necesario para la modificación y desarrollo del Acuerdo EEE. Por lo tanto, debería aplicarse la misma autorización *material* en la que en un principio se fundamentó la aprobación del Acuerdo EEE, es decir, la competencia para celebrar acuerdos de asociación reconocida en el artículo 217 TFUE.

53. En el momento en que se celebró el Acuerdo EEE se incorporó a su anexo VI (Seguridad Social) y a su Protocolo 37 el Reglamento n° 1408/71, entonces vigente, ampliando de este modo a todo el EEE la normativa relativa a la coordinación de los sistemas de seguridad social en él recogida.

54. Sólo la vigencia del Reglamento n° 1408/71 en el ámbito interno de la Unión se fundamentó en su día en el artículo 48 TFUE (antiguo artículo 51 del Tratado CEE), mientras que la extensión al EEE del sistema introducido por este Reglamento fue llevada a cabo por el mismo Acuerdo EEE, es decir, sobre la base de la competencia para celebrar acuerdos de asociación con arreglo al artículo 217 TFUE (antiguo artículo 238 del Tratado CEE).

55. Carecería de lógica que la sustitución del Reglamento n° 1408/71 por la normativa que le sucede, el Reglamento n° 883/2004, respondiese ahora a un criterio distinto.

56. En relación con el Reglamento n° 883/2004 debería partirse asimismo de que sólo su vigencia en el ámbito interno de la Unión se fundamenta en el artículo 48 TFUE. En cambio, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, la legitimación de la Decisión del Comité Mixto del EEE, en virtud de la cual dicho Reglamento ocupará el lugar del Reglamento n° 1408/71 en el anexo VI (Seguridad Social) y en el Protocolo 37 del Acuerdo EEE, y, por tanto, se extenderá a todo el EEE, emana de la competencia para celebrar acuerdos de asociación contemplada en el artículo 217 TFUE. No puede ser de otro modo respecto a la Decisión impugnada, que, con carácter previo a la actuación del Comité Mixto del EEE, fija la postura de la Unión preparando, en definitiva, la actuación de la misma en la escena internacional y las adaptaciones previstas del Acuerdo EEE.

57. A diferencia del artículo 48 TFUE, no cabe duda de que el artículo 217 TFUE abre las puertas a la regulación de la relación de la Unión con terceros países y permite beneficiar con dicha regulación a personas que no sean ciudadanos de la Unión, incluidas las personas económicamente inactivas. Este tipo de normativas, destinadas a regular la relación entre la Unión y terceros países así como el estatuto de los nacionales de dichos terceros países, constituyen la esencia de los acuerdos de asociación. En este sentido, el Tribunal de Justicia declaró hace tiempo que el artículo 217 TFUE (antiguo artículo 238 del Tratado CEE) debe necesariamente otorgar a la Unión competencia para contraer compromisos frente a terceros Estados en todos los ámbitos cubiertos por los Tratados.³³

58. Aun suponiendo que una normativa de coordinación de los sistemas de seguridad social idéntica o al menos similar referida a los nacionales de terceros países también pudiera adoptarse sobre la base del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra b), lo cierto es que, en el contexto de un acuerdo de asociación con terceros países, en particular en el contexto de un acuerdo de asociación tan estrecho como el Acuerdo EEE, el artículo 217 TFUE tendría la consideración de *lex specialis*.³⁴

33 — Sentencia de 30 de septiembre de 1987, Demirel (12/86, Rec. p. 3719), apartado 9.

34 — En este sentido, véase también la sentencia Parlamento/Consejo (C-155/07), citada en la nota 23 *supra*, apartado 34, en virtud de la cual, un acto siempre deberá fundarse en la más específica de dos posibles bases jurídicas.

59. En contra de la remisión al artículo 217 TFUE como legitimación de una Decisión como la impugnada en el presente asunto no cabe oponer que ello dificultaría excesivamente el procedimiento a seguir por el Comité Mixto del EEE para la adopción de sus Decisiones.

60. 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.³⁵

61. Por otro lado, la aplicación del artículo 217 TFUE como base jurídica material en el caso de autos no supone modificación alguna del procedimiento. En efecto, 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, el requisito de unanimidad en el seno del Consejo (artículo 218 TFUE, apartado 8, párrafo segundo) así como la previa aprobación del 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»).

62. Habida cuenta de todo ello, llego a la conclusión de que el artículo 217 TFUE hubiera sido la base jurídica material correcta para la Decisión impugnada, si bien, desde el punto de vista procedimental, la disposición pertinente seguiría siendo el artículo 218 TFUE, apartado 9.

63. Por lo demás, a la luz del Derecho procesal, nada impide al Tribunal de Justicia en el caso de autos determinar el artículo 217 TFUE como la base jurídica de la Decisión impugnada. En efecto, la objeción basada en la base jurídica errónea fue formulada expresamente por el Reino Unido, apoyado por Irlanda, convirtiendo la misma, por tanto, en objeto del procedimiento. En su apreciación autónoma de la problemática relativa a la base jurídica, el Tribunal de Justicia tampoco puede verse constreñido a las disposiciones del Derecho primario invocadas por las partes del procedimiento (artículo 79 TFUE, por un lado, y artículo 48 TFUE, por otro), dado que el juez no es «la voz de las partes».³⁶ Por lo tanto, no puede atenerse únicamente a las alegaciones formuladas por éstas en apoyo de sus pretensiones, so pena de verse obligado, en su caso, a fundar su decisión en consideraciones jurídicas erróneas.³⁷ Finalmente, tampoco se suscitan dudas acerca de la tutela judicial y de las exigencias derivadas del principio de contradicción,³⁸ puesto que la posible remisión al artículo 217 TFUE como base jurídica material fue debatida expresamente con todas las partes en la vista.

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

64. Sólo para el supuesto de que el Tribunal de Justicia no secundara mis consideraciones sobre el artículo 217 TFUE, añadido que en el caso de autos también sería posible recurrir al artículo 216 TFUE, apartado 1. Este precepto codifica, en esencia, la denominada «doctrina ERTA»,³⁹ a la que especialmente el Consejo hizo alusión en sus observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia y respecto a la cual todas las partes han tenido oportunidad de pronunciarse.

35 — Sentencia Parlamento/Consejo (C-130/10), citada en la nota 18 *supra*, apartado 80.

36 — En este sentido se pronunció asimismo el Abogado General Léger en sus conclusiones presentadas el 2 de abril de 1998 en el asunto Parlamento/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Rec. p. I-7421), punto 36.

37 — Véanse, en este sentido, el auto del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 2004 en el asunto UER/M6 y otros (C-470/02 P), apartado 69, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2010, Suecia/API y Comisión (asuntos acumulados C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, Rec. p. I-8533), apartado 65.

38 — Sentencias de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros (C-89/08 P, Rec. p. I-11245), especialmente los apartados 50 y 51, y de 17 de diciembre de 2009, Reexamen de la sentencia M/EMEA (C-197/09 RX-II, Rec. p. I-12033), apartados 39 a 42.

39 — La «doctrina ERTA» tiene su origen en la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, «ERTA» (22/70, Rec. p. 263), apartados 15 a 19; un resumen reciente se recoge en el Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia, de 7 de febrero de 2006 (Rec. p. I-1145), apartados 114 a 133.

65. El artículo 216 TFUE, apartado 1, confiere a la Unión la facultad para celebrar un acuerdo internacional con uno o varios terceros países «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».

66. El Acuerdo EEE es un acuerdo internacional celebrado con terceros países por las Comunidades Europeas, como predecesoras de la Unión. En virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, este Acuerdo vincula tanto a la Unión como a sus Estados miembros y debe considerarse, por tanto, un acto jurídicamente vinculante en el sentido del artículo 216 TFUE, apartado 1.

67. Atendiendo a su contenido normativo, la finalidad del Acuerdo EEE es promover la igualdad de condiciones de competencia y la observancia de unas normas comunes, con miras a crear un Espacio Económico Europeo homogéneo (artículo 1, apartado 1, del Acuerdo EEE). El EEE tiene por objeto, entre otros, garantizar la libre circulación de personas [artículo 1, apartado 2, letra b), del Acuerdo EEE], acompañada de una cooperación estrecha en campos como el de la política social [artículo 1, apartado 2, letra f), del Acuerdo EEE].

68. Para lograr los objetivos perseguidos por el Acuerdo EEE se ha hecho imprescindible poder llevar a cabo a escala del EEE una actualización y simplificación de la normativa interna de la Unión en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social, como la que ha tenido lugar mediante la sustitución del Reglamento n° 1408/71 por el Reglamento n° 883/2004.⁴⁰ Sin una sustitución de la remisión al antiguo Reglamento por la remisión al nuevo Reglamento en el anexo VI (Seguridad Social) y en el Protocolo 37 del Acuerdo EEE, el ejercicio de la libre circulación de personas en el EEE no tendría lugar en condiciones sociales equiparables a las que rigen dentro de la Unión. Ello entrañaría un riesgo de menoscabo del objetivo fundamental del EEE, a saber, establecer unas condiciones de competencia equitativas regidas por unas normas comunes en el seno de un Espacio Económico homogéneo.

69. Por lo tanto, la extensión del Reglamento n° 883/2004 a todo el EEE perseguida por la Decisión impugnada garantiza, en definitiva, que «normas comunes» en el sentido del artículo 216 TFUE, apartado 1—en este caso, el Acuerdo EEE, vinculante para la Unión y todos sus Estados miembros— no se vean afectadas.⁴¹

70. Por consiguiente, la Decisión impugnada también podría fundamentarse en la doctrina ERTA recogida en el artículo 216 TFUE, apartado 1. No obstante, dado que el artículo 217 TFUE ofrece otra base jurídica más especial para la Decisión impugnada,⁴² no procede aplicar el artículo 216 TFUE, apartado 1, sino el artículo 217 TFUE.⁴³

B. Sobre el efecto útil del Protocolo n° 21 del TUE y del TFUE

71. A título complementario me permito señalar que, en un caso como el de autos, la aplicación del artículo 217 TFUE —como tampoco la del artículo 48 TFUE ni la del artículo 216 TFUE, apartado 1— no priva al Protocolo n° 21 del TUE y del TFUE de su efecto útil.

40 — Véase al respecto el tercer considerando del Reglamento n° 883/2004.

41 — Sobre la competencia externa de la Unión en caso de aprobación de una normativa común que pudiera verse afectada, véase el Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia, citado en la nota 39 *supra*, apartado 116.

42 — Véanse los puntos 52 a 63 de las presentes conclusiones.

43 — Véase de nuevo la sentencia Parlamento/Consejo (C-155/07), citada en la nota 23 *supra*, apartado 34, en virtud de la cual, un acto siempre deberá fundarse en la más específica de dos posibles bases jurídicas.

72. El Protocolo n° 21 contiene normas especiales para el Reino Unido e Irlanda relativas al 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, apartado 1, primera frase, en relación con el artículo 3, del Protocolo n° 21).

73. 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, debe interpretarse restrictivamente.

74. El objetivo y la finalidad del Protocolo n° 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 parciales del Derecho de la Unión, especialmente en el marco del mercado interior o de la asociación con terceros países.

75. Por consiguiente, la opción de inclusión no es susceptible de aplicación respecto a medidas que, como en el caso de la Decisión del Consejo impugnada en el presente asunto, tienen por finalidad extender a terceros países las normas que rigen en el seno del mercado interior.

76. El funcionamiento de un acuerdo de asociación –máxime el del Acuerdo EEE, generador de una asociación plena en el ámbito del mercado interior y de la libre circulación de personas– se vería gravemente distorsionado si algunos de los Estados miembros de la Unión aplicasen sólo parcialmente el acervo comunitario en su relación con los países asociados o los nacionales de estos últimos, y, de este modo, pudiesen exigir un trato diferenciado.

77. Pretender hacer uso de la opción de inclusión también para medidas como la Decisión impugnada e instaurar así, en definitiva, la idea de una Europa *à la carte* supondría poner en peligro no sólo el mercado interior como uno de los pilares de la Unión Europea, sino también socavar los cimientos del EEE. Existiría el riesgo de una escisión de esa parte del mercado interior ampliado formada por tres Estados de la AELC, Noruega, Islandia y Liechtenstein, en detrimento de la igualdad de trato de las personas y empresas activas en dicho mercado interior y de la uniformidad de las condiciones de competencia que les son aplicables.

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

78. Como se ha afirmado anteriormente, el Consejo eligió una base jurídica errónea para fundamentar la Decisión controvertida. Lo apropiado habría sido tomar el artículo 217 TFUE como base jurídica material de dicha Decisión, junto con el artículo 218 TFUE, apartado 9, como base jurídica procedimental.

79. 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 procede la declaración de nulidad de un acto cuando el hecho de haber fundamentado el acto en una base jurídica incorrecta carece de repercusiones sobre el contenido del acto o el procedimiento para su aprobación y, por tanto, se trata de un vicio meramente formal.⁴⁴

⁴⁴ — Sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Consejo (165/87, Rec. p. 5545), apartados 18 a 21; de 9 de septiembre de 2004, España y Finlandia/Parlamento y Consejo, (asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02, Rec. p. I-7789), apartados 42 a 44, y de 14 de diciembre de 2004, Swedish Match (C-210/03, Rec. p. I-11893), apartado 44; véanse asimismo mis conclusiones presentadas el 26 de mayo de 2005 en el asunto Comisión/Consejo (C-94/03, Rec. p. I-1), punto 53.

80. 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,⁴⁵ independientemente de que la base jurídica correcta sea el artículo 217 TFUE, el artículo 216 TFUE, apartado 1, o el artículo 48 TFUE. Además, ninguna de las bases jurídicas materiales mencionadas permite al Reino Unido ni a Irlanda hacer uso de la opción de inclusión prevista en el Protocolo n° 21 del TUE y del TFUE.

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

82. No obstante, si el Tribunal de Justicia –en contra de mi anterior argumentación– considerara que procede admitir el recurso de anulación interpuesto por el Reino Unido, me parecería adecuado mantener los efectos de la Decisión impugnada hasta que el Consejo adopte sobre la base jurídica correcta una Decisión de idéntico contenido (artículo 264 TFUE, párrafo segundo). También el Reino Unido e Irlanda se han pronunciado a favor de esta medida.

VI. Costas

83. Con arreglo al artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012, la parte cuyas pretensiones sean desestimadas 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, haber sido desestimado el motivo formulado por éste, procede condenar en costas al Reino Unido. Sin embargo, Irlanda y la Comisión, como partes coadyuvantes en el procedimiento, cargarán respectivamente con sus propias costas, conforme al artículo 140, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento.

VII. Conclusión

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

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Irlanda y la Comisión Europea soportarán respectivamente sus propias costas.
- 3) Por lo demás, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte soportará las costas procesales.

⁴⁵ — Véase el punto 61 de las presentes conclusiones.