



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 6 de octubre de 2021¹

Asuntos acumulados C-59/18 y C-182/18

República Italiana (C-59/18)
Comune di Milano (C-182/18)
contra
Consejo de la Unión Europea
Asunto C-743/19
Parlamento Europeo
contra
Consejo de la Unión Europea

«Recurso de anulación — Agencias de la Unión — Agencia Europea de Medicamentos y Autoridad Laboral Europea — Sedes — Ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE — Competencia para decidir las sedes de las agencias — Decisiones adoptadas por los representantes de los Estados miembros en paralelo a reuniones del Consejo para determinar la ubicación de las sedes de agencias — Naturaleza jurídica — Autor del acto — Competencia del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE — Ausencia de efectos vinculantes en el ordenamiento jurídico de la Unión»

I. Introducción

1. En noviembre de 2017, tras notificar el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte su intención de abandonar la Unión Europea, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, en paralelo a una reunión del Consejo de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Consejo»), decidieron que la ciudad de Ámsterdam (Países Bajos) sustituyese a Londres como nueva ubicación para la sede de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA). En junio de 2019, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros decidieron también de común acuerdo que la recién creada Autoridad Laboral Europea (ALE) tuviese su sede en Bratislava (Eslovaquia).

2. En los asuntos acumulados C-59/18 y C-182/18 (en lo sucesivo, «asuntos EMA»), la República Italiana y el Comune di Milano (Ayuntamiento de Milán, Italia), respectivamente, impugnan la decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de reubicar la sede de la

¹ Lengua original: inglés.

EMA en Ámsterdam. En el asunto C-743/19 (en lo sucesivo, «asunto ALE»), el Parlamento Europeo impugna la decisión de los representantes de los Estados miembros de ubicar la sede de la ALE en Bratislava (Eslovaquia).

3. Los mencionados recursos suscitan una serie de cuestiones esenciales. En primer lugar, ¿puede ser objeto de recurso de anulación en virtud del artículo 263 TFUE una decisión colectiva de los representantes de los Estados miembros? En segundo lugar, ¿están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE las decisiones de los representantes de los Estados miembros relativas a la ubicación de la sede de las agencias de la Unión? En tercer lugar, ¿qué estatuto jurídico les corresponde en el Derecho de la Unión a las decisiones de los Estados miembros que no están previstas en los Tratados? Dado que estas cuestiones constitucionales son comunes a los tres presentes asuntos, me voy a ocupar de ellas conjuntamente en las presentes conclusiones.

4. Con posterioridad a la decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, el Reglamento (UE) 2018/1718² estableció que la nueva sede de la EMA sería Ámsterdam. Dicho Reglamento fue impugnado por sendos recursos interpuestos por la República Italiana (C-106/19) y por el Comune di Milano (C-232/19). Me ocupo conjuntamente de estos dos asuntos en mis conclusiones paralelas presentadas en la misma fecha que las presentes.³

II. Marco jurídico

5. El artículo 341 TFUE establece:

«La sede de las instituciones de la Unión será fijada de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros.»

6. El 12 de diciembre de 1992, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros adoptaron de común acuerdo, sobre la base del artículo 216 del Tratado CEE, del artículo 77 del Tratado CECA y del artículo 189 del Tratado CEEA, la Decisión relativa a la fijación de las sedes de las instituciones y de determinados organismos y servicios de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «Decisión de Edimburgo»)⁴.

7. El artículo 1 de la Decisión de Edimburgo establece las respectivas sedes del Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia, el Comité Económico y Social Europeo, el Tribunal de Cuentas y el Banco Europeo de Inversiones. Con arreglo al artículo 2 de dicha Decisión, «la sede de otros organismos y servicios creados o por crear se decidirá de común acuerdo por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en un próximo Consejo Europeo, teniendo en cuenta las ventajas que las anteriores disposiciones reportan a los Estados miembros interesados, y dando la adecuada preferencia a los Estados miembros que en la actualidad no albergan sedes de instituciones comunitarias».

² Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, que modifica el Reglamento (CE) n.º 726/2004 en lo que respecta a la ubicación de la sede de la Agencia Europea de Medicamentos (DO 2018, L 291, p. 3).

³ Conclusiones presentadas en el asunto República Italiana y Comune di Milano/Consejo y Parlamento (en lo sucesivo, «asuntos EMA 2») (asuntos acumulados C-106/19 y C-232/19).

⁴ DO 1992, C 341, p. 1.

8. En virtud del Protocolo n.º 6 anejo al TUE y al TFUE, introducido por el Tratado de Ámsterdam, sobre la fijación de las sedes de las instituciones y de determinados órganos, organismos y servicios de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Protocolo n.º 6»):

«Los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros,

Vistos el artículo 341 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 189 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica,

Recordando y confirmando la Decisión de 8 de abril de 1965, y sin perjuicio de las decisiones relativas a la sede de futuras instituciones, órganos, organismos y servicios,

Han convenido en las disposiciones siguientes [...]:

Artículo único

- a) El Parlamento Europeo tendrá su sede en Estrasburgo [...].
- b) El Consejo tendrá su sede en Bruselas [...].
- c) La Comisión tendrá su sede en Bruselas [...].
- d) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá su sede en Luxemburgo.
- e) El Tribunal de Cuentas tendrá su sede en Luxemburgo.
- f) El Comité Económico y Social tendrá su sede en Bruselas.
- g) El Comité de las Regiones tendrá su sede en Bruselas.
- h) El Banco Europeo de Inversiones tendrá su sede en Luxemburgo.
- i) El Banco Central Europeo tendrá su sede en Frankfurt.
- j) La Oficina Europea de Policía (Europol) tendrá su sede en La Haya.»

III. Antecedentes de los litigios y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

A. Asuntos C-59/18 y C-182/18 (asuntos EMA)

9. La Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos se creó mediante Reglamento (CEE) n.º 2309/93 del Consejo, de 22 de julio de 1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos.⁵

⁵ DO 1993, L 214, p. 1.

10. El 29 de octubre de 1993, los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros decidieron de común acuerdo establecer su sede en Londres (Reino Unido).⁶

11. Posteriormente, el Reglamento n.º 2309/93 fue derogado y sustituido por el Reglamento (CE) n.º 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.⁷ Con él, la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos pasó a llamarse Agencia Europea de Medicamentos. El Reglamento no contenía disposición alguna sobre la ubicación de su sede.

12. El 29 de marzo de 2017, de conformidad con el artículo 50 TUE, apartado 2, el Reino Unido notificó al Consejo Europeo su intención de abandonar la Unión Europea.

13. El 22 de junio de 2017, en paralelo a una reunión del Consejo Europeo (artículo 50), los jefes de Estado o de Gobierno de los otros veintisiete Estados miembros aceptaron, a propuesta del presidente del Consejo Europeo y del presidente de la Comisión, el procedimiento para la reubicación de la sede de la EMA y de la Autoridad Bancaria Europea (en lo sucesivo, «normas de elección»)⁸.

14. En dichas normas se disponía, en particular, que la decisión sobre la futura sede de ambas agencias se había de tomar con arreglo a un procedimiento justo y transparente, mediante la organización de una convocatoria de ofertas, conforme a ciertos criterios objetivos. En el apartado 3 de las normas de elección se establecieron seis criterios: i) garantizar que la agencia pueda estar instalada en su sede y reanudar sus funciones en la fecha en que el Reino Unido se retirase de la Unión; ii) accesibilidad de la ubicación; iii) existencia de centros educativos adecuados para los hijos del personal de la agencia; iv) acceso apropiado al mercado laboral, a la seguridad social y a los servicios médicos para los hijos y los cónyuges; v) continuidad del servicio, y vi) dispersión geográfica.

15. Se declaró en las normas de elección que dichos criterios se basaban, por analogía, en los criterios para la elección de la sede de las agencias, establecidos en el punto 6 de la Declaración conjunta y el Planteamiento Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea, de 19 de julio de 2012, sobre las agencias descentralizadas,⁹ habida cuenta, especialmente, de que las dos agencias ya existían y que era fundamental asegurar la continuidad del servicio de ambas.

16. Las normas de elección también disponían que la decisión se adoptaría mediante un proceso de votación cuyo resultado los Estados miembros se comprometieron de antemano a respetar.¹⁰ En particular, se preveía que, en caso de empate entre las ofertas que hubiesen llegado a la tercera ronda de votación, la decisión la tomaría el presidente por sorteo entre las ofertas empatadas, y que la oferta agraciada se consideraría la elegida.

⁶ Decisión adoptada de común acuerdo por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos a nivel de jefes de Estado o de Gobierno relativa a la fijación de las sedes de determinados organismos y servicios de las Comunidades Europeas y de Europol (DO 1993, C 323, p. 1).

⁷ DO 2004, L 136, p. 1.

⁸ Documento XT-21045/17 del Consejo: Procedimiento conducente a una decisión sobre la reubicación de la Agencia Europea de Medicamentos y de la Autoridad Bancaria Europea en el contexto de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea.

⁹ Documento del Consejo n.º 11450/12: Aprobación de la Declaración conjunta y el Planteamiento Común.

¹⁰ Véase el apartado 2 de las normas de elección.

17. El 30 de septiembre de 2017, la Comisión publicó su valoración de las veintisiete ofertas presentadas por los Estados miembros.¹¹ El 31 de octubre de 2017, el Consejo publicó una nota añadida a las normas de elección sobre cuestiones prácticas relativas a la votación.¹²

18. El 20 de noviembre de 2017, la oferta de la República Italiana y la del Reino de los Países Bajos recibieron el mismo número de votos en la tercera ronda de votaciones. A continuación, resultó elegida la oferta del Reino de los Países Bajos, tras un sorteo entre las ofertas empatadas.

19. En consecuencia, ese mismo día los representantes de los Estados miembros, en paralelo a la reunión n.º 3 579 del Consejo de Asuntos Generales, eligieron la ciudad de Ámsterdam como nueva sede de la EMA (en lo sucesivo, «decisión controvertida en los asuntos EMA»). Dicha decisión se anunció en el acta de la reunión del Consejo¹³ y fue publicada en un comunicado de prensa.¹⁴ Tanto en el acta como en el comunicado de prensa se declaró que «la Comisión elaborará propuestas legislativas que reflejen la votación [...] para su adopción con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, en la que participará el Parlamento Europeo. El Consejo y la Comisión se comprometen a garantizar que estas propuestas legislativas se tramiten lo antes posible, dada la urgencia de este asunto».

20. El 29 de noviembre de 2017, la Comisión adoptó un proyecto de reglamento que modificaba el Reglamento n.º 726/2004 en lo que respecta a la ubicación de la sede de la EMA. En la exposición de motivos, dicho proyecto de reglamento decía, en particular, que «los Estados miembros, con ocasión del Consejo de Asuntos Generales (artículo 50), eligieron la ciudad Ámsterdam, Países Bajos, como nueva sede de la [EMA]».

21. De este modo, el Reglamento n.º 726/2004 fue modificado por el Reglamento 2018/1718 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018.¹⁵ Actualmente, dispone que «la Agencia tendrá su sede en Ámsterdam, Países Bajos».¹⁶

22. Con estos antecedentes, la República Italiana y el Comune di Milano iniciaron sendos procedimientos contra el Consejo en virtud del artículo 263 TFUE.

23. En el asunto C-59/18, la República Italiana solicita al Tribunal de Justicia que: i) ordene al Reino de los Países Bajos, a la EMA y a cualquier otra institución u organismo que facilite toda la información necesaria para acreditar la idoneidad de la ciudad de Ámsterdam como nueva sede de la EMA; ii) anule la Decisión impugnada en la medida en que allí se establece que la nueva sede de la EMA será Ámsterdam, y iii) asigne la sede a la ciudad de Milán.

¹¹ Valoración de la Comisión de las veintisiete ofertas presentadas por los Estados miembros conforme al procedimiento conducente a una decisión sobre la reubicación de la Agencia Europea de Medicamentos y de la Autoridad Bancaria Europea en el contexto de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea.

¹² Documento XT-21092/17 del Consejo: Procedimiento conducente a una decisión sobre la reubicación de la Agencia Europea de Medicamentos y de la Autoridad Bancaria Europea en el contexto de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea.

¹³ Documento 14559/17 del Consejo: Resultado de la reunión del Consejo [Reunión n.º 3 579 del Consejo, asuntos generales (artículo 50)].

¹⁴ Comunicado de prensa de 20 de noviembre de 2017, «La Agencia Europea de Medicamentos se trasladará a Ámsterdam (Países Bajos)»:
<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/11/20/european-medicines-agency-to-be-relocated-to-city-country/>.

¹⁵ DO 2018, L 291, p. 3.

¹⁶ Véase el artículo 71 *bis* del Reglamento n.º 726/2004.

24. El Consejo, apoyado por el Reino de los Países Bajos y la Comisión, solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso por inadmisibile o por infundado y que condene en costas a la República Italiana. En caso de que se estime su recurso, solicita también al Tribunal de Justicia que mantenga los efectos jurídicos de la Decisión impugnada hasta que se celebre un nuevo procedimiento de selección.

25. En el asunto C-182/18,¹⁷ el Comune di Milano, apoyado por la República Italiana y la Regione Lombardia (Región de Lombardía, Italia), solicita al Tribunal de Justicia que anule la Decisión impugnada en la medida en que establece que la nueva sede de la EMA será Ámsterdam, y que condene en costas al Consejo.

26. El Consejo, apoyado por el Reino de los Países Bajos y la Comisión, solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso por inadmisibile o por infundado y que condene en costas al Comune di Milano. En caso de que se estime el recurso de este último, solicita también al Tribunal de Justicia que mantenga los efectos jurídicos de la Decisión impugnada hasta que se celebre un nuevo procedimiento de selección.

27. El 17 de abril de 2018, el Consejo propuso una excepción de inadmisibilidad en cada uno de los procedimientos con arreglo al artículo 151, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Mediante resolución de 18 de septiembre de 2018, el Tribunal de Justicia decidió acumular esta excepción al fondo del asunto.

28. El 2 de julio de 2018, el Vicepresidente del Tribunal de Justicia desestimó la solicitud del Comune di Milano de suspender la Decisión impugnada.¹⁸

29. El 19 de diciembre de 2019, el Presidente del Tribunal de Justicia decidió acumular los dos asuntos a efectos de la sentencia.

30. Han presentado observaciones escritas el Gobierno italiano, el Comune di Milano, la Regione Lombardia, el Consejo, el Gobierno neerlandés y la Comisión.

31. El Gobierno italiano, el Comune di Milano, la Regione Lombardia, el Parlamento, el Consejo, el Gobierno checo, Irlanda, los Gobiernos español, francés, luxemburgués, neerlandés y eslovaco y la Comisión presentaron observaciones orales en la vista celebrada el 8 de junio de 2021. La vista oral fue común para los presentes asuntos acumulados C-59/19 y C-182/18, los asuntos acumulados C-106/19 y C-232/19 (asuntos EMA 2) y el asunto C-743/19, Parlamento/Consejo (Sede de la ALE).

¹⁷ Inicialmente, el Comune di Milano inició el litigio ante el Tribunal General (asunto T-46/18). El 8 de marzo de 2018, el Tribunal General decidió, de conformidad con el artículo 54, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con el artículo 128 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, declinar su competencia a favor del Tribunal de Justicia para que este pudiera pronunciarse sobre el recurso, habida cuenta de que, en el asunto T-46/18, se había planteado la cuestión de la validez del mismo acto que en el asunto C-59/18.

¹⁸ Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 2018, Comune di Milano/Consejo (C-182/18 R, no publicado, EU:C:2018:524).

B. Asunto C-743/19 (asunto ALE)

32. El 13 de marzo de 2018, la Comisión presentó al Parlamento y al Consejo una Propuesta de Reglamento por el que se crea la Autoridad Laboral Europea (en lo sucesivo, «Propuesta de Reglamento»).¹⁹ La sede de dicha Autoridad se había de indicar en el artículo 4. Sin embargo, durante las negociaciones interinstitucionales que tuvieron lugar entre enero y febrero de 2019, el Parlamento y el Consejo consideraron que carecían de los elementos necesarios para decidir sobre la sede de la ALE, de modo que optaron por posponer esta elección. En consecuencia, suprimieron el artículo 4 de la Propuesta de Reglamento y decidieron exponer los motivos de esta decisión en una declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión que se adjuntaría a la Propuesta de Reglamento una vez se adoptase.

33. El 13 de marzo de 2019, en paralelo a una reunión del Comité de Representantes Permanentes (Coreper I), los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros aprobaron de común acuerdo el procedimiento y los criterios para elegir la sede de la ALE.²⁰ En las normas de elección quedaba patente que los criterios para la sede de la ALE se basarían en el punto 6 del Planteamiento Común anexo a la Declaración conjunta de 2012 del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre las agencias descentralizadas.²¹ Dichos criterios eran: i) el equilibrio geográfico; ii) la fecha en que la agencia pudiera instalarse en la sede tras la entrada en vigor de su acto fundacional; iii) la accesibilidad de la ubicación; iv) la existencia de centros educativos adecuados para los hijos del personal, y v) el acceso apropiado al mercado laboral, a la seguridad social y a los servicios médicos de sus hijos y cónyuges.

34. Las normas de elección también disponían que las ofertas para albergar la agencia debían remitirse al secretario general del Consejo con copia al secretario general de la Comisión y se publicarían en el sitio web del Consejo. La Comisión elaboraría una valoración general de todas las ofertas y describiría en qué grado cumplían los criterios cada una de ellas. La Secretaría General del Consejo distribuiría a continuación dicha valoración entre los Estados miembros y la pondría a disposición del público. Posteriormente, tendría lugar un debate político entre los representantes de los Estados miembros, en paralelo a una reunión del Coreper I. El proceso de votación se llevaría a cabo más adelante, en paralelo a un Consejo EPSCO en Luxemburgo, y consistiría en sucesivas rondas de votación sin recurrir a sorteo. Las votaciones se repetirían hasta que una oferta obtuviese la mayoría de los votos. La decisión sobre la sede de la ALE que reflejase el resultado del proceso de votación quedaría confirmada después por común acuerdo de los representantes de los Estados miembros en la misma reunión.²²

35. El 16 de abril de 2019, el Parlamento adoptó en primera lectura, mediante una resolución legislativa,²³ la Propuesta de Reglamento. En un anexo a la resolución se recoge la declaración conjunta antes mencionada²⁴ del Parlamento, el Consejo y la Comisión. En ella, las tres instituciones «observan que el proceso de selección de la ubicación de la sede de la Autoridad

¹⁹ COM(2018) 131 final.

²⁰ Véase la nota del presidente del Consejo en cuyo anexo constan las normas de elección (Documento del Consejo n.º 7491/19: Procedimiento de elección de la sede de la Autoridad Laboral Europea).

²¹ Véase la nota 9 de las presentes conclusiones.

²² En la nota 2 del documento en que se recogían las normas de elección se definían el «común acuerdo» y «consenso» como «expresiones equivalentes en el sentido de que todos los representantes de los Gobiernos se expresan a favor de la solución alcanzada (sin abstenciones)».

²³ P8 TA(2019)0380 — Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de abril de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea [COM(2018) 0131 — C8-0118/2018 — 2018/0064(COD)].

²⁴ Punto 32 de las presentes conclusiones.

Laboral Europea (ALE) no concluyó en el momento de la adopción de su Reglamento constitutivo. [...] El Parlamento Europeo y el Consejo toman nota de la intención de la Comisión de tomar todas las medidas adecuadas para que en el Reglamento constitutivo figure una disposición sobre la ubicación de la sede de la ALE, y de velar por que la ALE actúe de manera autónoma, conforme a dicho Reglamento».²⁵

36. El 5 de junio de 2019, sobre la base de la evaluación por la Comisión de las cuatro ofertas presentadas [a saber, Sofía (Bulgaria), Nicosia (Chipre), Riga (Letonia) y Bratislava (Eslovaquia)], los representantes de los Estados miembros las debatieron en paralelo a una reunión del Coreper.

37. El 13 de junio de 2019, el Consejo aprobó la posición del Parlamento en primera lectura. De este modo, se adoptó la Propuesta de Reglamento con arreglo al artículo 294 TFUE, apartado 4.²⁶

38. Ese mismo día, en paralelo a la misma reunión del Consejo, la mayoría de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros emitieron su voto a favor de la oferta eslovaca, de modo que aprobaron de común acuerdo la Decisión (UE) 2019/1199, en virtud de la cual la ALE tendría su sede en Bratislava (en lo sucesivo, «Decisión impugnada en el asunto ALE»)²⁷. Se dispuso que dicha decisión se publicase en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y que entrase en vigor en la fecha de su publicación.

39. El 20 de junio de 2019, el Parlamento y el Consejo adoptaron el Reglamento (UE) 2019/1149, por el que se crea la ALE.²⁸ El Reglamento no contiene disposición alguna sobre la ubicación de la sede de la ALE.

40. Este Reglamento se publicó el 11 de julio de 2019 en el Diario Oficial. Por su parte, la Decisión impugnada en la que se estableció la sede de la ALE en Bratislava se publicó en el *Diario Oficial* el 15 de julio de 2019.

41. Con estos antecedentes, el Parlamento inició un procedimiento contra el Consejo con arreglo al artículo 263 TFUE. El Parlamento solicita al Tribunal de Justicia que anule la Decisión impugnada en el asunto ALE y condene en costas al Consejo.

42. El Consejo, apoyado por todos los Estados miembros coadyuvantes, solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso del Parlamento por inadmisibles o por infundados y que condene en costas al Parlamento. Asimismo, solicita que, en caso de que el Tribunal de Justicia estime el recurso del Parlamento, mantenga los efectos de la Decisión impugnada durante el tiempo necesario para decidir una nueva sede de la ALE.

43. Han presentado observaciones escritas el Parlamento, el Consejo, los Gobiernos belga, checo y danés, Irlanda y los Gobiernos español, francés, luxemburgués, húngaro, neerlandés, polaco, eslovaco y finlandés.

²⁵ Esta declaración se publicó en el Diario Oficial (DO 2019, L 188, p. 131), después de adoptarse el Reglamento fundacional.

²⁶ Véase el Documento del Consejo n.º 10360/19: Proyecto de acta del Consejo de la Unión Europea, Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, p. 5. Véase también el comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2019.

²⁷ Decisión adoptada de común acuerdo entre los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 13 de junio de 2019, sobre la ubicación de la sede de la Autoridad Laboral Europea (DO 2019, L 189, p. 68).

²⁸ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344 (DO 2019, L 186, p. 21).

44. El Gobierno italiano, el Comune di Milano, la Regione Lombardia, el Parlamento, el Consejo, el Gobierno checo, Irlanda, los Gobiernos español, francés, luxemburgués, neerlandés y eslovaco y la Comisión presentaron observaciones orales en la vista celebrada el 8 de junio de 2021. Se celebró una vista conjunta para el presente asunto C-743/19 y para los asuntos acumulados C-59/18 y C-182/18 (asuntos EMA) y los asuntos acumulados C-106/19 y C-232/19 (asuntos EMA 2).

IV. Apreciación

45. Las presentes conclusiones siguen la siguiente estructura. En primer lugar, recordaré qué actos son susceptibles de recurso en virtud del artículo 263 TFUE y analizaré en qué medida es posible, si realmente lo es, impugnar las decisiones de los representantes de los Estados miembros mediante un recurso de anulación ante los tribunales de la Unión. (A). A continuación, examinaré el ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE, sobre cuya base se declara haber adoptado las decisiones impugnadas en los asuntos EMA y ALE (B). Solo después de profundizar en estos dos aspectos podré valorar las decisiones impugnadas para aclarar si son susceptibles de recurso con arreglo al artículo 263 TFUE y determinar su naturaleza jurídica en el Derecho de la Unión (C).

A. ¿Qué actos pueden ser impugnados al amparo del artículo 263 TFUE?

46. La Unión Europea se basa en el Estado de Derecho. En ella se ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el control de la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión.²⁹ A este respecto, es jurisprudencia reiterada que el recurso de anulación, previsto en el artículo 263 TFUE, puede interponerse contra todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, con independencia de su naturaleza o su forma, que tengan por objeto producir efectos jurídicos obligatorios.³⁰

47. Así pues, el recurso de anulación previsto en el artículo 263 TFUE, párrafo primero, es admisible si reúne dos requisitos. En primer lugar, mediante el recurso deben impugnarse actos que hayan sido adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la *Unión* (requisito de la autoría).³¹ En segundo lugar, el recurso debe dirigirse contra actos que produzcan efectos jurídicos *obligatorios* (requisito de la obligatoriedad).³²

²⁹ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento* (294/83, EU:C:1986:166), apartado 23; de 28 de marzo de 2017, *Rosneft* (C-72/15, EU:C:2017:236), apartado 66 y jurisprudencia citada, y de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento* (C-650/18, EU:C:2021:426), apartado 34.

³⁰ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 26 de marzo de 2019, *Comisión/Italia* (C-621/16 P, EU:C:2019:251), apartado 44; de 9 de julio de 2020, *República Checa/Comisión* (C-575/18 P, EU:C:2020:530), apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento* (C-650/18, EU:C:2021:426), apartado 37.

³¹ Véanse, como ejemplos de asuntos en los que el Tribunal de Justicia se consideró incompetente, las sentencias de 28 de abril de 1988, *LAISA y CPC España/Consejo* (31/86 y 35/86, no publicada, EU:C:1988:211), apartados 17 a 18, relativa a las disposiciones de un Acta de Adhesión; de 19 de marzo de 1996, *Comisión/Consejo* (C-25/94, EU:C:1996:114), apartados 24 a 28, relativa a una medida adoptada por órganos auxiliares de una institución de la Unión como el Coreper, y de 17 de septiembre de 2014, *Liivimaa Lihaveis* (C-562/12, EU:C:2014:2229), apartado 51, relativa a una medida adoptada por los representantes de las autoridades nacionales de diversos Estados miembros actuando en el marco de un comité previsto en un reglamento de la Unión Europea.

³² Véanse, por ejemplo, las sentencias de 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo* (22/70, EU:C:1971:32), apartados 40 a 42; de 4 de septiembre de 2014, *Comisión/Consejo* (C-114/12, EU:C:2014:2151), apartado 39, y de 20 de febrero de 2018, *Bélgica/Comisión* (C-16/16 P, EU:C:2018:79), apartado 31.

1. El requisito de la autoría

48. La finalidad de los recursos de anulación es supervisar la legalidad de la actuación de la Unión. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia solo tiene competencia sobre los actos *nacionales* en casos excepcionales, cuando sean meros actos de trámite previos a la adopción de una decisión final de una institución de la Unión en un procedimiento administrativo compuesto,³³ o cuando tal competencia esté inequívocamente prevista en los Tratados.³⁴

49. En principio, el Tribunal de Justicia no es competente para examinar la validez de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales, y ha aplicado esta lógica tanto a actos adoptados de forma *individual* por una autoridad de un único Estado miembro³⁵ como a actos *colectivos* de los Estados miembros en que estos ejercían conjuntamente sus competencias propias.

50. Son ejemplos de este segundo caso, en particular, las decisiones de los representantes de los Estados miembros, habitualmente en paralelo a una reunión del Consejo.³⁶ Según el Tribunal de Justicia, «los actos adoptados por los representantes de los Estados miembros, cuando no actúan en calidad de miembros del Consejo, sino en calidad de representantes de su Gobierno, *ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros*, no están sometidos al control de legalidad ejercido por [los tribunales de la Unión]». ³⁷

51. Esta última cita procede de la sentencia Parlamento/Consejo de 1993, relativa a una decisión adoptada por los Estados miembros en una sesión del Consejo con el fin de conceder una ayuda especial a Bangladesh y recogida en un apartado del acta de una reunión del Consejo. El mismo planteamiento se ha visto confirmado recientemente por el Tribunal de Justicia en el marco específico de una decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en que se nombraba a miembros del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 253 TFUE.³⁸ Allí se declaró de forma inequívoca que el criterio aplicado por el Tribunal de Justicia a fin de negar la competencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión para conocer de los recursos contra actos adoptados por los Estados miembros en su condición de tales es el criterio de la autoría, con independencia de sus efectos jurídicos obligatorios.³⁹

³³ Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 2018, Berlusconi y Fininvest (C-219/17, EU:C:2018:1023), apartados 42 a 50.

³⁴ Véase, como ejemplo de competencia del Tribunal de Justicia derivada del artículo 14.2, párrafo segundo, de los Estatutos del SEBC y del BCE, la sentencia de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE/Letonia (C-202/18 y C-238/18, EU:C:2019:139), apartado 55.

³⁵ Véanse, por ejemplo, la sentencia de 3 de diciembre de 1992, Oleificio Borelli/Comisión (C-97/91, EU:C:1992:491), apartado 9, y los autos de 16 de mayo de 2008, Raulin/Francia (C-49/08, no publicado, EU:C:2008:286), apartado 7, y de 21 de febrero de 2013, Gassiat/Ordre des avocats de Paris (C-467/12, no publicado, EU:C:2013:104), apartado 8 y jurisprudencia citada.

³⁶ Véase, por ejemplo, Bebr, G., «Acts of representatives of the governments of the Member States», *Sociaal-Economische Wetgeving*, vol. 14, 1966, p. 528; Pescatore, P., «Remarques sur la nature juridique des “décisions des représentants des États membres réunis au sein du Conseil”», *Sociaal-Economische Wetgeving*, vol. 14, 1966, p. 579, y Mortelmans, K. J., «The Extramural Meetings of the Ministers of the Member States of the Community», *Common Market Law Review*, vol. 11, 1974, p. 62.

³⁷ Sentencia de 30 de junio de 1993, Parlamento/Consejo y Comisión (C-181/91 y C-248/91, EU:C:1993:271), apartado 12 (en lo sucesivo, «sentencia Parlamento/Consejo»). El subrayado es mío.

³⁸ Véanse los autos del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2021, Sharpston/Consejo y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (C-684/20 P, no publicado, EU:C:2021:486), apartado 39, y Sharpston/Consejo y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (C-685/20 P, EU:C:2021:485), apartado 39. Véanse también los autos de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2020, Consejo/Sharpston [C-423/20 P(R), no publicado, EU:C:2020:700], apartado 26, y Consejo/Sharpston [C-424/20 P(R), no publicado, EU:C:2020:705], apartado 26.

³⁹ Véase el auto del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2021, Sharpston/Consejo y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (C-684/20 P, no publicado, EU:C:2021:486), apartado 40.

52. En consecuencia, salvo que contengan disposiciones que confieran la competencia al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 273 TFUE,⁴⁰ las decisiones colectivas de los Estados miembros no son susceptibles de control jurisdiccional en virtud del artículo 263 TFUE, según se deduce del claro tenor de este y de la intención de los autores de los Tratados.⁴¹

53. La exclusión de la competencia del Tribunal de Justicia sobre los actos nacionales está en consonancia con el reparto clásico de las funciones (judiciales) dentro de la Unión Europea. En efecto, la delimitación entre las competencias judiciales de la Unión y de los Estados miembros se basa primordialmente en la *paternidad formal*. Al Tribunal de Justicia le corresponde verificar la legalidad de los actos de la Unión, y a los órganos jurisdiccionales nacionales les incumbe examinar los actos de los Estados miembros, en su caso, en colaboración con el Tribunal de Justicia cuando tengan un contenido basado en el Derecho de la Unión.⁴² Esta diferenciación es consecuencia lógica del poder de anulación: en general, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para anular los actos nacionales, y los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden anular los actos de la Unión.⁴³

2. Posible recalificación judicial del autor

54. Sin embargo, en cierto sentido la sentencia Parlamento/Consejo sí matizó la mencionada diferenciación en relación con los actos colectivos de los Estados miembros. Aunque los autores (los Estados miembros) habían declarado que se trataba de una decisión de los Estados miembros, en dicho asunto el Tribunal de Justicia no dio por hecho que fuese así. Por el contrario, llevó a cabo una valoración sustantiva de la decisión controvertida al objeto de determinar si en realidad no se trataba de decisiones del Consejo. A tal efecto, el Tribunal de Justicia atendió al «contenido y al conjunto de las circunstancias» en que se adoptó el acto controvertido.⁴⁴

55. Al adoptar tal planteamiento el Tribunal de Justicia quiso asegurarse, ante todo, de que la apariencia de una decisión (no revisable) de los Estados miembros no ocultara una decisión (revisable) del Consejo. La lógica subyacente a esta forma de proceder consiste en que el contenido de una decisión tomada formalmente por los Estados miembros y las circunstancias que la rodean pueden *revelar* que su verdadero autor es el Consejo. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a determinar *ex post facto* el verdadero autor de un acto en casos en que la identidad de ese autor es controvertida.

56. Esta posibilidad, es decir, la de que la autoría formal de un acto sea «rectificada» *a posteriori* por el Tribunal de Justicia atendiendo al contenido y las circunstancias que rodearon su adopción, requiere una serie de observaciones.

⁴⁰ Y que establezcan el tipo de competencia que se atribuye al Tribunal de Justicia. Véanse, por ejemplo, por analogía en lo que respecta a los acuerdos entre Estados miembros, el considerando 16 y el artículo 37, apartado 3, del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad y la sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartados 170 a 176.

⁴¹ Véase, a este último respecto, el auto del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2021, Sharpston/Consejo y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (C-684/20 P, no publicado, EU:C:2021:486), apartados 41 y 42.

⁴² Véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartados 45 a 47, 54 y 55, y de 19 de diciembre de 2018, Berlusconi y Fininvest (C-219/17, EU:C:2018:1023), apartado 46.

⁴³ Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452), apartado 15.

⁴⁴ Sentencia Parlamento/Consejo, apartado 14. El subrayado es mío.

57. En primer lugar, tal prevalencia del contenido material sobre la autoría formal solo puede ser válida, en buena lógica, para determinar si un acto ha sido adoptado por los Estados miembros o por el Consejo/Consejo Europeo. Ello se debe al doble papel que desempeñan los Estados miembros en el ámbito de la integración europea, dependiendo de si ejercen funciones intergubernamentales (en su condición de Estados miembros) o funciones supranacionales (en su condición de miembros del Consejo o del Consejo Europeo).

58. Por lo que respecta a las demás instituciones de la Unión, no hay posibilidad alguna de que surjan dudas en cuanto a la identidad del autor de un acto, ya que los miembros que las integran carecen de tal condición dual. Lo que quizá podría darse, en circunstancias ciertamente singulares, son discrepancias de hecho acerca de quién es el autor de un acto en casos en que existan dudas sobre el origen de un determinado documento. Sin embargo, desde el punto de vista *normativo* de las competencias, una vez que se conoce el autor, un acto de la Comisión siempre será un acto de la Comisión. De igual manera, un acto del Parlamento siempre será un acto del Parlamento. Solo puede haber dudas respecto a los actos del Consejo y del Consejo Europeo y respecto a los actos de los Estados miembros.

59. En cualquier caso, esta observación deja ver la verdadera naturaleza del criterio establecido en la sentencia Parlamento/Consejo. Por su tenor literal, parece tratarse de un criterio basado en los *hechos* (cuál es el contenido y cuáles fueron las circunstancias en que se adoptó el acto impugnado). Sin embargo, su auténtica naturaleza es la de una prevalencia *normativa*, basada en las competencias, sobre las posibles circunstancias de hecho (quién habría de tomar una determinada decisión, desde una interpretación coherente de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión). Volviendo a esta metáfora, la verdadera cuestión que se ha de plantear es qué papel deberían haber desempeñado los Estados miembros al adoptar la decisión y, mediante una deducción inversa a partir de la respuesta a esta pregunta, rectificar, en su caso, *ex post facto*, el autor y, por ende, parcialmente la naturaleza del acto adoptado.

60. En segundo lugar, la prevalencia del contenido sobre la autoría formal es el resultado de aplicar a la identificación del verdadero autor de un acto el planteamiento adoptado por el Tribunal de Justicia para determinar la presencia de efectos jurídicos obligatorios en los actos de la Unión que, *prima facie*, parezcan no tenerlos, en atención a su forma.⁴⁵ A este respecto, el Tribunal de Justicia no se limita a observar el «envoltorio» del acto en cuestión, sino que profundiza en su verdadero contenido y finalidad, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva frente a los actos de los órganos de la Unión que realmente podrían producir efectos jurídicos obligatorios pese a su forma (no obligatoria). Este planteamiento, trasladado a la autoría, significa que el Tribunal de Justicia ha de asegurarse de que el acto de que se trate no se ha revestido artificialmente de una apariencia de acto no revisable mediante la mera declaración de que sus autores son los Estados miembros.

61. En 2017, el Tribunal General aplicó esta lógica y llegó a la conclusión de que, «a pesar de los términos lamentablemente ambiguos de la Declaración UE-Turquía»⁴⁶ sobre un plan de acción conjunto para reforzar la cooperación en materia de gestión de la migración, los representantes

⁴⁵ Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en los asuntos acumulados Parlamento/Consejo y Comisión (C-181/91 y C-248/91, no publicadas, EU:C:1992:520), puntos 17 a 22.

⁴⁶ Auto de 28 de febrero de 2017, NG/Consejo Europeo (T-193/16, EU:T:2017:129), apartado 67.

de los Estados miembros de la Unión se reunieron con el primer ministro turco en calidad de jefes de Estado o de Gobierno de dichos Estados miembros en los locales compartidos por el Consejo Europeo y el Consejo.⁴⁷

62. Para llegar a la conclusión de que la declaración controvertida no era atribuible al Consejo Europeo, el Tribunal General examinó uno a uno los distintos elementos de hecho, como la naturaleza de las reuniones previamente mantenidas por los jefes de Estado o de Gobierno; la presentación de la declaración en comparación con declaraciones anteriores; los términos empleados y el contenido de la declaración; la forma en que se publicó, y los documentos relativos a la reunión en que se adoptó la declaración controvertida. El Tribunal General llegó al extremo de examinar las invitaciones a cenas y almuerzos para llegar a la conclusión de que «se habían organizado de manera paralela» dos eventos distintos (la sesión del Consejo Europeo y una cumbre internacional de los Estados miembros), «siguiendo vías distintas desde el punto de vista jurídico, de protocolo y de organización, lo que corrobora la diferente naturaleza jurídica de estos dos eventos».⁴⁸

63. A mi parecer, los autos del Tribunal General evidencian los problemas que genera transponer la prevalencia del contenido (utilizada para determinar el carácter obligatorio de un acto) a la decisión de la autoría de un acto (o, mejor dicho, la prevalencia de la autoría). Examinar pruebas circunstanciales, *relativas a los hechos*, tiene sentido cuando se trata de determinar la existencia de efectos jurídicos obligatorios, ya que este análisis se centra en las características inherentes de un acto de una institución que *tiene las competencias* necesarias para adoptar un acto obligatorio. Pero no sucede así cuando se trata de determinar la cuestión, esencialmente *normativa*, de si la autoría del acto corresponde a los Estados miembros o al Consejo (o al Consejo Europeo).

64. Además, en la práctica, examinar los elementos de hecho para resolver esta cuestión conduce necesariamente a un resultado no concluyente en cuanto a la identidad del verdadero autor del acto de que se trate. Esto se debe a que una decisión colectiva adoptada por todos los Estados miembros en paralelo a una reunión del Consejo, desde el punto de vista fáctico, inevitablemente ha de ser muy similar a una decisión del Consejo (o del Consejo Europeo). En efecto, en ambas decisiones pueden intervenir los mismos actores (los Estados miembros) y ambas tienen un contenido relacionado con el Derecho de la Unión, se publican en el Diario Oficial e implican en alguna medida a la Comisión y al Consejo, al menos por medio de la secretaría de este (y de su servicio jurídico, en caso de litigio).⁴⁹

65. Por otro lado, lo que quizá resulte más desconcertante es que, si el criterio de la (verdadera) autoría fuese realmente de índole *fáctica* (quién firmó un tratado o quién adoptó una decisión) y no *normativa*, en función de las competencias (quién debió haber firmado un tratado, quién debió haber adoptado una decisión), lo lógico sería esperar que las pruebas presentadas y, en particular, requeridas por los tribunales de la Unión fuesen las directamente pertinentes y concluyentes para la cuestión de hecho que se ha de dilucidar en el procedimiento concreto. Si la controversia sobre los hechos ante un tribunal es «quién firmó el documento controvertido», la mayor parte de los tribunales simplemente pedirán a las partes que presenten dicho documento (si es preciso, de

⁴⁷ Véanse los autos del Tribunal General de 28 de febrero de 2017, NF/Consejo Europeo (T-192/16, EU:T:2017:128), NG/Consejo Europeo (T-193/16, EU:T:2017:129), y NM/Consejo Europeo (T-257/16, EU:T:2017:130).

⁴⁸ Autos del Tribunal General de 28 de febrero de 2017, NF/Consejo Europeo (T-192/16, EU:T:2017:128), apartado 62, NG/Consejo Europeo (T-193/16, EU:T:2017:129), apartado 63, y NM/Consejo Europeo (T-257/16, EU:T:2017:130), apartado 61.

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, los autos de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2020, Consejo/Sharpston [C-423/20 P(R), no publicado, EU:C:2020:700], y de 10 de septiembre de 2020, Consejo/Sharpston [C-424/20 P(R), no publicado, EU:C:2020:705], donde las mismas personas actuaron tanto representando al Consejo como representando a los Estados miembros.

forma confidencial) para comprobar quién lo firmó. Solo cuando realmente no exista ningún documento y así lo confirmen las declaraciones testificales o juradas pertinentes, quizá resulte necesario, en último término, proceder a la revisión judicial del menú de la cena.⁵⁰

66. En los presentes asuntos, las alegaciones formuladas por el Gobierno italiano y el Comune di Milano en los asuntos EMA y por el Parlamento en el asunto ALE son una prueba más de la inconsistencia del criterio «contenido y circunstancias» para determinar en qué «papel» han adoptado los Estados miembros las decisiones impugnadas. Si se han utilizado la infraestructura y los locales del consejo, o si han intervenido de alguna manera otras instituciones de la Unión en el proceso de decisión, son aspectos que difícilmente ayudan a determinar en qué *condición* actuaron (o debieron actuar) los Estados miembros.

67. Esto pone de relieve, una vez más, que tales elementos de hecho son de poca utilidad en supuestos en que la verdadera cuestión es de competencia. No se trata realmente de *quién fue* el autor, sino de *quién debería haber sido*. Las pruebas fácticas serán pertinentes principalmente (o de forma exclusiva) en aquellos supuestos en que la identidad del autor formal sea realmente *desconocida*, es decir, cuando el propio acto no señale en particular ni a los Estados miembros ni al Consejo.

68. En tercer lugar, también se ha de tener en cuenta el aspecto de la «dirección» de la prevalencia. ¿Es válida, o debería serlo, en ambos sentidos? En la sentencia Parlamento/Consejo de 1993, la aplicación de la prevalencia basada en el contenido a la autoría formal se fundamentó, aparentemente, en el argumento de que el Tribunal de Justicia debía afirmar su competencia derivada del artículo 263 TFUE sobre los actos que, habiendo sido formalmente adoptados por los Estados miembros y, por lo tanto, no siendo revisables, resultan ser actos del Consejo encubiertos. De este modo, lo que inicialmente estaba excluido por su forma se incluía después.

69. Sin embargo, la dirección de los autos del Tribunal General antes discutidos es exactamente la contraria. Lo que, al menos en un comunicado de prensa, se designó formalmente como un acuerdo «UE-Turquía» más adelante fue recalificado por el Tribunal General como un acto adoptado no por el Consejo (o por el Consejo Europeo), sino por los Estados miembros. Por lo tanto, un acto que en apariencia estaba inicialmente sometido a la competencia de los tribunales de la Unión más adelante quedó excluido de ella por su fondo.

70. En cuarto y último lugar, el anterior análisis pone de relieve la verdadera naturaleza del criterio antes aludido: si ha de tener algún sentido lógico el criterio acuñado en la sentencia Parlamento/Consejo respecto a la identidad con la que actuaban los Estados miembros en un caso concreto, ha de ser de *naturaleza* normativa, no referida a los *hechos*. De lo que se trata en realidad no es del autor (que siempre serán las mismas veintisiete personas reunidas en una sala), sino la función que desempeñen al adoptar un acto (¿actuaban en ese momento dichas veintisiete personas como Consejo o como representantes de sus respectivos gobiernos?). Por lo tanto, esta última cuestión es inevitablemente una cuestión de facultades y competencias. ¿Corresponde el acto en cuestión a las competencias de los Estados miembros (de manera que *debería* haber sido adoptado por los Estados miembros como tales) o a las competencias de la Unión (de manera que *debería* haber sido adoptado por los Estados miembros como Consejo)?

⁵⁰ No obstante, reconozco que todo esto puede deberse simplemente a una concepción estrecha y quizá desfasada de la función judicial según la cual el *control* jurisdiccional de los actos solo es posible en relación con aquellos que efectivamente se han *visto*. Sin embargo, la clarividencia puede liberarnos de tan mundanas limitaciones físicas. Véase también a este respecto la sentencia de 10 de marzo de 2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140), a la luz de las conclusiones presentadas por la Abogada General Sharpston en el asunto Heinrich (C-345/06, EU:C:2008:212), puntos 70 a 77.

71. Más concretamente, por lo que atañe a las decisiones impugnadas, ¿habrían de atribuirse al Consejo porque la elección de la sede de una agencia es competencia de la Unión y, por tanto, tal elección solo la pueden hacer el Parlamento y el Consejo, y no los Estados miembros? Esta es, en esencia, la postura defendida por el Gobierno italiano y el Comune di Milano en los asuntos EMA. Por su parte, el Parlamento no llega al extremo de afirmar que la Decisión impugnada en el asunto ALE fuese atribuible al Consejo habida cuenta de que debió haberla adoptado el Consejo. Sin embargo, el Parlamento ha dedicado una parte sustancial de su razonamiento a alegar que la cuestión de la competencia es un aspecto pertinente, y ha sostenido que la Decisión impugnada era susceptible de recurso de anulación con arreglo al artículo 263 TFUE.

3. *Si se conoce, en principio el autor debe seguir siendo el autor*

72. Es cierto que la calificación (o recalificación), basada en las competencias de la Unión, de un acto colectivo de los Estados miembros como acto del Consejo ofrece numerosas ventajas. Por un lado, sin duda proporciona una sólida protección a la integridad del ordenamiento jurídico de la Unión, al garantizar el respeto de sus competencias y el equilibrio institucional en su seno. Por otro, puede mejorar la protección judicial (por los tribunales de la Unión), dado que los distintos órganos jurisdiccionales nacionales quizá no estén plenamente capacitados para examinar la legalidad de las decisiones *colectivas* de los Estados miembros, aunque en teoría sean competentes para examinar la participación de sus respectivos gobiernos en el proceso de decisión colectiva.

73. Sin embargo, tal prevalencia *normativa*, basada en la competencia, sobre la autoría formal también presenta graves inconvenientes que, a fin de cuentas, pueden acabar superando con creces los posibles beneficios.

74. Ante todo, a diferencia de la naturaleza (obligatoria o no) de un acto, donde lógicamente el fondo ha de prevalecer sobre la forma, el autor es el autor. Una vez más, pasando por alto aquellos supuestos, poco frecuentes, en que la autoría es realmente incierta en cuanto a los hechos, resulta difícil llevar este planteamiento a los casos en que sí está clara, pero la discuten otros actores aludiendo a las facultades y competencias. De nuevo, si no fuera por la doble condición de Consejo/Estados miembros, ni siquiera se habría planteado la cuestión. Se vería como una extravagancia que alguien tratase de interponer, por ejemplo, un recurso contra la Comisión alegando que, *de hecho*, el acto ha sido adoptado por el Parlamento.

75. En segundo lugar, concretamente en relación con los Estados miembros, es difícilmente discutible que, más allá del marco jurídico de la Unión, o al margen de este, son plenamente soberanos. Por lo tanto, la regla es que los Estados miembros, siempre que no se lo prohíba una disposición concreta del Derecho de la Unión, gozan de libertad de actuación.

76. En tercer lugar, ¿cómo puede apreciarse la competencia de la Unión en un contexto en que, por defecto, los Estados miembros tienen libertad para actuar? Para empezar, hoy en día, prácticamente cualquier materia puede llegar a considerarse sometida a (algún tipo de) competencia de la Unión. Respecto a las amplias áreas de competencias compartidas, no siempre es fácil determinar en la práctica si una determinada materia ya ha sido «acaparada» por la Unión

o si los Estados miembros aún pueden regularla con autonomía.⁵¹ En particular, ¿para considerarla «acaparada» sería necesario que la Comisión hubiese iniciado formalmente el procedimiento legislativo ordinario, incluyendo de manera expresa dicha materia en su ámbito de aplicación, o bastaría con llegar a la conclusión de que la materia está sometida con carácter general al Derecho de la Unión?

77. Por otro lado, no está claro si una prevalencia basada en la competencia sería válida solo para examinar las decisiones de los Estados miembros en paralelo al Consejo, o también para las decisiones de los Estados miembros *fuera* de las reuniones del Consejo. ¿Sería concluyente que las mismas veintisiete personas se reuniesen presencial o virtualmente en Bruselas, o en cualquier otro lugar? Tampoco está claro si tal prevalencia funcionaría solamente en relación con decisiones *de todos* los Estados miembros o también en relación con las tomadas por una mayoría de ellos, o incluso solo por unos pocos Estados miembros. En un caso extremo, ¿sería susceptible de control por el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE también una decisión de los Estados miembros en que estos participasen colectivamente en el proceso de decisión de otra organización internacional que, en cuanto al fondo, se solapase con una competencia de la Unión?

78. No estoy sugiriendo en modo alguno que sea así. Únicamente trato de exponer la dificultad de distinguir estas situaciones mediante un criterio de viabilidad. Por lo tanto, una prevalencia basada en la competencia sobre la autoría, al menos en mi opinión, acarrea demasiadas incertidumbres, lo que la convierte en un instrumento imprevisible y arbitrario y, en definitiva, contraproducente.

79. Por estos motivos, no comparto el planteamiento general propuesto por el Gobierno italiano y el Comune di Milano en los asuntos EMA, con el que sugieren, en esencia, que, al corresponderle en puridad a la Unión la decisión sobre la ubicación de la sede, todo pronunciamiento de los Estados miembros al respecto se convierte automáticamente en una decisión del Consejo.

80. Por el contrario, propongo limitar la lógica de la sentencia Parlamento/Consejo a circunstancias extraordinarias en las que la facultad de tomar una determinada decisión, dentro de un procedimiento claramente definido y, por lo general, ya iniciado, corresponda indudablemente al Consejo actuando como institución de la Unión. Si, dentro de tal marco procedimental nítidamente delimitado, aparece de pronto una decisión que se etiqueta formalmente como decisión de los Estados miembros, solo en ese caso cabría plantear la recalificación de la decisión, en contra de su autoría formal, como decisión del Consejo y, por ende, susceptible de control con arreglo al artículo 263 TFUE. No obstante, tan excepcionales situaciones se han de regir por la mucho más estricta lógica relativa a la clara elusión de la normativa vigente dentro del procedimiento en curso, y no a la existencia de un mero solapamiento competencial en abstracto, al margen de cualquier procedimiento.

81. Aparte de tal supuesto excepcional, considero que cualquier decisión formal de los Estados miembros no es sino una decisión de los Estados miembros, no sujeta al control del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE. Si se conoce el autor formal, no ha de ser el Tribunal de Justicia quien lo cambie. El contenido, las circunstancias de hecho o la falta de competencias solo han de ser de ayuda cuando haya auténticas dudas en cuanto a los hechos sobre si el acto ha sido

⁵¹ Por poner un destacado ejemplo reciente: no fue hasta la sentencia de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936), apartados 43 a 47, que el Tribunal de Justicia llegó a esta conclusión basándose en el hecho de que «el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión mediante la imposición de sanciones penales constituye una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros», o, como en la sentencia de 8 de septiembre de 2015, Taricco y otros (C-105/14, EU:C:2015:555), que «en el momento de los hechos controvertidos en el procedimiento principal, el régimen de prescripción aplicable a las infracciones penales relativas al [impuesto sobre el valor añadido] no había sido objeto de armonización por el legislador de la Unión».

adoptado por los Estados miembros en condición de tales o actuando como Consejo. Dichos elementos no están ahí para recurrir a ellos cuando simplemente haya actores que cuestionen la competencia.

82. En consecuencia, en principio y habida cuenta del estado actual de los Tratados, el Tribunal de Justicia carece de competencia con arreglo al artículo 263 TFUE para examinar las decisiones de los representantes de los Estados miembros.

B. Ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE

83. Según el Tribunal de Justicia, las decisiones de los Estados miembros adoptadas *en el marco de los Tratados* en virtud del artículo 253 TFUE no son susceptibles de recurso de anulación.⁵² El artículo 341 TFUE está redactado de forma similar en el sentido de que, por un lado, se refiere también a decisiones de común acuerdo de los gobiernos de los Estados miembros y, por otro, faculta a estos para decidir sobre la sede de las instituciones de la Unión. Por lo tanto, en buena lógica lo afirmado respecto del artículo 253 TFUE ha de ser válido también para las decisiones de los Estados miembros adoptadas correctamente dentro del ámbito de aplicación propio del artículo 341 TFUE.

84. Sin embargo, la cuestión fundamental es si la decisión sobre la sede de las *agencias* de la Unión les corresponde a los Estados miembros en virtud del artículo 341 TFUE. ¿Es esta clase de decisiones competencia de los Estados miembros, como alega el Consejo, o atañe al legislador de la Unión, es decir, el Parlamento y el Consejo, como consideran el Gobierno italiano y el Comune di Milano y la Comisión en los asuntos EMA y el Parlamento en el asunto ALE? De ser cierta la segunda opción, ¿cuál es entonces la naturaleza jurídica de las decisiones de los Estados miembros donde se determina la ubicación de las sedes de las agencias de la Unión?

85. Las partes en el asunto ALE han dedicado gran parte de sus observaciones a examinar el ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE y a la cuestión de si este constituye una base jurídica válida para adoptar la Decisión impugnada respecto a la sede de la ALE. Aunque estas alegaciones se refieren al primer motivo de anulación formulado por el Parlamento, sus respectivas posturas también son válidas para la cuestión de la competencia del Tribunal de Justicia. En efecto, según el Tribunal de Justicia, la apreciación de la admisibilidad del recurso de anulación va unida a la que deba hacerse de los motivos invocados en contra del acto controvertido.⁵³

86. Según el Parlamento, el artículo 341 TFUE no es una base jurídica adecuada para la elección de la sede de las agencias de la Unión, pues se refiere solamente a las instituciones. Si los redactores de los Tratados hubiesen querido incluir las agencias en el ámbito de aplicación de la disposición, lo habrían hecho expresamente. Sin embargo, el artículo 341 TFUE nunca se ha modificado a tal efecto. Según su propio tenor literal, el Protocolo n.º 6 no pretendía ampliar el ámbito de aplicación de dicha disposición. Por otro lado, aparte de que la práctica institucional del pasado carece de pertinencia para determinar el ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE, el legislador de la Unión ya ha adoptado decisiones sobre la sede de sus agencias. En consecuencia, no cabe argumentar que la adopción de tales decisiones corresponde únicamente a los Estados miembros.

⁵² Véanse los autos del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2021, Sharpston/Consejo y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (C-684/20 P, no publicado, EU:C:2021:486) y Sharpston/Consejo y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (C-685/20 P, no publicado, EU:C:2021:485).

⁵³ Véase, por ejemplo, la sentencia Parlamento/Consejo, apartado 15.

87. Sin embargo, según el Parlamento, la decisión sobre la creación de una agencia corresponde al legislador, que, a este respecto, puede invocar la base jurídica de la política de que se trate. El Reglamento 2019/1149, por el que se crea la ALE, se adoptó sobre la base de los artículos 46 TFUE y 48 TFUE. No hay ninguna razón para deslindar la decisión sobre la sede de la agencia de la decisión de su constitución y en la que se definen sus funciones, su organización y su funcionamiento. Así pues, salvo disposición específica en otro sentido en los Tratados, la elección de la sede de una agencia la ha de hacer el legislador de la Unión. Aunque pueden entrar en juego consideraciones políticas y simbólicas a la hora de decidir la ubicación geográfica de una agencia, este aspecto no es ajeno al de la creación de la agencia y la definición de sus funciones y, por ende, de su organización y funcionamiento. Por lo tanto, es lógico y coherente que la decisión sobre la sede la tome el legislador de la Unión. En cualquier caso, la sensibilidad política de una cuestión no ha de alterar las competencias que confieren los Tratados a las instituciones de la Unión.

88. Al margen de algunas diferencias menores, todos los Estados miembros coadyuvantes respaldan la postura del Consejo según la cual el artículo 341 TFUE, interpretado a la luz de su finalidad y su contexto, faculta a los Estados miembros para elegir la sede de las agencias de la Unión. A pesar de que, desde el Tratado de Lisboa, actualmente algunas disposiciones de los Tratados se refieren expresamente a las instituciones y a los órganos y organismos de la Unión, ello no ha de llevar a una interpretación restrictiva del alcance de las disposiciones que solo hablan de «instituciones». Respaldan esta interpretación el contexto y la evolución histórica de la disposición. En particular, el Protocolo n.º 6 establece la sede de dos comités y una agencia. Por su parte, el artículo 2 de la Decisión de Edimburgo confirma también que la sede de los futuros organismos de la Unión la decidirán los representantes de los gobiernos de los Estados miembros. Además, numerosos precedentes durante decenios confirman que la competencia de los Estados miembros para elegir la sede de las instituciones también es válida para las agencias. Interpretar restrictivamente el artículo 341 TFUE llevaría a una diferenciación indebida de las agencias y a su exclusión de las disposiciones finales del TFUE.

89. Por otro lado, según el Consejo, la competencia para la elección de la sede de las agencias es distinta de la competencia para regular aspectos materiales en ámbitos determinados. La decisión sobre la sede es esencialmente diferente, debido a su dimensión política y simbólica. En consecuencia, la elección de la sede de una agencia de la Unión no se ha de hacer mediante el procedimiento legislativo ordinario. Incluir la elección de la sede en el debate legislativo resultaría paradójico y tendría consecuencias no deseadas. La ubicación geográfica de las agencias pasaría a formar parte de la negociación y tendría incidencia en el contenido de las propias normas políticas. Además, las reglas de votación tanto en el Parlamento como en el Consejo impedirían que se respetase el equilibrio geográfico.

90. Discrepo de la opinión del Consejo. A mi parecer, el artículo 341 TFUE *no* es aplicable a las agencias.

1. Tenor literal

91. El tenor literal del artículo 341 TFUE se refiere a la sede de las «instituciones», sin especificar más. No obstante, desde que entró en vigor el Tratado de Lisboa el concepto de «institución» ha sido definido con carácter constitucional en el artículo 13 TUE, que efectivamente enumera las instituciones de la Unión. De esta *definición legal* establecida en los Tratados se deduce claramente que *las agencias no son instituciones*.

92. Tan clara definición legal, o incluso constitucional, del concepto interpretado no se opone a un examen adicional de la estructura general y la finalidad de la normativa a la que pertenece. Sin embargo, serían necesarios argumentos muy convincentes de índole sistemática o teleológica, que demostrasen que la lectura literal y natural de un concepto claramente definido, en un determinado contexto, conduciría a una flagrante injusticia o a un resultado absurdo, para justificar que los tribunales pasasen por alto tan inequívoca definición constitucional.

2. Contexto y sistema

93. No obstante, a mi parecer, no existen tales argumentos convincentes. De hecho, la interpretación literal del artículo 341 TFUE se ve corroborada por el contexto y el sistema de esta disposición.

94. En primer lugar, el Tratado de Lisboa ha modificado numerosas disposiciones de los Tratados, diferenciando las instituciones de la Unión de los demás «órganos y organismos». En efecto, diversas disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia se han modificado para incluir a estos últimos en su ámbito de aplicación.⁵⁴ El Tratado de Lisboa también ha extendido a las «instituciones, órganos u organismos de la Unión» la prohibición de que el Banco Central Europeo (BCE) conceda créditos,⁵⁵ así como el control de la mala administración por el Defensor del Pueblo Europeo.⁵⁶ De igual manera, el Estatuto del Tribunal de Justicia ahora diferencia también entre instituciones, órganos y organismos de la Unión. Es lo que sucede, en particular, con sus artículos 23 y 40: mientras que las instituciones pueden intervenir en todos los asuntos ante el Tribunal de Justicia, los órganos y organismos de la Unión solo pueden hacerlo cuando acrediten un interés en el resultado del litigio.

95. En esencia, es evidente que los Tratados han sido revisados de manera lo suficientemente reciente como para reconocer la existencia autónoma de «órganos y organismos» de la Unión, *diferentes* de las instituciones. En tal contexto institucional, el concepto de «institución» (al menos, ahora) no puede ser objeto de una interpretación amplia.

96. Sin embargo, según el Consejo, el hecho de que las disposiciones generales y finales del TFUE (entre las que figura el artículo 341 TFUE) no se hayan modificado y se refieran solamente a las «instituciones» no se ha de entender como un deseo de los redactores del Tratado de limitar su ámbito de aplicación. Dado que dichas disposiciones son de carácter horizontal y, por tanto, se aplican transversalmente a todo el Tratado, las disposiciones generales y finales se han de interpretar en sentido amplio.

97. No estoy de acuerdo. No existe ninguna razón sistemática inherente por la cual las disposiciones generales y finales deban distinguirse e interpretarse de forma diferente a otras disposiciones de los Tratados. Además, en términos concretos, el argumento del Consejo sobre el artículo 341 TFUE no resulta muy convincente.

⁵⁴ Véanse los artículos 263 TFUE, párrafo primero, *in fine*; 265 TFUE, párrafo segundo, y 267 TFUE.

⁵⁵ Véase el artículo 123 TFUE. Véase también, en relación con el BCE, el artículo 282 TFUE, apartado 3.

⁵⁶ Véase el artículo 228 TFUE. Véase también, en general respecto a la administración, el artículo 298 TFUE, apartado 1.

98. El artículo 342 TFUE, referido al régimen lingüístico de las instituciones de la Unión,⁵⁷ en realidad solo se aplica a estas. Es cierto que los reglamentos por los que se crean las agencias a menudo declaran aplicables a estas las disposiciones del Reglamento n.º 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de las instituciones.⁵⁸ Sin embargo, también hay reglamentos que dejan al consejo de administración de cada agencia la decisión de su régimen lingüístico interno.⁵⁹ Sobre todo, el régimen lingüístico de una agencia puede ser diferente del que rige en las instituciones, tal como ha declarado el Tribunal de Justicia.⁶⁰

99. La única excepción que, al menos a primera vista, parece respaldar los argumentos del Consejo es el artículo 340 TFUE, párrafo segundo. Esta disposición, relativa a la responsabilidad extracontractual de la Unión, ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el sentido de que el término «institución», a los efectos de dicha disposición, engloba no solo a las instituciones de la Unión enumeradas en el artículo 13 TUE, apartado 1, sino también a todos los demás órganos y organismos de la Unión constituidos por los Tratados y cuya misión sea contribuir a alcanzar los objetivos de la Unión.⁶¹

100. Sin embargo, tras un examen más detallado, tanto el tenor como la lógica del artículo 340 TFUE, párrafo segundo, confirman esta lectura. En efecto, el texto de dicha disposición declara que «la Unión Europea deberá reparar los daños causados *por sus instituciones o sus agentes* en el ejercicio de sus funciones». Por lo tanto, lógicamente, si los agentes individuales de la Unión están claramente englobados en este texto, con mayor motivo deben estarlo también todas las agencias, autoridades y demás organismos que forman el espectro existente entre la correspondiente institución de la Unión, por un lado, y el agente individual, por otro. Desde el punto de vista lógico, sería realmente extraño interpretar esta disposición concreta, que reconoce una importante vía de recurso individual contra los ilícitos que pueda cometer la Unión como entidad jurídica, de una manera tan formalista que implicase sustancialmente que solo son responsables los agentes, pero no así las agencias y demás organismos, aunque claramente estén incluidos como parte del espectro de representantes de la Unión, dada la referencia expresa a los dos extremos de ese espectro.

101. En consecuencia, es evidente que el artículo 340 TFUE también comprende las agencias. Simplemente, se trata de una disposición diferente, tanto en sus términos como en su lógica. Hecha esta aclaración, no puedo suscribir en modo alguno el argumento de que, al ser el artículo 341 TFUE inmediatamente posterior al artículo 340 TFUE dentro de un grupo de diversas disposiciones generales y finales, ambos deben interpretarse automáticamente de la misma manera, con independencia de sus diferencias objetivas.

⁵⁷ Con arreglo al artículo 342 TFUE, «el régimen lingüístico de las instituciones de la Unión será fijado por el Consejo mediante reglamentos, por unanimidad, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

⁵⁸ Reglamento del Consejo por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DO 1958, L 17, p. 385; EE 01/01, p. 8). Véase, en particular, el artículo 35 del Reglamento 2019/1149.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 25, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO 2007, L 53, p. 1).

⁶⁰ Véase, en relación con la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), predecesora de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), la sentencia de 9 de septiembre de 2003, Kik/OAMI (C-361/01 P, EU:C:2003:434), apartados 92 a 94.

⁶¹ Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de diciembre de 2020, Consejo y otros/K. Chrysostomides & Co. y otros (C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P y C-604/18 P, EU:C:2020:1028), apartado 80.

102. Así pues, llego a la conclusión de que el hecho de que el Tratado de Lisboa *no* modificase el artículo 341 TFUE, a pesar de cambiar la mayor parte de las disposiciones de carácter similar para incluir otros «órganos u organismos de la Unión» en sus respectivos ámbitos de aplicación, significa que no se puede pasar por alto la definición constitucional de «institución» establecida en el artículo 13 TUE.

103. En segundo lugar, la postura expuesta halla soporte también en un plano más estructural: las instituciones de la Unión son *constitucionalmente diferentes* de los órganos y organismos de esta. Las instituciones se establecen en los propios Tratados. Desarrollan amplias funciones constitucionales en todas las áreas sometidas al Derecho de la Unión en que la Unión tiene competencias. Y, sobre todo, su creación y sus funciones están *establecidas directamente en los Tratados*. Así pues, el régimen jurídico de las instituciones es autónomo y no requiere de legislación derivada alguna. Por lo tanto, es perfectamente lógico que, para la elección de sus sedes, se disponga un procedimiento constitucional especial como el previsto en el artículo 341 TFUE. ¿Dónde se ha de encontrar la sede misma, o al menos el procedimiento para su elección, de una institución establecida en el Tratado, si no es en el propio Tratado? De igual manera, habida cuenta de la gran sensibilidad histórica del asunto, es comprensible que la decisión deba tomarse por consenso de los Estados miembros.

104. En cambio, las agencias normalmente no se crean en los Tratados. Se constituyen mediante legislación derivada, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, dentro del desarrollo de una determinada política de la Unión. Sus funciones son esencialmente administrativas y se circunscriben a un ámbito material especializado y estrictamente definido. La base jurídica de su constitución son las disposiciones sustantivas pertinentes de los Tratados sobre las respectivas políticas.⁶² En resumen, desde un punto de vista estrictamente constitucional, no hay ninguna necesidad estructural que justifique que el procedimiento de elección de su sede haya de ser determinado por una disposición de los Tratados.

105. En tercer lugar, a este respecto tampoco veo por qué, desde un punto de vista conceptual, la decisión sobre la *sede* de una agencia ha de ser una cuestión separada de la *creación* de dicha agencia, tal como sostienen el Consejo y los Estados miembros coadyuvantes. A mi parecer, la cuestión de la ubicación de la sede forma parte de la organización de la agencia, que se rige por el instrumento jurídico constituyente oportuno. No hay ningún argumento estructural válido que explique, de una parte, por qué la elección de la sede ha de someterse a un régimen jurídico diferente de la decisión de su creación y, de otra parte, por qué aquella ha de seguir el mismo patrón jurídico que respecto a las instituciones, es decir, con arreglo al artículo 341 TFUE.

106. El Consejo alega que la elección de la sede de una agencia es una decisión *política*. Obviamente, yo no niego que tal decisión presente efectivamente una dimensión política. Sin embargo, no está claro el motivo por el cual, por extensión, el Parlamento, que representa a los ciudadanos europeos, no ha de poder tomar tal decisión, o por qué no puede hacerlo el propio

⁶² Véanse, por ejemplo, respecto a la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound), el Reglamento (UE) 2019/127 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, por el que se crea a la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound) y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 1365/75 del Consejo (DO 2019, L 30, p. 74), donde se menciona el artículo 153 TFUE, apartado 2 (competencias complementarias de la Unión en materia de condiciones de trabajo), y, respecto a la Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea (AESA), el Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2111/2005, (CE) n.º 1008/2008, (UE) n.º 996/2010, (CE) n.º 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) n.º 552/2004 y (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) n.º 3922/91 del Consejo (DO 2018, L 212, p. 1), adoptado sobre la base del artículo 100 TFUE, apartado 2, relativo al transporte marítimo y aéreo.

Consejo, como institución de la Unión que reúne a los representantes de los Estados miembros a escala ministerial. En general, el argumento según el cual el Parlamento no está capacitado para tomar decisiones políticas es, cuando menos, contrario al sentido común.⁶³

107. En cualquier caso, la decisión sobre la ubicación de la sede de una agencia difícilmente se puede considerar estrictamente política, sobre todo si se ha de dar algún crédito a los criterios declarados en los dos presentes asuntos. Las respectivas normas de elección han establecido diversos criterios que son de carácter primordialmente técnico: la fecha en que la Agencia podría estar instalada; la accesibilidad de la ubicación; la existencia de centros educativos adecuados para los hijos del personal, y el acceso apropiado al mercado laboral, a la seguridad social y a los servicios médicos de sus hijos y cónyuges.⁶⁴ El equilibrio geográfico parece ser el único criterio de índole predominantemente política.

108. Por lo tanto, habida cuenta de su naturaleza mixta, las decisiones sobre la sede de las agencias de la Unión pueden ser tomadas perfectamente por el Parlamento y el Consejo siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, impulsado por una propuesta de la Comisión.

3. *El pasado*

109. Respecto a las alegaciones del Consejo relativas a los antecedentes del artículo 341 TFUE, el impacto del Protocolo n.º 6 y de la Decisión de Edimburgo y la práctica institucional pasada, ninguno de ellos parece lo suficientemente contundente como para invertir la interpretación que se deduce directamente del tenor literal, del contexto y de la estructura del artículo 341 TFUE.

110. En primer lugar, en cuanto a la evolución del artículo 341 TFUE, su contenido se ha mantenido inalterado desde 1951.⁶⁵ La única diferencia reside en la sustitución de la expresión «instituciones de la Comunidad» por «instituciones de la Unión». Es fundamental el hecho de que el Tratado de Lisboa no modificase esta disposición para incluir expresamente los órganos y organismos de la Unión.⁶⁶

111. En segundo lugar, el Consejo y, en el asunto ALE, en particular el Gobierno luxemburgués han invocado reiteradamente el Protocolo n.º 6 y la Decisión de Edimburgo, adoptada en paralelo a una reunión del Consejo Europeo de 1992, en apoyo de la inclusión de las agencias en el ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE.

112. En cuanto al Protocolo n.º 6, es cierto que no se limita a establecer la sede de las instituciones, sino también la de dos comités y una agencia, concretamente Europol. Por lo tanto, no cabe duda de que la sede de dichos organismos ha quedado consagrada en el Derecho primario. Sin embargo, el Protocolo n.º 6 no declara en absoluto que las sedes de todas las agencias (posibles y futuras) deban determinarlas los Estados miembros en virtud del artículo 341 TFUE, sino todo lo contrario. Al adoptar un protocolo concreto (modificando así los Tratados con arreglo a los

⁶³ Recalco una vez más: desde el punto de vista *conceptual*, en cuanto a la naturaleza de la decisión que se ha de tomar y a la capacidad para tomarla. Estoy de acuerdo en que, en cuanto a la *decisión concreta* y su resultado, una decisión política del Parlamento, al igual que sucedería con cualquier otra institución o actor, podría ser distinta de la decisión de los Estados miembros. Sin embargo, la capacidad para tomar una decisión diferente no puede equipararse en modo alguno a la incapacidad para tomar una decisión política.

⁶⁴ Véanse, con mayor detalle, los puntos 14 y 33 de las presentes conclusiones.

⁶⁵ Las disposiciones predecesoras del artículo 341 TFUE son, por orden cronológico inverso, el artículo 289 CE, el artículo 216 CEE y el artículo 77 del Tratado CECA.

⁶⁶ Véase el punto 91 de las presentes conclusiones.

procedimientos allí previstos), los Estados miembros consideraron de manera inequívoca que su decisión colectiva debía ser consagrada en los Tratados para producir efectos jurídicos en el Derecho de la Unión.

113. Respecto a la Decisión de Edimburgo, su artículo 2 dispone que «la sede de otros organismos y servicios creados o *por crear* se decidirá de común acuerdo por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en un próximo Consejo Europeo, teniendo en cuenta las ventajas que las anteriores disposiciones reportan a los Estados miembros interesados, y dando la adecuada preferencia a los Estados miembros que en la actualidad no albergan sedes de instituciones comunitarias». ⁶⁷ De dicha declaración se deduce que los representantes de los gobiernos de los Estados miembros deseaban reservarse la decisión sobre las sedes de las agencias (como «otros organismos y servicios») en la misma medida en que el artículo 341 TFUE los faculta expresa y claramente para decidir sobre las sedes de las instituciones.

114. En consecuencia, a la vista del artículo 2 de la Decisión de Edimburgo, estoy de acuerdo en que, ciertamente, parece que los jefes de Estado o de Gobierno contemplaban ampliar el ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE. Dicho sea de paso, también da la impresión de que, al tratar de adoptar ese mismo artículo, sus redactores admitieron que el artículo 341 TFUE *no* comprendía las agencias (de lo contrario, ¿por qué sería necesario redactar un protocolo específico al respecto?).

115. Sin embargo, con lo que no estoy de acuerdo es con las consecuencias jurídicas que se extraen del artículo 2 de la Decisión de Edimburgo. A mi parecer, la naturaleza de esta disposición concreta es la de un acuerdo internacional entre Estados miembros. Al haberse adoptado al margen del procedimiento de revisión establecido en el artículo 48 TUE, esta Decisión no puede considerarse una forma válida de modificar el artículo 341 TFUE. En consecuencia, carece de efectos vinculantes internos en el ordenamiento jurídico de la Unión (lo cual no le impide tener tales efectos en el Derecho internacional).

116. Siendo claros, una decisión de los representantes de los Estados miembros como la Decisión de Edimburgo, que *no* se adoptó con arreglo a disposición alguna del Derecho de la Unión, solo tendrá valor jurídico en el Derecho de la Unión en la medida en que su contenido haya sido formalmente incorporado por este conforme al procedimiento en él previsto. ⁶⁸ En el pasado, esta «incorporación» se ha producido con frecuencia con la adopción de un protocolo, entre los cuales, como testimonios destacados, figuran, en particular, el Protocolo n.º 22 sobre la posición de Dinamarca tras la negativa inicial de este Estado miembro a ratificar el Tratado de Maastricht ⁶⁹ o el Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa. ⁷⁰

⁶⁷ El subrayado es mío.

⁶⁸ Cuando se toma esta clase de decisión *sobre la base de una disposición concreta del Derecho de la Unión*, pasa a formar parte de este. Véase, por ejemplo, en este sentido, en relación con la sede de las instituciones de la Unión con arreglo al predecesor del artículo 341 TFUE, la sentencia de 1 de octubre de 1997, Francia/Parlamento (C-345/95, EU:C:1997:450), apartado 34, donde el Tribunal de Justicia examinó la compatibilidad de la votación del Parlamento con la Decisión de Edimburgo.

⁶⁹ El Protocolo n.º 22 se adoptó a raíz de la Decisión de los jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo en Edimburgo el 12 de diciembre de 1992, sobre algunos problemas planteados por Dinamarca respecto del Tratado de la Unión Europea, a la que dicho Protocolo se refiere expresamente.

⁷⁰ Tras la primera vez que el pueblo irlandés rechazó el Tratado de Lisboa, los jefes de Estado o de Gobierno de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo Europeo, en junio de 2009 adoptaron una Decisión sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa. En ella se preveía la adopción de un protocolo con motivo del siguiente tratado de adhesión. De este modo, con ocasión de la adhesión de Croacia se adoptó un Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa y se anexó a los Tratados (DO 2013, L 60, p. 131).

117. Por lo que respecta a la Decisión de Edimburgo, *solo su artículo 1* se incorporó mediante el Protocolo n.º 6, *pasando a formar parte* del Derecho de la Unión, en 1999, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, al que se anexó el nuevo protocolo. Por su parte, que yo conozca, el artículo 2 nunca se ha incorporado a ningún instrumento formal del Derecho de la Unión, ni siquiera a una declaración (interpretativa). En consecuencia, no constituye ni Derecho primario ni Derecho derivado.⁷¹

118. En consecuencia, el único valor que se ha de reconocer en el Derecho de la Unión al artículo 2 de la Decisión de Edimburgo es, a lo sumo, *político*, pero ciertamente no jurídico. En el mejor de los casos, podría ser tenido en cuenta como instrumento para la *interpretación* de los Tratados.⁷²

119. En cualquier caso, procede tener en cuenta que los autores de la Decisión de Edimburgo no hicieron al artículo 2 parte del Derecho primario. Por lo tanto, la orientación interpretativa que esta disposición proporciona no puede nunca ir en contra del tenor, el contexto, el sistema y la finalidad del artículo 341 TFUE.

120. En tercer lugar, el Consejo ha invocado insistentemente la práctica institucional previa en relación con la elección de la sede de las agencias, en respaldo de su alegación de que tales elecciones con frecuencia se han efectuado por decisión de los representantes de los Estados miembros en virtud del artículo 341 TFUE. En definitiva, el Consejo considera que el hecho de que se haya dado cierta práctica institucional a lo largo de las últimas décadas no solo confirma que el artículo 341 TFUE incluye las agencias, sino que también justifica la misma práctica hoy en día y, por lo que parece, también la perpetúa hacia el futuro.

121. No estoy de acuerdo. Por un lado, no puedo compartir tal postura desde un punto de vista meramente fáctico y empírico. Habida cuenta de toda la información facilitada al Tribunal de Justicia en el presente procedimiento, se aprecia un cierto grado de alternancia en la forma en que se han elegido las sedes de las agencias y organismos de la Unión.

122. Es cierto que, en unas cuantas ocasiones, en el pasado, la decisión relativa a la sede de la agencia la han tomado *los Estados miembros*, y no el reglamento constitutivo. Es lo que sucedió, en particular, en 1993 con nueve agencias, entre ellas la predecesora de la EMA;⁷³ en 2004, con otras nueve agencias y oficinas;⁷⁴ en 2009, con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía,⁷⁵ y, más recientemente, con la ALE y el Centro Europeo de Competencia Industrial,

⁷¹ Con arreglo al Tratado de Lisboa, en que se constituyó el Consejo Europeo como institución de la Unión, es probable que las decisiones de los jefes de Estado o de Gobierno se vayan sustituyendo progresivamente por decisiones (revisables) del Consejo Europeo. De este modo, desaparecerían las situaciones que en principio podrían derivar en un vacío normativo en el Derecho de la Unión debido a la «no incorporación» de las decisiones de los jefes de Estado o de Gobierno.

⁷² Véase, en este sentido, la sentencia de 2 de marzo de 2010, Rottmann (C-135/08, EU:C:2010:104), apartado 40, relativa a la parte de la Decisión de Edimburgo referente a Dinamarca, y a una declaración interpretativa anexa a los Tratados.

⁷³ Véase la nota 5 de las presentes conclusiones.

⁷⁴ Decisión adoptada de común acuerdo por los representantes de los Estados miembros, reunidos a escala de jefes de Estado o de Gobierno, de 13 de diciembre de 2003, relativa a la fijación de las sedes de determinadas oficinas y agencias de la Unión Europea (DO 2004, L 29, p. 15), en relación con la Agencia de la Unión Europea para la Formación Policial (CEPOL), la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust), la Agencia Europea de Seguridad Marítima (AESM), la AESA, la Agencia Ferroviaria Europea (AFE), la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA), el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (CEPCE) y la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA).

⁷⁵ Decisión adoptada de común acuerdo por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 7 de diciembre de 2009, relativa a la sede de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (DO 2009, L 322, p. 39), que se adoptó «visto el artículo 341 [TFUE]», y firmada por el presidente del Consejo. La creación de esta agencia se decidió mediante Reglamento (CE) n.º 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (DO 2009, L 211, p. 1).

Tecnológica y de Investigación en Ciberseguridad.⁷⁶ Entre dichas agencias, cabe mencionar que algunas de ellas han visto su sede *posteriormente* mencionada también en su reglamento constitutivo.⁷⁷

123. Sin embargo, en el pasado también se ha dado la práctica de que eligiese la sede de las agencias el *legislador de la Unión*, concretamente el Consejo, al principio actuando por sí solo y, con el posterior desarrollo del marco constitucional de la Unión, por el Parlamento y el Consejo. Así sucedió, en particular, en el caso de las primeras agencias de la Unión en la década de los setenta, a saber, Cedefop⁷⁸ y Eurofound.⁷⁹ También fue el caso, posteriormente, de Frontex,⁸⁰ la Agencia Europea de Control de la Pesca⁸¹ y, más recientemente, las tres agencias creadas a raíz de la crisis financiera mundial (la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Valores y Mercados y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación).⁸² Lo mismo sucede con las agencias comprendidas en la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), cuya sede la ha decidido el Consejo (solo), y no los Estados miembros.⁸³

⁷⁶ Decisión (UE) 2021/4 adoptada de común acuerdo entre los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 9 de diciembre de 2020, sobre la ubicación de la sede del Centro Europeo de Competencia Industrial, Tecnológica y de Investigación en Ciberseguridad (DO 2020, L 4, p. 7).

⁷⁷ Véanse, por ejemplo, el artículo 94, apartado 3, del Reglamento 2018/1139; el artículo 79, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DO 2018, L 295, p. 138), y el artículo 25 del Reglamento (UE) 2015/2219 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre la Agencia de la Unión Europea para la formación policial (CEPOL) y por el que se sustituye y deroga la Decisión 2005/681/JAI del Consejo (DO 2015, L 319, p. 1).

⁷⁸ La sede del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop) se decidió en el acto fundacional: artículo 1 del Reglamento (CEE) n.º 337/75 del Consejo, de 10 de febrero de 1975, por el que se crea un Centro europeo para el desarrollo de la formación profesional (DO 1975, L 39, p. 1), sin mención alguna del artículo 341 TFUE. Este Reglamento fue derogado por el Reglamento (UE) 2019/128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, por el que se crea un Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop) y se deroga el Reglamento n.º 337/75 del Consejo (DO 2019, L 30, p. 90). Su artículo 20, apartado 3, dispone que «la sede del Cedefop queda fijada en Salónica [Grecia]».

⁷⁹ Véase el Reglamento (CEE) n.º 1365/75 del Consejo, de 26 de mayo de 1975, relativo a la creación de una Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo (DO 1975, L 139, p. 1). Con arreglo al artículo 4, apartado 2, «la sede de la Fundación se fijará en Irlanda». De conformidad con el Reglamento 2019/127, su artículo 21, apartado 3, dispone que «Eurofound tendrá su sede en Dublín [Irlanda]».

⁸⁰ Véase la Decisión del Consejo 2005/358/CE, de 26 de abril de 2005, por la que se establece la sede de la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DO 2005, L 114, p. 13). Dicha Decisión se adoptó «considerando» el artículo 15, párrafo quinto, del Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DO 2004, L 349, p. 1). No se mencionó en ella el artículo 341 TFUE.

⁸¹ Artículo 18, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 768/2005 del Consejo, de 26 de abril de 2005, por el que se crea la Agencia Comunitaria de Control de la Pesca y se modifica el Reglamento (CEE) n.º 2847/93 por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común (DO 2005, L 128, p. 1).

⁸² Véase, por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (DO 2010, L 331, p. 12). Véase también, respecto a la unión bancaria, la sede del Mecanismo Único de Resolución: artículo 48 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO 2014, L 225, p. 1).

⁸³ Véase, por ejemplo, el artículo 1, apartado 3, de la Decisión 2014/401/PESC del Consejo, de 26 de junio de 2014, relativa al Centro de Satélites de la Unión Europea y por la que se deroga la Acción Común 2001/555/PESC relativa a la creación de un centro de satélites de la Unión Europea (DO 2014, L 188, p. 73). Adoptado sobre la base específica del artículo 45 TUE, apartado 2, véase también el artículo 1, apartado 5, de la Decisión (PESC) 2015/1835 del Consejo, de 12 de octubre de 2015, por la que se determinan el estatuto, la sede y la forma de funcionamiento de la Agencia Europea de Defensa (DO 2015, L 266, p. 55).

124. Aparte de estos dos supuestos, se han dado también otras formas de elegir la sede de las agencias de la Unión, si bien menos frecuentes. Es el caso, por ejemplo, de la CEPOL, cuya sede, de forma un tanto inusual, la han decidido en realidad diversos actores cambiantes.⁸⁴

125. Por lo tanto, la forma en que se ha elegido la sede de las agencias ha variado a lo largo de las últimas décadas, resultando imposible determinar con claridad una práctica institucional. De hecho, desde que se constituyeron las primeras agencias, la práctica institucional ha cambiado continuamente.

126. Por otro lado, y, en cualquier caso, aunque fuese posible apreciar una única práctica constante a lo largo de los años, cosa que no sucede, la cuestión que se plantea es qué pertinencia normativa actual tiene tal apreciación para el presente asunto.

127. A este respecto, me veo obligado a discrepar del Consejo. A mi parecer, en una Unión basada en el Estado de Derecho, lo determinante es el actual marco constitucional, no la práctica del pasado. Opino que, sin duda, existe una obligación, que incumbe al legislador de la Unión, de mantener razonablemente actualizada la legislación, en respuesta a la evolución social y societaria, al menos en mi opinión.⁸⁵ Sin embargo, algo muy diferente es pretender, en esencia, que la actual constitución deba ser interpretada (o reinterpretada) para acomodarla a cierta práctica anterior, prolongándola y haciendo caso omiso al nuevo entorno constitucional. En pocas palabras, no es la actual constitución lo que ha de adaptarse a la práctica del pasado, sino al contrario: la práctica actual y futura debe acomodarse al actual marco constitucional.

128. No obstante, de ahí surge la cuestión de cuál es la actual finalidad del artículo 341 TFUE. De esta cuestión me voy a ocupar a continuación.

4. *La (actual) finalidad*

129. Según el Consejo, una interpretación del artículo 341 TFUE que excluya a las agencias de su ámbito de aplicación privaría de efecto útil a dicha disposición. La sede de las propias instituciones de la Unión ya ha sido decidida por el Derecho primario. No cabe considerar que la efectividad remanente del artículo 341 TFUE haya de consistir en la decisión de cambiar la sede de las instituciones, pues, en opinión del Consejo, tal decisión se habría de tomar tras el procedimiento de revisión del artículo 48 TUE, no con arreglo al artículo 341 TFUE.

130. A mi parecer, si algo queda claro en el presente asunto es que las alegaciones relativas a la efectividad, y cualquier otro argumento jurídico referido a la finalidad, pueden plantear problemas. Esto se debe a que tales razonamientos, tanto en el presente asunto como en general, pueden conducir al lugar al que se quiera llegar, basándose en la finalidad que cada cual desee invocar.

⁸⁴ En un primer momento la decisión sobre la sede la tomó el Consejo en su Decisión de 22 de diciembre de 2000 sobre la creación de la Escuela Europea de Policía (CEPOL) (DO 2000, L 336, p. 1). Posteriormente, se «decidió» de nuevo la sede mediante decisión de los representantes de los Estados miembros de 13 de diciembre de 2003 (véase la nota 77 de las presentes conclusiones). Más adelante, fue el Consejo quien, el 8 de octubre de 2013, resolvió modificar la sede de la CEPOL ante el Parlamento Europeo. En consecuencia, se adoptó el Reglamento (UE) n.º 543/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, que modifica la Decisión 2005/681/JAI del Consejo por la que se crea la Escuela Europea de Policía (CEPOL) (DO 2014, L 163, p. 5). Actualmente, la sede de la CEPOL se menciona en el artículo 25 del Reglamento 2015/2219.

⁸⁵ Véanse, por ejemplo, mis conclusiones presentadas en el asunto en *Confédération paysanne y otros* (C-528/16, EU:C:2018:20), puntos 138 a 142.

131. La finalidad o el valor añadido del artículo 341 TFUE depende hoy en día simplemente del interés, objetivo o valor que se decida adscribir a dicha disposición. Por sí solo e interpretado de forma aislada, el artículo 341 TFUE no tiene ninguna efectividad clara. El interés o valor debe extraerse de algún otro lugar. En efecto, tal como ponen de manifiesto las distintas posturas de las partes en el presente asunto, en función del valor particular elegido, el resultado puede conducir a direcciones opuestas.

132. En primer lugar, si se ha de otorgar importancia a la dimensión política de la decisión de las sedes en general, como recalca el Consejo, y también si se considera que solo a los Estados miembros incumbe tal decisión,⁸⁶ efectivamente cabría interpretar en sentido amplio el artículo 341 TFUE. En tal caso, la finalidad que procedería atribuir a la disposición sería la de proteger las facultades decisorias de los Estados miembros (finalidad n.º 1).

133. En segundo lugar, la interpretación más estricta, defendida por el Parlamento en el asunto ALE, sería necesaria al objeto defender el papel del Parlamento (y de las instituciones de la Unión), y también porque la elección de la sede de las agencias forma parte inherente de la decisión general de su constitución con el fin de supervisar la aplicación de las políticas de la Unión. En tal caso, la finalidad sería proteger el papel del Parlamento y, quizá, el de otras instituciones de la Unión (finalidad n.º 2).

134. En tercer lugar, relacionada con el punto anterior, pero articulada de forma un tanto más estructural, está la finalidad de preservar la integridad (interna) del ordenamiento jurídico de la Unión. Tratándose de decisiones que se deberían tomar en interés y en nombre de la Unión, no debería permitirse que se tomaran fuera del sistema y se delegasen externamente, para después imponer dentro del sistema el resultado alcanzado fuera de él. Esta sola finalidad ya invita a interpretar el artículo 341 TFUE en el sentido de que no comprenden las agencias (finalidad n.º 3).

135. En cuarto lugar, el artículo 341 TFUE parece requerir unanimidad. Si la finalidad que ha de perseguir su interpretación es mantener o incluso mejorar la viabilidad de los procesos de decisión de la Unión, la unanimidad entre los Estados miembros sería más difícil de alcanzar que si los mismos representantes hubiesen de decidir reunidos como Consejo y cumpliendo los umbrales (más bajos) exigidos en ese proceso de decisión. Esto también proporciona una razón para optar por una interpretación lo más estricta posible del artículo 341 TFUE (finalidad n.º 4).

136. En quinto y último lugar, la finalidad al interpretar el artículo 341 TFUE (también) podría consistir en salvaguardar los principios de una Unión basada en el Estado de Derecho donde «la existencia misma de un control jurisdiccional efectivo para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Derecho de la Unión es inherente a la existencia del Estado de Derecho».⁸⁷ Sin embargo, si fuese así, tal como en esencia sugirió el Gobierno italiano en la vista oral, el artículo 341 TFUE habría de interpretarse de la forma más restrictiva posible, debido a la imposibilidad de control jurisdiccional, al menos ante el Tribunal de Justicia, que se derivaría de su aplicación (finalidad n.º 5).

137. En general, pero también, en particular, en situaciones como la presente, no considero prudente que un órgano jurisdiccional, incluido el Tribunal de Justicia, elija arbitrariamente la finalidad que prefiera. Por el contrario, es preciso atenerse al claro tenor literal y al sistema de los

⁸⁶ Lo cual no es así, como he expuesto en el punto 106 de las presentes conclusiones, pero partiendo de esta premisa para desarrollar el argumento.

⁸⁷ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de julio de 2016, H/Consejo y otros (C-455/14 P, EU:C:2016:569), apartado 41, y de 28 de marzo de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), apartados 72 y 73.

Tratados. No obstante, si finalmente se quisiese favorecer una de las finalidades por encima de las otras, desde el punto de vista de los tribunales de la Unión, esa sería lógicamente la de salvaguardar la integridad y el funcionamiento del sistema de la Unión en sí.

138. En segundo lugar, sea como fuere, debo admitir que no hallo especialmente convincente el argumento de la efectividad esgrimido por el Consejo. Por un lado, es cierto que las sedes de las instituciones de la Unión ya han sido acordadas. Así pues, en cierto modo, el artículo 341 TFUE ha agotado gran parte de su potencial. Pero no es menos cierto que este resultado estaba ya intrínsecamente vinculado a su objeto. Por otro lado, el hecho de que las agencias no estén incluidas en el artículo 341 TFUE no priva de utilidad a esta disposición. El artículo 341 TFUE engloba claramente las instituciones, garantizando que la disposición *se mantenga* operativa y relevante a este respecto. En efecto, este artículo sigue vigente y teóricamente aplicable a cualquier decisión sobre la sede de una nueva institución⁸⁸ y, sobre todo, a la decisión de *cambiar* la sede de una institución existente.⁸⁹ Por lo tanto, no se puede afirmar que el artículo 341 TFUE quede privado de todo contenido si se llega a la conclusión de que no comprende los órganos y organismos de la Unión. En cualquier caso, el hecho de que el artículo 341 TFUE actualmente presente un ámbito de aplicación ciertamente limitado no constituye una razón válida para ampliarlo artificialmente en contra de su tenor literal.

139. En tercer y último lugar, aún estoy perplejo ante el argumento general del Consejo según el cual el artículo 341 TFUE debe incluir a las agencias, debido a que la elección de sus sedes es una decisión políticamente sensible y, por lo tanto, debe preservarse la unanimidad de los Estados miembros que exige dicha disposición.

140. Sin embargo, al mismo tiempo, da la impresión de que esta misma necesidad no existía en ninguno de los dos asuntos presentes. Si se atiende, en concreto, a las decisiones impugnadas en estos asuntos, *ninguna de ellas* estaba concebida para seguir el principio de unanimidad. En efecto, en ambos casos las normas de elección anticipaban que la decisión sobre la sede de la EMA y de la ALE se adoptaría *por mayoría simple de votos*.

141. Desde el punto de vista fáctico, y por lo que respecta a la EMA, el Gobierno italiano declaró en la vista que la elección de su sede *no* se tomó por común acuerdo de todos los Estados miembros. El Gobierno italiano insistió reiteradamente en que nunca dio su conformidad.

142. En tales circunstancias, resulta muy difícil ignorar la discordancia entre la supuesta finalidad estructural invocada por el Consejo y la realidad de los hechos. El Consejo ha declarado una y otra vez que el Tribunal de Justicia debe interpretar ampliamente el artículo 341 TFUE, de manera que incluya a las agencias, para preservar la especial naturaleza política de una decisión que requiere unanimidad. Sin embargo, siempre que ha podido, el propio Consejo se ha apartado de ese mismo proceso de decisión, optando por la mayoría simple de votos.

143. En atención a todas las razones expuestas, considero que el artículo 341 TFUE no es de aplicación a la elección de las sedes de las agencias y demás organismos u oficinas de la Unión.

⁸⁸ Dicho sea de paso, no parece que exista aún una sede formal del Consejo Europeo, a pesar de su transformación desde una práctica intergubernamental en una institución de la Unión en virtud del Tratado de Lisboa.

⁸⁹ Si el artículo 341 TFUE se basta por sí solo a tal efecto o si se ha de invocar en relación con el artículo 48 TUE, como alega el Consejo, no es algo que deba aclararse en los presentes asuntos.

C. Sobre la naturaleza jurídica de las decisiones impugnadas

144. Por lo que respecta a las decisiones impugnadas, no parece que sean decisiones del Consejo encubiertas. Se trata de auténticas decisiones de los Estados miembros sobre las cuales, por tanto, carece de competencias el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE (A). Sin embargo, al ser decisiones de los Estados miembros adoptadas fuera del marco de los Tratados, están desprovistas de todo efecto jurídico obligatorio en el ordenamiento jurídico de la Unión (B).

1. ¿Decisiones del Consejo encubiertas?

145. En los asuntos EMA, según el Gobierno italiano, la Decisión impugnada fue obra del Consejo, habida cuenta de su contenido y las circunstancias de su adopción. En primer lugar, las condiciones concretas en que se adoptó la Decisión impugnada demuestran que se trataba de una decisión del Consejo, ya que se tomó en las instalaciones de esta institución y se recurrió a sus estructuras institucionales, como su Presidencia, su Secretaría General, su servicio jurídico y el Coreper. Por otro lado, diversas instituciones de la Unión, entre ellas el Consejo Europeo y la Comisión, participaron en el procedimiento de selección de la nueva sede de la EMA. Además, la decisión se adoptó en realidad conforme a la regla de la mayoría, lo cual es típico del proceso de decisión del Consejo y difiere claramente de cualquier decisión intergubernamental de los Estados miembros actuando conjuntamente, ya que en este caso las decisiones se toman por unanimidad o por consenso («común acuerdo»).

146. En segundo lugar, el Gobierno italiano considera que la elección de la sede de las agencias de la Unión corresponde indudablemente a las competencias exclusivas de la Unión, tal como se deduce, en particular, de la propuesta de la Comisión de modificación del Reglamento n.º 726/2004. Tal competencia no puede ser ejercida a través de un acto de los Estados miembros. Concluir que el Tribunal de Justicia carece de competencia significaría sustraer las decisiones del Consejo al control de los tribunales de la Unión cada vez que los Estados miembros entendiesen que un asunto sometido a los procedimientos y competencias de la Unión en realidad es «intergubernamental». Por consiguiente, la Decisión impugnada debe considerarse una decisión del Consejo.

147. Por su parte, el Consejo sostiene que la Decisión impugnada la tomaron los representantes de los Estados miembros. Se adoptó para modificar la decisión de 29 de octubre de 1993 de los representantes de los Estados miembros, que habían elegido la ubicación de la anterior sede de la EMA. En general, la elección de las sedes de las agencias de la Unión no corresponde a las competencias de esta y, por tanto, tampoco se somete al procedimiento legislativo ordinario.

148. En el asunto ALE, el Parlamento alega que el Consejo es el autor de la decisión. Esta fue suscrita por el presidente del Consejo, y el proceso de decisión que precedió a su adopción se basó en las estructuras administrativas del Consejo, incluido el Coreper.

149. A juicio del Consejo, y tal como afirman en esencia todos los Estados miembros coadyuvantes, se trata de una decisión de los representantes de los Estados miembros adoptada con arreglo al artículo 341 TFUE. El hecho de que el proceso de decisión se desarrollase en las instalaciones del Consejo, con la asistencia de la Secretaría General del Consejo, a la que se encomendó el apoyo administrativo de la actuación intergubernamental, y que una institución de la Unión hubiese participado en la aplicación de la Decisión impugnada no afecta a la conclusión de que esta constituía un acto de los Estados miembros. Aunque el Consejo también se reunió el 13 de junio de 2019, se produjeron dos reuniones diferentes que se organizaron siguiendo vías

distintas desde el punto de vista jurídico, de protocolo y de organización. Respecto a la firma de la Decisión impugnada por el presidente del Consejo, los representantes de los gobiernos de los Estados miembros habían encomendado a Rumanía (como Estado miembro que presidía entonces el Consejo) velar por el buen desarrollo del proceso de decisión.

150. A mi parecer, ninguna de las decisiones impugnadas puede atribuirse al Consejo.

151. En primer lugar, como ya he expuesto,⁹⁰ el contenido y las circunstancias que rodean la adopción de un acto pueden servir de orientación a la hora de determinar quién es el autor formal del acto, cuando este es desconocido. Sin embargo, en los presentes asuntos, es evidente que las decisiones impugnadas son oficialmente decisiones de los Estados miembros. El argumento de los demandantes en ambos asuntos es, de nuevo, de índole normativa: en su opinión, las decisiones debieron haber sido adoptadas por el Consejo, no por los Estados miembros.

152. Por lo que respecta a los hechos, empezando por la ALE, la Decisión impugnada es una decisión formal de los representantes de los Estados miembros que se publicó como tal en el Diario Oficial.⁹¹ Es cierto que el hecho de que la Decisión impugnada efectivamente se publicase en la serie L del Diario Oficial da lugar a ciertos problemas.⁹² Sin embargo, al mismo tiempo, dichos problemas no afectan a su autoría. Cuando el Diario Oficial declara solemnemente «decisión de los Estados miembros» en el encabezado de un documento, no se trata en absoluto de una confusa nota de prensa que alguien ha colgado en Internet y respecto a la que pueda dudarse a qué se refiere exactamente.

153. De igual manera, no estimo concluyente el argumento de que el documento fuese formalmente firmado por el presidente del Consejo. De nuevo, desde el punto de vista formal, es cierto que lo lógico habría sido que una decisión así la suscribiesen todos los representantes de los Estados miembros. Sin embargo, la firma de la Decisión impugnada por el presidente del Consejo parece responder a la función de coordinación que le encomendaron los jefes de Estado o de Gobierno en las normas de elección. Además, tal como en esencia sugirió el Consejo en la vista, estoy de acuerdo en que, en términos prácticos, resulta adecuado confiar el papel de «fedatario público» para este tipo de decisiones colectivas al mismo país que preside la Unión Europea en el momento de tomarse la decisión.

154. Por su parte, en los asuntos EMA, la Decisión impugnada se anunció en las actas de la reunión del Consejo y halló reflejo en un comunicado de prensa.⁹³ No desembocó en una decisión formal de los representantes de los Estados miembros publicada en el Diario Oficial. No obstante, pese a la ausencia de tal formalización de la Decisión impugnada en sí, sigue declarándose claramente que se trata de una decisión de los Estados miembros. Tanto en las actas como en el comunicado de prensa se indica inequívocamente que la decisión la tomaron los representantes de los Estados miembros.

⁹⁰ Puntos 72 a 81 de las presentes conclusiones.

⁹¹ Véanse los puntos 38 y 40 de las presentes conclusiones.

⁹² En relación, sobre todo, con la naturaleza del documento y su carácter vinculante, no necesariamente con su autoría. Sin embargo, incluso sobre el primero de estos aspectos, el Tribunal de Justicia ha declarado con insistencia que tal publicación en el Diario Oficial carece de pertinencia. Véanse, por ejemplo, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 1987, Demouche y otros (152/83, EU:C:1987:421), apartado 19, y de 15 de junio de 2017, Lietuvos Respublikos transporto priemonių draudikų biuras (C-587/15, EU:C:2017:463), apartado 38.

⁹³ Punto 19 de las presentes conclusiones.

155. Con carácter tangencial cabe señalar que la posterior adopción del Reglamento 2018/1718 confirma que la decisión no es atribuible al Consejo. La existencia de este Reglamento demuestra que, de conformidad con las normas de elección,⁹⁴ los representantes de los Estados miembros fueron los autores de la decisión impugnada. Solo *posteriormente* participó el Consejo como tal, junto con el Parlamento, en el procedimiento legislativo ordinario, a fin de incorporar la mención de la nueva sede en el Reglamento fundacional de la EMA, reflejando así la votación de los Estados miembros.

156. Por otro lado, en el caso tanto de la ALE como de la EMA, la participación de otras instituciones en el proceso de elección de la sede, especialmente la Comisión mediante su valoración de las ofertas y el Consejo por medio de su Presidencia, su Secretaría General y, en general, sus propias instalaciones, difícilmente puede llevar a la conclusión de que las decisiones impugnadas son en realidad decisiones del Consejo. Una vez más, habida cuenta de la doble faceta del Consejo y los Estados miembros como sus componentes, no es posible extender a esta peculiar criatura la misma lógica («lo que sucede en el edificio del Consejo es del Consejo») que quizá pueda funcionar respecto a otras instituciones de la Unión («lo que sucede en los edificios de la Comisión es de la Comisión»).⁹⁵

157. Por otro lado, ciertamente es jurisprudencia reiterada que, en las materias que no corresponden a la competencia exclusiva de la Unión, los Estados miembros están facultados para confiar a las instituciones, fuera del marco de la Unión, funciones tales como la coordinación de una acción conjunta emprendida por los Estados miembros, siempre que esas funciones no desvirtúen las competencias que los Tratados atribuyen a esas instituciones.⁹⁶

158. En segundo lugar, como ya he expuesto, la creación de agencias es competencia de la Unión, que la decide normalmente mediante el procedimiento legislativo ordinario. Lo mismo podría suceder con las sedes de las agencias, como parte del «paquete de constitución».⁹⁷ En consecuencia, sería lógico que la correspondiente decisión la tomaran el Parlamento y el Consejo, no los Estados miembros.

159. No obstante, es coherente también que la competencia de la Unión a este respecto afecte solamente a la elección *vinculante* de la sede de una agencia desde el punto de vista del Derecho de la Unión. En cambio, no se puede decir lo mismo de lo que, por su naturaleza en el Derecho de la Unión, es *una declaración política no vinculante* acerca de la creación de una nueva agencia de la Unión, donde también se mencione cuál sería su sede ideal.

160. Por otro lado, y lo que quizá sea más significativo, habida cuenta de las pasadas y actuales fluctuaciones en la competencia para elegir las sedes de las agencias,⁹⁸ los presentes asuntos están lejos de toda lógica que, al menos en mi opinión, pueda justificar excepcionalmente la «recalificación» *ex post facto* de la autoría de un acto por el Tribunal de Justicia.⁹⁹

⁹⁴ Véase el apartado 6 de las normas de elección.

⁹⁵ Teniendo también el principio de *competencia atribuida* consecuencias para la autoría: si efectivamente (de hecho) sucedió dentro de la Comisión, y la Comisión solo puede actuar como tal institución, el autor ha de ser necesariamente la Comisión: véase el punto 58 de las presentes conclusiones.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 158 y jurisprudencia citada.

⁹⁷ Véanse los puntos 104 a 108 de las presentes conclusiones.

⁹⁸ Véanse los puntos 121 a 125 de las presentes conclusiones.

⁹⁹ Tal como he sugerido en los puntos 80 y 81 de las presentes conclusiones.

161. La anterior práctica institucional relativa a las sedes de las agencias da fe de la persistente discrepancia entre los actores relevantes en cuanto al Derecho aplicable. En 2012, el Parlamento, el Consejo y la Comisión consideraban que «la decisión política sobre la sede de una agencia se toma de común acuerdo entre los representantes de los Estados miembros, reunidos a escala de jefes de Estado o de Gobierno, o por el Consejo». ¹⁰⁰ En 2017, la Comisión declaró, en relación con la futura sede de la EMA, que «la cuestión de la ubicación de la sede de la Agencia es competencia exclusiva de la Unión. La medida es proporcional al objetivo del Reglamento propuesto». ¹⁰¹ En 2018, el Parlamento y el Consejo retiraron de la propuesta de reglamento la disposición sobre la sede de la ALE, ¹⁰² aparentemente dejando la decisión a los representantes de los Estados miembros. En 2019, en un informe encargado por el Consejo a raíz de una petición del Parlamento de revisar el procedimiento de ubicación de las sedes de las agencias, la Comisión acabó declarando, tras observar la existencia de diversas prácticas desde 2012 para la elección de dicha ubicación, que «los principios del Planteamiento Común proporcionan un marco favorable para el proceso de adopción de decisiones en relación con las sedes de las agencias y para velar por que los Estados miembros anfitriones atiendan las necesidades específicas de las agencias». ¹⁰³

162. En este contexto, aun teniendo en cuenta que en el actual estado del marco constitucional de la Unión la decisión sobre las sedes de las agencias corresponde en puridad a las instituciones de la Unión y no a los Estados miembros, la práctica anterior de estos decidiendo por sí mismos dichas sedes, aun después de modificarse el marco constitucional con el Tratado de Lisboa, quizá pueda considerarse en cierto modo una forma de proceder *praeter legem*, pero no claramente *contra legem*. ¹⁰⁴

163. En consecuencia, a mi juicio no es posible asignar (o reasignar) al Consejo *ex post facto* las decisiones impugnadas. Se trata de decisiones colectivas de los representantes de los Estados miembros sobre las cuales carece de competencias el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE.

2. Efectos jurídicos de las decisiones impugnadas en el Derecho de la Unión

164. No obstante, esta última conclusión precisa una importante aclaración derivada directamente del ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE, antes expuesto. Las decisiones impugnadas son decisiones *de los Estados miembros*. Sin embargo, no se pueden considerar adoptadas en virtud del artículo 341 TFUE, ya que esta disposición no faculta a los Estados miembros para decidir sobre las sedes de las agencias. En consecuencia, las decisiones impugnadas son decisiones de los Estados miembros adoptadas *fuera* del marco de los Tratados.

165. Es cierto que, en relación con decisiones similares de los Estados miembros adoptadas con arreglo al artículo 253 TFUE, el Tribunal de Justicia ha declarado que «es irrelevante si los representantes de los gobiernos de los Estados miembros actuaron *dentro* del marco de los

¹⁰⁰ Punto 6 del Planteamiento común anexo a la Declaración conjunta sobre las agencias descentralizadas (véase la nota 9 de las presentes conclusiones). El subrayado es mío.

¹⁰¹ Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento n.º 726/2004 en lo que respecta a la ubicación de la sede de la Agencia Europea de Medicamentos [COM(2017) 0735 final]. El subrayado es mío.

¹⁰² Punto 32 de las presentes conclusiones.

¹⁰³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Declaración Común y el Planteamiento Común en relación con la ubicación de las agencias descentralizadas [COM(2019) 187 final].

¹⁰⁴ Lo que indirectamente evidencian también las observaciones de casi todas las partes en los presentes asuntos: pese a mantener posturas muy diferentes sobre las cuestiones jurídicas que aquí se plantean, incluso posturas diametralmente opuestas, todas las partes (institucionales) coinciden unánimemente en que es esencial que el Tribunal de Justicia aclare las normas para el futuro.

Tratados o de otras fuentes de Derecho, como el Derecho internacional». ¹⁰⁵ No voy a entrar en el debate de si esto es realmente irrelevante para la competencia del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE, una cuestión que me suscita serias dudas. En cualquier caso, esta cuestión no tiene trascendencia para los presentes asuntos, ya que las decisiones de los Estados miembros aquí controvertidas *no* están *previstas* en los Tratados.

166. De lo que no me cabe ninguna duda es de que debe diferenciarse la actuación de los Estados miembros *dentro* del marco de los Tratados y *fuera* de dicho marco para determinar si una decisión de los Estados miembros produce *efectos jurídicos obligatorios* en el Derecho de la Unión. Es evidente que, si una decisión de los Estados miembros está prevista en los Tratados, *sí* produce efectos jurídicos obligatorios en el Derecho de la Unión en virtud de los Tratados. En cambio, como acertadamente ha alegado la Comisión en los asuntos EMA, y también el Parlamento, una decisión de los Estados miembros en un ámbito en que los Tratados *no* prevén su actuación, a no ser que sea incorporada de una u otra forma al ordenamiento jurídico de la Unión, carece de todo efecto jurídico obligatorio en el Derecho de la Unión.

167. De forma análoga a lo expuesto en relación con la Decisión de Edimburgo, las decisiones de los representantes de los Estados miembros que no se adopten en virtud de una disposición del Derecho de la Unión no forman parte del Derecho de la Unión. Carecen de todo efecto jurídico obligatorio en él. Para que produzcan tales efectos en el ordenamiento jurídico de la Unión, su contenido debe pasar a formar parte de este, siguiendo los procedimientos en él previstos. ¹⁰⁶

168. Obviamente, estos mismos principios son válidos para las decisiones impugnadas. Dado que el Derecho de la Unión no las exige ni las contempla, ya sea en el artículo 341 TFUE o en cualquier otra disposición del Derecho de la Unión, carecen de todo efecto jurídico obligatorio en él. Por decirlo así, se quedan a las puertas del ordenamiento jurídico de la Unión. Esto no significa, por supuesto, que tales decisiones de los Estados miembros no puedan llegar a producir efectos jurídicos obligatorios en el Derecho internacional. Así, aunque los Estados miembros que las han acordado pueden quedar obligados entre sí en virtud del Derecho internacional, no lo están ni los Estados miembros que no las acordasen ni las instituciones de la Unión, en virtud del Derecho de la Unión.

169. Sin duda, no se puede negar que las decisiones impugnadas tienen cierta relevancia política, pues ejercen un estímulo político para la posterior actuación dentro del ordenamiento jurídico de la Unión. En particular, cabe esperar que, *rebus sic stantibus*, la postura que en ellas plasmen los Estados miembros sea también la postura del Consejo en el futuro. Sin embargo, el propio Consejo no está vinculado jurídicamente por ellas cuando, más adelante, participe en el procedimiento legislativo ordinario. Puede cambiar de parecer en función de cómo evolucionen los hechos. Algunos elementos de la configuración institucional de una nueva agencia pueden verse sujetos a transacciones políticas durante el proceso legislativo.

170. Las decisiones impugnadas solo pueden producir efectos jurídicos obligatorios en el ordenamiento jurídico de la Unión si se incorporan al Derecho de la Unión de una u otra manera. En particular, el contenido (no vinculante) de tales decisiones puede acabar

¹⁰⁵ Autos del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2021, Sharpston/Consejo y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (C-684/20 P, no publicado, EU:C:2021:486), apartado 44, y Sharpston/Consejo y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (C-685/20 P, EU:C:2021:485), apartado 50.

¹⁰⁶ Véanse los puntos 115 a 117 de las presentes conclusiones.

incorporándose, mediante un procedimiento legislativo de la Unión, a actos jurídicos derivados (obligatorios). Sin embargo, tal medida de «incorporación» puede quedar entonces sujeta a un recurso de anulación, si se cumplen los requisitos del artículo 263 TFUE.

171. Es ejemplo de ello el recurso contra el Reglamento 2018/1718, que hizo suyo el contenido de la Decisión impugnada en los asuntos EMA, interpuesto en los asuntos paralelos por el Comune di Milano y la República Italiana.¹⁰⁷ No obstante, la medida de «incorporación» en el Derecho de la Unión no puede considerarse entonces un mero acto de confirmación, habida cuenta de la ausencia de efectos jurídicos obligatorios de la decisión de los Estados miembros. Y, por esta misma razón, tal decisión no se puede ver como un acto preparatorio de la medida de incorporación. En consecuencia, es este último acto el que es vinculante y, por ende, susceptible de revisión en el Derecho de la Unión.

172. Respecto al otro supuesto, en que el contenido de la decisión de los Estados miembros *no* se ha visto reflejado en el acto fundacional ni en ningún otro acto vinculante de la Unión al efecto, no es posible recurrir al artículo 263 TFUE en ninguna fase (ulterior). Sin embargo, incluso en ese caso, la decisión de los Estados miembros sigue careciendo de efectos jurídicos obligatorios en el Derecho de la Unión. En consecuencia, con respecto a la ALE, cuya sede no se menciona en ningún acto de Derecho de la Unión, la decisión de ubicar dicha sede en Bratislava no puede producir efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico de la Unión hasta que dicha ubicación se decida formalmente en un acto de la Unión. Dicho de otra manera, a los efectos del Derecho de la Unión, la ubicación de la sede de la ALE en la referida ciudad, al menos por ahora, no pasa de ser una situación de hecho.

173. Como observación final, a mi parecer, en general los Estados miembros no pueden verse impedidos de adoptar actos al margen del marco de los Tratados, *incluso* en ámbitos relativos a la Unión, si así lo desean. A fin de cuentas, siguen siendo soberanos. Sin embargo, la consecuencia de salir al exterior (lo cual quizá no sorprenda del todo, atendiendo a las leyes básicas de la física) es precisamente encontrarse en el exterior.

174. En cualquier caso, aun estando en el exterior, sin duda es posible formular declaraciones no vinculantes sobre lo que sería deseable que sucediese en el interior. No en vano, el ordenamiento jurídico de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permiten a diversos actores, entre ellos las instituciones de la Unión, adoptar distintas medidas no obligatorias (Derecho indicativo) con fines de exhortar o persuadir, al margen de la facultad para adoptar actos con fuerza vinculante.¹⁰⁸ Si esto es efectivamente posible para las instituciones de la Unión sometidas al principio de competencia atribuida, con mayor motivo lo ha de ser para los Estados miembros soberanos, incluso cuando afecte a ámbitos del Derecho de la Unión.

175. No obstante, el hecho de que la decisión de los Estados miembros no esté sujeta a la competencia del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE no significa que quede totalmente fuera del control del Tribunal de Justicia. Aparte de los supuestos en que «pasan a formar parte del Derecho de la Unión», los actos de los Estados miembros adoptados fuera del

¹⁰⁷ Véanse las conclusiones paralelas presentadas en los asuntos EMA 2 (asuntos acumulados C-106/19 y C-232/19).

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia de 20 de febrero de 2018, Bélgica/Comisión (C-16/16 P, EU:C:2018:79), apartado 26.

marco de los Tratados sí están sujetos al Derecho de la Unión, pero recurriendo a formas de actuación diferentes, como el procedimiento por incumplimiento¹⁰⁹ o la petición de decisión prejudicial sobre la interpretación.¹¹⁰

176. En conclusión, ciertamente no está prohibido que los Estados miembros den a conocer su postura colectiva sobre la conveniencia de una nueva agencia de la Unión, sus funciones generales y los límites a los que estas se han de someter, incluida la ubicación deseada para la sede, antes de que se inicie el procedimiento legislativo de la Unión a tal efecto. Los Estados miembros pueden expresar de esta manera sus preferencias políticas, aunque más tarde se reúnan en el Consejo. Y lo mismo podría hacer el Parlamento a ese respecto. Sin embargo, la creación de dicha agencia, incluida la elección vinculante de su sede, es un asunto del Derecho de la Unión y de sus propios procedimientos legislativos internos, en particular el procedimiento legislativo ordinario. En realidad, no puede sorprender que sea así. Después de todo, la agencia que se cree será una agencia *de la Unión*, no *de los Estados miembros*.

V. Costas

177. A tenor del apartado 1 del artículo 138 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas.

178. Desde el punto de vista formal, es cierto que en los presentes asuntos el Comune di Milano y la República Italiana, en los asuntos EMA, y el Parlamento, en el asunto ALE, no han visto prosperar sus pretensiones, dado que se ha determinado que el Tribunal de Justicia carece de competencia para examinar las decisiones impugnadas.

179. Sin embargo, habida cuenta de que: i) tampoco se puede afirmar que el Consejo haya prosperado en sus pretensiones sobre el fondo; ii) se trata de un complejo litigio intrínsecamente institucional, con trascendencia no solo en asuntos del pasado, sino también para aclarar las reglas hacia el futuro, y iii) el Tribunal de Justicia ha acumulado algunos de los asuntos y ha celebrado vistas conjuntas para los cinco, tras lo cual resulta realmente complejo desglosar con carácter retrospectivo las costas exactas de cada asunto individual, considero más justo y equitativo aplicar excepcionalmente el artículo 138, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento y ordenar a (todas) las partes que carguen con sus propias costas.

180. En virtud del artículo 140, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, las partes coadyuvantes también cargarán con sus propias costas.

¹⁰⁹ Véase, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 2006, Comisión/España (C-503/03, EU:C:2006:74), apartados 33 a 35. Véanse también las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Comisión/Consejo (C-13/07, EU:C:2009:190), puntos 37 a 41.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, en este sentido, las sentencias de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartados 163 y 164, respecto al Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, especialmente a la luz de las competencias de la Unión, y de 20 de septiembre de 2016, Ledra Advertising y otros/Comisión y BCE (C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701), apartado 67, en relación con los memorandos de entendimiento entre un Estado miembro y el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

VI. Conclusión

181. En los asuntos acumulados C-59/18, Italia/Consejo, y C-182/18, Comune di Milano/Consejo, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Se declare incompetente respecto a la decisión de los representantes de los Estados miembros, adoptada en paralelo a una reunión del Consejo de la Unión Europea, de elegir a la ciudad de Ámsterdam (Países Bajos) como nueva sede de la Agencia Europea de Medicamentos.
- Condene al Comune di Milano (Ayuntamiento de Milán, Italia), a la República Italiana y al Consejo a cargar cada uno con sus propias costas.
- Condene a los coadyuvantes a cargar con sus propias costas.

182. En el asunto C-743/19, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Se declare incompetente respecto a la Decisión (UE) 2019/1199 adoptada de común acuerdo entre los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 13 de junio de 2019, sobre la ubicación de la sede de la Autoridad Laboral Europea.
- Condene al Parlamento y al Consejo a cargar cada uno con sus propias costas.
- Condene a los coadyuvantes a cargar con sus propias costas.