CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. G. FEDERICO MANCINI

presentadas el 31 de marzo de 1987 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El 8 de julio de 1985, la Comisión de las Comunidades Europeas adoptó la Decisión C(85) 1089 «por la que se establece un procedimiento de notificación previa y de concertación sobre las políticas migratorias en relación con terceros Estados», la cual notificó a los representantes permanentes de los Estados miembros tres días más tarde. El 18 de julio siguiente se hizo llegar a la representación francesa una versión modificada C(85) 1089 rev. de esta Decisión, que se acabó publicando definitivamente en el Diario Oficial del 14 de agosto de 1985 (DO L 217, p. 25; EE 05/05, p. 12) con el número 85/381.

Con los recursos interpuestos entre el 17 y el 23 de septiembre de 1985, la República Federal de Alemania (asunto 281/85), la República Francesa (asunto 283/85), el Reino de los Países Bajos (asunto 284/85), el Reino de Dinamarca (asunto 285/85) y el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (asunto 287/85) solicitan al Tribunal de Justicia la anulación de la citada Decisión. Por otra parte, procede señalar que mediante tres resoluciones de 19 de febrero de 1986, se admitió la intervención de los Países Bajos en apoyo de la República Federal de Alemania, del Reino Unido en apoyo de Francia y del Parlamento Europeo en apoyo de la Comisión. Me permito recordar todavía que, mediante resolución de 9 de julio de 1986, el Tribunal de Justicia acumuló: a) la excepción de inadmisibilidad planteada por la Comisión en el asunto 284/85; b) los cinco asuntos a efectos de la fase oral del procedimiento y de la sentencia. Nuestras conclusiones son, pues, para todos los recursos.

2. La Decisión objeto del litigio se basa en el artículo 118 del Tratado CEE que, en opinión de la Comisión, la habilita a «promover la colaboración entre los Estados [...] en el ámbito social [...] y [a] organizar a tal fin las consultas apropiadas» (séptimo considerando). Su contenido se articula en tres grupos de disposiciones, cuyos destinatarios son los Estados miembros. El artículo 1, que les impone una serie de obligaciones en materia de información; el artículo 3, que determina los fines de la concertación en la que los respectivos Gobiernos están llamados a participar, y los artículos 2 y 4, que especifican las modalidades del procedimiento de concertación que nos ocupa.

Las informaciones que los Estados miembros deben proporcionar se refieren a sus políticas de emigración; por lo tanto, tienen por objeto las medidas y los acuerdos con los que aquéllos las han desarrollado (apartado 2 del artículo 1) y se proponen continuar desarrollándolas. Por otra parte, a la Comisión le interesan sobre todo las medidas proyectadas. De hecho, el apartado 1 del artículo 1 obliga a los Estados miembros a comunicar en tiempo útil o, a más tardar, cuando se hagan públicos: a) los proyectos de medidas que prevean tomar con respecto a los trabajadores nacionales de terceros países o a sus familias y se refieren a las siguientes materias: la entrada, la residencia y el empleo, aun en el supuesto de que sean ilegales, la igualdad de trato en materia de

* Traducido del italiano.

condiciones de vida, de trabajo, de retribuciones y de derechos económicos, la integración profesional, social y cultural, el regreso voluntario a los países de origen; b) los proyectos de acuerdos específicamente destinados a regular las materias que acabamos de citar; c) los acuerdos de cooperación que los Estados miembros se proponen negociar o prorrogar con terceros países, en la medida en que contengan disposiciones relativas a las mismas materias; d) los proyectos de acuerdos que los Estados miembros se proponen también negociar o prorrogar con terceros países y relativos a las condiciones de estancia y de ocupación de los ciudadanos comunitarios y de sus familias que trabajan en estos terceros Estados.

Los fines que la concertación persigue son de tres órdenes. Pretende, en primer lugar, facilitar la información recíproca, la concreción de los problemas de interés común y, por ello mismo, la adopción de posturas comunes, especialmente, por lo que respecta a los acuerdos internacionales en materia de emigración. En segundo lugar, la concertación pretende garantizar que los proyectos de acuerdos y de medidas previstos en el artículo 1 se adecuen a las políticas y a las iniciativas comunitarias, incluidas las ayudas al desarrollo, y sin que comprometan sus resultados, sobre todo en lo que respecta a la política relativa al mercado de trabajo. El tercer objetivo es examinar la conveniencia de medidas comunitarias o nacionales destinadas a armonizar las normativas nacionales sobre extranjeros, a promover la inclusión del mayor número posible de normas comunes en los acuerdos bilaterales y a hacer más eficaz la tutela de aquellos ciudadanos comunitarios que residan o trabajen en terceros Estados.

Como ya he dicho, los artículos 2 y 4 regulan los aspectos procedimentales de la concertación. Su primera disposición, en su apartado 1, prevé que si en un plazo de quince días a partir de la notificación de las informaciones sobre los proyectos de acuerdos y/o de medidas nacionales la Comisión toma la iniciativa de la concertación o un Estado miembro solicita que se proceda a ella, dicha concertación deberá tener lugar dentro de las seis semanas siguientes o inmediatamente si algún Estado invoca motivos de urgencia. La Comisión, a instancias de algún Estado o de oficio, puede también organizar en cualquier momento una concertación que denominará «extraordinaria»; que, por otra parte, deberá centrarse en cuestiones que no hayan sido ya objeto de una concertación ordinaria o, si lo han sido, que hayan puesto de manifiesto aspectos nuevos.

En virtud del artículo 4, corresponde a la Comisión organizar la concertación, siendo también la Comisión la que asume la presidencia de las reuniones y garantiza los servicios de secretaría. Sin embargo, permanecen intactas las competencias de los órganos ya existentes y, en particular, los comités consultivo y técnico en materia de libre circulación de trabajadores, tal como fueron fijados por el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77). La misma disposición, *in fine*, establece que los Estados deberán adoptar las medidas adecuadas para garantizar el buen funcionamiento del procedimiento de concertación, debiendo guardar secreto, llegado el caso, sobre aquellas informaciones que hayan recibido por esta vía.

3. El litigio que nos ocupa gira en torno a una norma de derecho primario: el artículo 118 del Tratado CEE. A diferencia de la parte demandada, los Estados demandantes sostienen que dicha norma no le confiere competencia alguna en materia de política migratoria relativa a terceros países y, sobre todo, que no justifica la adopción de normas imperativas. Procede, por tanto, comenzar nuestro análisis con un examen de dicho precepto y, en particular, de los criterios que han presidido su aplicación, de los

actos en él basados, y de la práctica seguida hasta ahora por la Comisión en materia de consulta entre Estados miembros.

La redacción del citado artículo, que figura en el capítulo 1 («Disposiciones sociales») del título III («Política social»), es de todos conocido. El primero de sus tres párrafos enuncia los fines que el legislador ha pretendido alcanzar al incluirlo en el Tratado. Este párrafo establece que «sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado, y de conformidad con los objetivos generales del mismo, la Comisión tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con el empleo, el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo, la formación y perfeccionamiento profesionales, la Seguridad Social, la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la higiene del trabajo, el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y tabajadores».

En el párrafo 2 se indican los instrumentos que el ejecutivo debe emplear en la realización de estos fines. Dicho párrafo dice así: «a tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquéllos que interesen a las organizaciones internacionales». El párrafo 3 establece un requisito sustancial de forma de importancia capital al disponer que, «antes de emitir los dictámenes previstos en el presente artículo, la Comisión consultará al Comité Económico y Social».

Tras lo dicho, procede observar que nunca ha existido acuerdo acerca de los principios en los que debe inspirarse la aplicación del artículo 118 o, más en concreto, sobre la manera en que la Comisión debe hacer uso de los poderes que dicho precepto le atribuye. Ya desde principios de los años sesenta pareció evidente que la intención de los Estados miembros, o, cuando menos, de gran parte de ellos, era reducir el uso de los aludidos poderes dentro de unos límites tan estrechos como fuese posible. De esta manera, los encuentros a los que la Comisión invitó a las autoridades de los Estados competentes en materia social para estudiar las formas de establecer una colaboración recíproca se saldaron rápidamente con un fracaso y, lo que es más, los Gobiernos manifestaron serias reservas acerca de la facultad del ejecutivo de adoptar recomendaciones (1967) y, a pesar de que el precepto que nos ocupa los nombra explícitamente, de elaborar dictámenes. Se observó que estos últimos se emiten en el ejercicio de una función consultiva; por lo que no pueden ser preparados ni divulgados sin requerimiento previo de los Estados miembros.

Una actitud no menos recelosa y fiscalizadora se hizo evidente en materia de estudios. Es más, a este respecto los representantes de los Estados miembros, en las reuniones de 24 de mayo y del 21 y 22 de octubre de 1963, elaboraron un verdadero código de conducta que hubiera debido respetarse por parte de la Comisión. Se convino, más en concreto, que: a) antes de proceder al estudio de nuevas cuestiones sociales, la Comisión deberá presentar su proyecto al Consejo o a los Gobiernos de los Estados miembros, de manera que solamente tras haber recibido su aprobación unánime podría llevarlo a la práctica; b) no le fuese permitido a la Comisión, sin el acuerdo previo de los Gobiernos, extraer de los estudios efectuados conclusiones sobre cuya base desarrollar políticas específicas; c) la Comisión sólo pudiera servirse de los resultados alcanzados por la conferencia sobre la Seguridad Social de 1962 con la participación de los Gobiernos y de expertos independientes; d) las decisiones relativas a la participación de las partes sociales compitieran únicamente, y caso por caso, a los Gobiernos.

Sin embargo, los delegados nacionales no consiguieron ponerse de acuerdo sobre el organismo encargado de delimitar los temas de estudio; no obstante, no deja de ser significativo que las dudas manifestadas por los delegados se redujeran a la elección entre el Consejo o una reunión intergubernamental que debería desarrollarse en el marco del Consejo (véase el informe del diputado Sr. Nederhorst sobre la aplicación de las disposiciones sociales contenidas en el artículo 118; Parlamento Europeo, Documentos de sesión, 1965-1966, nº 60, de 14 de junio de 1965, p. 9, y Sr. Heyning, «Problèmes institutionnels posés par la mise en oeuvre d'une politique sociale au niveau communautaire», *Revue du marché commun*, 1967, pp. 198 y ss.).

No faltaron, es verdad, iniciativas más abiertas. En particular, un «memorandum sulla politica soziale» del Gobierno italiano (1964), criticó duramente la «interpretación restrictiva» del artículo 118 dominante hasta entonces. El documento afirma que, por una parte, esta lectura había desembocado en un callejón sin salida, reduciendo las intervenciones de la Comunidad a pocos actos de eficacia escasa o nula y exigiendo, por otra parte, para las decisiones con mayor transcendencia, el procedimiento paralizador de la conferencia de representantes de los Gobiernos. Por el contrario, nada impide alcanzar los objetivos del artículo que nos ocupa por medio de la «dinámica normal» de los instrumentos comunitarios; ni cabe objetar, tampoco, que según el artículo 118, la Comisión sólo puede promover una colaboración estrecha entre los Estados miembros; y ello porque el artículo 118 también dispone que esta tarea ha de ser realizada «sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado» (el texto del memorándum aparece como un anejo del informe arriba citado del Sr. Nederhorst, p. 20).

El Parlamento adoptó una postura aún más enérgica. Esta institución, en efecto, en su resolución de 16 de junio de 1965, abogó por una interpretación explícitamente «extensiva» del artículo 118, así como de aquellas otras normas del Tratado «que atribuyan [...] a la Comisión [...] un derecho de iniciativa y una competencia de coordinación que la autorice a presentar iniciativas de carácter social a nivel comunitario». Se rechazaba, por lo tanto, «la tesis mantenida por los Gobiernos de algunos Estados miembros [según] los cuales [...], antes de que a la Comisión [...] se le autorice a entrar en el estudio de nuevos temas de carácter social y de emitir recomendaciones en el sentido del artículo 118, es preciso un acuerdo total y previo entre los Estados miembros» (DO 1965, p. 2018)

Estas intervenciones provocaron un debate bastante animado que tuvo como protagonistas al Consejo y al Parlamento. El 19 de diciembre de 1966, la primera institución, pronunciándose sobre el tema de los estudios, se limitó a reafirmar las tesis que los Estados miembros ya habían mantenido tres años antes. La respuesta del Parlamento fue enérgica. De esta manera, una resolución de 1 de febrero de 1967 protestó «contra las tendencias [manifestadas en favor de] procedimientos bilaterales o multilaterales *ad hoc* antes que [...] medidas comunitarias adecuadas a los Tratados [...] que encuentran su fundamento político y jurídico en los compromisos [...] suscritos por los Estados». Sin embargo, el Consejo no se dio por enterado. Dos programas de esta institución de 29 de febrero de 1968 [anexo II al doc. 1413 f 68 (doc. 84) de 26.9.1968] y de 27 de julio de 1971 (DO C 23 de 8.3.1972, p. 20) afrontaron nuevamente la materia de los estudios, otorgando a la Comisión, en ciertos aspectos, un papel aún mas reducido y subordinado. En efecto, a la Comisión se le concedió el derecho de participar en la elección de los temas de estudio. Sin embargo, y al mismo tiempo, se le privó de la competencia para dirigir de manera autónoma el desarrollo de las investigaciones.

«La fase en que se encuentran los trabajos —afirma el texto de 1971— debería examinarse *en común* y a *intervalos regulares* con el fin de respetar el carácter unitario y coherente [del] programa» (la cursiva es nuestra).

4. Por lo tanto, disensiones; pero también frialdad; pero, sobre todo, frialdad, desconfianza y una defensa a capa y espada de la soberanía nacional, incluso ante instrumentos de tipo meramente recomendatorio o informativo. Sin embargo, un análisis de los actos basados en el artículo 118 demuestran que, por lo menos a partir de finales de los años sesenta, la Comisión no se dejó encerrar del todo en el trastero que le habían reservado el Consejo y los Estados miembros. Se emprendieron estudios, de un buen nivel incluso, y si, por lo que yo sé, no se emitieron dictámenes, las recomendaciones emanadas del Berlaymont alcanzan, por lo menos, la decena. Bien es cierto que el artículo 118 no menciona esta última categoría de actos; no obstante, el artículo 155 admite que la Comisión pueda adoptar dichos actos, al utilizar expresiones («respecto de las materias comprendidas en el Tratado», «si la Comisión lo estima necesario») cuyo alcance no puede ser más amplio. Procede recordar (la utilidad de la observación se verá más adelante) que las recomendaciones a las que he aludido *siempre* se sometieron al parecer del Comité Económico y Social.

Finalmente, una sorpresa: la medida objeto del presente litigio no es la primera de su género que la Comisión había adoptado teniendo como base el precepto que nos ocupa. En efecto, los comités paritarios para los problemas sociales de la pesca marítima y de los trabajadores asalariados agrícolas se instituyeron el 25 de julio de 1974 mediante dos decisiones cuyos números de referencia son el 74/441 y el 74/442; tampoco puede decirse, como veremos mejor en el apartado 7, que ante la utilización de un mecanismo de este tipo, los Estados miembros hayan reaccionado con polémica o sencillamente con sorpresa.

Pasemos a las consultas. Éstas han sido frecuentes y diversas: algunas, celebradas a instancias de los Gobiernos, se han desarrollado a modo de encuentros *ad hoc* entre sus «consejeros sociales» y los funcionarios comunitarios; otras, calificadas como «conferencias europeas», celebradas con la intervención de representantes de los Estados, de delegados de las fuerzas sociales, de expertos y consagradas al examen de algunos grandes problemas (consecuencias sociales del progreso técnico, en 1960; Seguridad Social, en 1962); y, finalmente, otras, definidas cada vez como seminarios, coloquios, jornadas de estudio, mesas redondas, y dedicadas al estudio de temas menos importantes (viviendas sociales, en 1963; medicina del trabajo y formación social, en 1964). Deben también recordarse los dictámenes escritos que la Comisión requiere de los comités previstos en el Tratado y de los grupos bipartitos o tripartitos instituidos por normas de derecho derivado. En este contexto se enmarcan los capítulos del informe sobre la situación social de la Comunidad que, a tenor del artículo 122 del Tratado, la Comisión debe presentar todos los años al Parlamento.

En resumen: una actividad considerable, no obstante, hay que reconocer que, esta vez, la Comisión la ha organizado en condiciones de clara subordinación. Ha observado la doctrina que establecer cómo o cuándo y en qué condiciones deben celebrarse las consultas compete a los Estados, y que el ejecutivo no puede, a este respecto, ni imponer los temas que deberán debatirse ni dictar reglas de procedimiento (véase Knolle: «Artículo 118», AA. VV.: *EWG-Vertrag Kommentar*, Baden-Baden 1974, 2. ed., p. 1515). Pues bien, la práctica parece avalar esta tesis un

tanto discutible. En efecto, los encuentros que la Comisión convocó o los dictámentes que emitió sin asegurarse la aprobación unánime del Consejo fueron más bien raros. Éste fue el caso (sólo se trata de un ejemplo) de las consultas escritas relativas al desarrollo del artículo 118 (Rivas: *Política social de las Comunidades Europeas*, París 1969, p. 47), así como de la mesa redonda sobre la política social en el sector del transporte. Entonces, el Consejo señaló los temas que debían inscribirse en el orden del día y, por su parte, las delegaciones nacionales precisaron detalladamente el papel que deberían representar los funcionarios gubernamentales presentes en los trabajos (octavo resumen de las actividades del Consejo, abril-septiembre 1963, p. 40).

5. Ha llegado el momento de examinar los hechos de autos; lo que, en el caso que nos ocupa, significa recorrer las numerosas etapas del proceso a través del cual se llegó a la Decisión 85/381 y a los recursos sobre los que debe pronunciarse el Tribunal.

Por lo que sé, los precedentes más lejanos de nuestra Decisión se remontan a 1974 o, incluso, a 1972. En efecto, en octubre de este último año, la conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en París instó a las autoridades de Bruselas a que impulsaran la acción comunitaria en el ámbito social y a que previeran al efecto las medidas y los medios necesarios. Catorce meses más tarde (el 21 de enero de 1974), acusó recibo de este mandato aprobando una resolución (DO C 13, p. 1; EE 05/02, p. 20) en la que «el pleno y mejor empleo a nivel comunitario, nacional y regional» se identificaba como la «condición esencial de una política social eficaz»; y se proclamaba la intención de adoptar en 1976 las medidas para hacerlo posible. Entre estas últimas (he aquí lo importante) figuraba un «programa de acción» destinado: a) a favorecer la igualdad de trato entre trabajadores comunitarios y no comunitarios «en materia de condiciones de vida y de trabajo, de salarios y de derechos económicos»; b) «a promover una concertación de las políticas migratorias frente a terceros países».

Siguieron a esto tres episodios de cierta relevancia de los que fueron protagonistas los mismos órganos. Siempre en 1974, la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (París, 9 y 10 de diciembre) señaló en el punto 10 del comunicado final la necesidad de armonizar progresivamente las legislaciones en materia de extranjería. Una nueva resolución del Consejo (DO C 34, p. 2), dos años después (9 de febrero de 1976), volvió a ocuparse de los temas de que trataba el texto que acabamos de citar, haciendo notar la necesidad de combatir conjuntamente la inmigración clandestina de la mano de obra no comunitaria, y terminó expresando su propia «voluntad política» de llevar a cabo las iniciativas prometidas sin dejar de respetar las competencias de los sujetos interesados. Finalmente, el 11 de diciembre de 1978, en Damasco, la «Comisión general para el diálogo euro-árabe» aprobó una «Declaración relativa a los principios que regulan las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores migrantes de las dos zonas». También esta declaración garantizaba la igualdad de trato por lo que respecta a los derechos económicos y a las libertadas públicas fundamentales (vigésimo sexto resumen de las actividades del Consejo; 1 de enero a 31 de diciembre de 1978, p. 59.)

Fue entonces cuando entró en escena la Comisión, que hasta entonces parecía haberse interesado en las políticas migratorias de una manera bastante marginal. Precisa en la descripción del trasfondo socioeconómico del problema y atenta tanto a los objetivos

estratégicos como a los detalles procedimentales, la comunicación que la Comisión transmitió al Consejo el 23 de marzo de 1979 [doc. COM(79) 115 final] constituye uno de los capítulos más significativos del asunto que nos ocupa. Procede por tanto analizarla cuidadosamente.

El texto se abre con un reconocimiento que es también una manifestación de prudencia: decidir sobre el «principio de concertación entre los Estados miembros y la Comisión» corresponde al Consejo (punto 2.10). No obstante, súbitamente el tono pasa a ser incisivo. Dicha concertación, de hecho, es indispensable. La impone, más aún, la concibe con su «corolario», la libre circulación de trabajadores comunitarios (punto 3.2); es decir, un logro que la admisión de extranjeros (no suficientemente considerada hoy en día y a menudo realizada de forma ilegal) puede comprometer seriamente. Se trata, por lo tanto, de estudiar en común una serie de medidas que pongan orden en la inmigración de trabajadores provenientes de terceros países, salvaguardando y reforzando la «prioridad [de los] ciudadanos comunitarios» en el mercado comunitario de trabajo (punto 3.5). El problema se plantea de una manera especialmente aguda para los trabajadores británicos, irlandeses y daneses durante el período transitorio. ¿Cómo garantizarles la preferencia en el acceso a los puestos de trabajo disponibles respecto a la mano de obra extranjera? Éste habría de ser el primer tema de una concertación que debería emprenderse inmediatamente (punto 4.1).

Por lo que respecta al procedimiento que debe aplicarse en los encuentros en los que se afrontarán estos asuntos, no parece necesario ningún mecanismo nuevo. Bastará con recurrir al artículo 19 del Reglamento nº 1612/68 del Consejo, que es lo suficientemente flexible como para adaptarse también al sector de las políticas migratorias: por lo tanto, la Comisión deberá elevar un informe sobre los resultados a que dé lugar el dispositivo comunitario para el control y la compensación de las ofertas y demandas de trabajo, o sobre el desarrollo previsible del mercado y, en el caso que nos ocupa, sobre la probabilidad de que los trabajadores comunitarios acepten los empleos vacantes. Nada impide, sin embargo, que, para la solución de problemas específicos, se instituyan grupos *ad hoc* con la participación de las fuerzas sociales.

6. Como era fácil suponer, el documento que acabamos de resumir supuso un poco de aire fresco en la áspera, aunque sofocada, confrontación que se desarrolló durante años entre los Estados miembros, el Consejo y la Comisión sobre los criterios de aplicación del artículo 118. El informe redactado por el Coreper para la sesión del Consejo «trabajo y asuntos sociales» (doc. SOC 266 de 15.11.1979) reconoció, por ejemplo, la existencia de un vínculo entre las políticas migratorias y la prioridad de los trabajadores comunitarios, y propuso que los Estados miembros lo asumieran como objeto de concertación. Para quienes habían divisado un peligro incluso en el ámbito de los estudios de sociología o del Derecho del trabajo, el progreso no era pequeño, progreso que ni siquiera fue totalmente contrapesado por las reservas que algunos Gobiernos expresaron en materia de procedimiento. Aquí se impusieron, de hecho, las preocupaciones nacionalistas. De esta manera, el comité consultivo del Reglamento nº 1612/68 no es la instancia apropiada (afirmó Francia) si los temas a tratar afectan a la soberanía; una instancia más apropiada resulta el comité técnico, siempre con la condición de que no se dedique a elaborar las líneas de negociación comunitaria. Francia y Alemania advirtieron que, en cualquier caso, debía excluirse que la Comisión pudiera recibir un mandato de carácter general; y Dinamarca añadió que en ningún caso la concertación podría desembocar en actos vinculantes.

A esta puesta en guardia, la Comisión respondió que concebía la concertación como

un método destinado a permitirle hacer propuestas y no dictar normas. No obstante, la fórmula más precisa a este respecto (y quizás la más correcta) fue enunciada por el Consejo en las conclusiones de la sesión a la que he aludido (doc. PV/CONS 53 SOC 292, de 26.11.1979). Tras señalar que todos los esfuerzos se centraban en la solución de los problemas relativos a la prioridad de los trabajadores comunitarios, a la mano de obra externa y a los ciudadanos de los Estados miembros que trabajan en terceros países, el órgano legislativo observó que, «sin perjuicio de las competencias de las instituciones de la Comunidad», la concertación está destinada a «facilitar la adopción» no de «instrumentos jurídicos comunitarios», sino de una «postura común de los Estados miembros» (apartado 7 del acta final); y puesto que una iniciativa de este tipo está ya madura, el ejecutivo deberá «preparar[la] y organizar[la] según el caso».

Seis meses más tarde el documento de la Comisión dio un nuevo fruto: la resolución del Consejo, de 27 de junio de 1980, sobre la política comunitaria relativa al mercado de trabajo (DO C 168, p. 1), resolución que, dejando de lado las cuestiones de procedimiento, vuelve a destacar la problemática sustancial de la concertación. En el apartado III se afirma que «debe favorecer la integración [del] mercado en el marco de la libre circulación de la mano de obra [...], particularmente mediante la realización efectiva del SEDOC (Sistema europeo de difusión y compensación de las ofertas y demandas de trabajo), teniendo en cuenta la prioridad [...] que debe otorgarse [...] a los ciudadanos de los Estados miembros [...] y la necesidad de mantener dentro de un límite los flujos de mano de obra provenientes de terceros países, así como por medio de una concertación apropiada de las políticas migratorias frente [a tales países]». La redacción es fatigosa, pero la relevancia política del mensaje que pretende transmitir es clara, como es clara la manera de instar una vez más a la Comisión para que actúe. A esta institución compete (así termina el documento) adoptar las medidas necesarias para facilitar la cooperación de los Estados miembros en relación con la política del mercado de trabajo.

En un primer momento la Comisión no reaccionó. Las experiencias de los años sesenta, y el escaso éxito de las tentativas de colaboración voluntaria perseguidas hasta entonces (véase *infra*, punto 15), la habían convencido, sin lugar a dudas, de que una intervención realmente eficaz habría topado con resistencias insuperables, por lo que resultaba más conveniente seguir arando el terreno formulando severos diagnósticos sobre la situación existente y haciendo propuestas cada vez más explícitas. Responde a esta estrategia, en mi opinión, el documento de 9 de septiembre de 1983, cuyo destinatario fue el comité consultivo. Se contiene en este documento una alusión, cargada de significado, a los acuerdos concluidos por la Comunidad con Turquía, Portugal y Yugoslavia y los países del Maghreb, acuerdos que otorgan a los inmigrados respectivos un *estatuto* menos ventajoso que las libertades reconocidas a los ciudadanos comunitarios. No obstante, un pasaje de mayor relevancia hay que buscarlo en otro sitio y, precisamente, en la comprobación de los problemas causados por la tendencia creciente de los Estados miembros a proceder separadamente. Se afirma en el texto que en los últimos años se han multiplicado las medidas no coordinadas y generadoras de un efecto desfavorable en los mercados de otros países miembros. En este momento, «institucionalizar la concertación» es una necesidad improrrogable.

Pero ¿cómo alcanzar este objetivo? La respuesta (crucial) se encuentra en el proyecto de comunicación relativo a las «orientaciones para una política comunitaria de la migración», que se remonta al 13 de marzo de 1984 y que se transmitió al órgano contemplado en el artículo 24 del Reglamento nº 1612/68 (doc. V/243/1/84-FR rev.) Sin embargo, ya ha llegado el momento (se dice en el apartado 44) de «estructurar un marco jurídico apropiado [que garantice] la participación de los Estados miembros en el procedimiento de concertación [y les imponga] las mismas obligaciones respecto a la Comisión y el resto de los Estados miembros». Como ha augurado el Consejo, este marco no deberá tender sino a la «adopción de posturas comunes», y no exigirá más que informaciones y discusiones sobre los problemas de cada uno y de todos en el ámbito de las medidas dirigidas a los trabajadores de terceros países y a sus familias. No obstante, si dichas informaciones y discusiones quieren revestir un carácter obligatorio, será necesario que las prevea una decisión (apartado 55).

Se iban a echar los dados; y alquien se asombra de las reacciones no adversas que suscitó su ya previsible resultado. En un documento con fecha de 22 de junio de 1984 (conclusiones sobre el programa de acción social a medio plazo; DO C 175, p. 1), el Consejo «levantó acta» de que la Comisión había presentado propuestas capaces de «desarrollar la cooperación de los Estados miembros en materia de control de los flujos migratorios provenientes de terceros países». Más tarde, cuando la Comisión le transmitió un proyecto de resolución en el que se admitía la necesidad de definir «un marco apropiado» para la concertación [doc. COM(85) 48 final de 7.3.1985], el órgano legislativo le respondió con expresiones anodinas, pero no negativas. De esta manera, una vez aclarado que «las materias relativas a la entrada, la estancia y la ocupación de trabajadores [...] de terceros países son competencia de los Estados miembros», el Consejo reconoció la necesidad de incentivar la concertación, tomó «nota de la voluntad de la Comisión de establecer un marco apropiado a [tal] fin» (apartado 3) e instó a su interlocutora «a [que] le hiciera llegar las propuestas oportunas al efecto» (apartado 7).

La resolución se aprobó el 13 de junio de 1985, se adoptó formalmente en la sesión de 16 de julio y se publicó el día 26 del mismo mes (DO C 186, p. 3; EE 05/05, p. 10). Sin embargo, cuando su *iter* llegó a término, ya era inútil. En efecto, el 8 de julio ya había emanado de la Comisión el acto normativo objeto del litigio.

7. Una vez relatados los acontencimientos que desembocaron en la disposición que nos ocupa, procede, creo, plantearse una cuestión. ¿Por qué este asunto? ¿Qué es lo que ha empujado a personarse ante el Tribunal de Justicia a un número de Estados apenas inferior al necesario para que sea el propio Consejo el que se persone? Debería llegarse a la conclusión, razonando con ayuda de la lógica, de que no existe motivo alguno. El Consejo ha afirmado en seis ocasiones la necesidad de la concertación; en dos ocasiones ha instado a la Comisión a hacerla realidad y, cuando ésta se decidió a actuar, en dos ocasiones más la requirió para que le hiciera llegar sus propuestas. Los Estados, por su parte, han planteado dudas, dejado traslucir sospechas, y manifestado desconfianza; pero nunca han dicho, ni antes de 1985, ni mucho menos durante el procedimiento, que no estaban dispuestos ni a informarse recíprocamente ni a concertarse.

Podrá objetarse que los Estados no critican el objeto, critican el instrumento y los materiales (una decisión y las obligaciones que de ella derivan) con los que se ha fabricado el objeto. Ahora bien, este argumento no es de recibo. Para refutarlo, basta recordar las

dos Decisiones de 1974 (véase *supra*, punto 4), también basadas en el artículo 118, y cuya legalidad, sin embargo, nunca se ha cuestionado, o incluso, para aquél que objete que las aludidas Decisiones regulaban materias menos delicadas que la que nos ocupa, bastará con citar otros actos que salpican la historia legislativa de la Comunidad: actos también imperativos y también destinados a regular materias de una transcendencia notable o que se sitúan, cuando menos, en los límites de las competencias comunitarias; actos que se basan, por demás, no en un precepto del Tratado, sino en el propio Tratado «tout court» o, peor aún, en las resoluciones del Consejo y que, a pesar de reunir estas características, fueron acogidos en silencio o con una satisfacción general.

Estos actos son, por lo menos, diez, y todos dignos de figurar en un posible museo de los horrores jurídicos. No tienen otra base que «el Tratado» los Reglamentos nº 1707/86, de 30 de mayo de 1986, relativo a las condiciones de importación de productos agrícolas originarios de terceros países como consecuencia del accidente de Chernobil (DO L 146, p. 88); nº 3302/86, de 27 de octubre de 1986, por el que se suspenden las importaciones de monedas de oro de la República de Sudáfrica (DO L 305, p. 11), y nº 3599/85 del Consejo, de 17 de diciembre de 1985, relativo a la aplicación de preferencias arancelarias generalizadas para el año 1986 a determinados productos industriales originarios de países en vías de desarrollo (DO L 352, p. 1; EE 11/23, p. 37). En una u otra resolución del Consejo se basan, por el contrario, estas siete Decisiones: tres adoptadas por el propio autor de las resoluciones (de 16 de septiembre de 1985, relativa a al creación de un comité consultivo para la formación de los farmaceúticos, DO L 253, p. 43; EE 03/06, p. 34; de 29 de junio de 1984, en materia de actividades de investigación, de desarrollo y de demostraciones comunitarias; DO L 177, p. 25; de 28 de octubre de 1980, relativa a la pesca en aguas de soberanía de los Estados miembros, DO L 298, p. 38) y cuatro Decisiones adoptadas por la Comisión. Estas últimas instituyen comités en materia de transportes por carretera (de 28 de noviembre de 1985, DO L 317, p. 33; EE 07/04, p. 12), de ferrocarriles (de 19 de diciembre de 1984, DO 1985, L 8, p. 26; EE 07/03, p. 235), de control de la contaminación causada por el vertido de hidrocarburos en el mar (de 25 de junio de 1980, DO L 188, p. 11; EE 15/02, p. 171) y de residuos de 21 de abril de 1976, DO L 115, p. 73; EE 15/01, p. 163).

Retornemos al hilo del discurso. Si las observaciones que hemos desarrollado son relevantes para entender las razones que han dado lugar al asunto que nos ocupa, no nos queda más que abandonar el reino de la lógica y lanzarnos al de la psicología, quizá de andar por casa. Así pues, diré que la revuelta de los Estados se explica a la luz de tres factores y, en primer lugar, de la irritación que suscitan los acontecimientos inesperados y desagradables. Me explico: las Decisiones del 74 y los textos adoptados desde el 79 en adelante no podían modificar la imagen que la Comisión había dado de sí misma en los años sesenta; sobre todo por sus concesiones en el terreno de las consultas y de los estudios. Los Estados se habían acostumbrado a esta imagen (obsequiosa, proclive a la renuncia, pusilánime a veces), hasta llegar a la convicción de que del Ejecutivo podía esperarse mucho «blablablá», pero poco o ningún hecho. El silencio guardado por los Estados ante el documento de 13 de marzo de 1984 (la concertación deberá tener lugar en un marco jurídico que deberá instituirse por medio de decisión) se

explica, creo yo, a través de esta lectura. Por esto su sorpresa debió ser grande cuando se encontraron ante un hecho, de mucha entidad por añadidura, y grandes los deseos de enseñar a su autora el lugar que le corresponde por medio de una buena zurra judicial.

Existe también un elemento objetivo guste o no guste, los Estados están realmente (o mejor dicho, vitalmente) interesados en conservar un control pleno en lo relativo a la admisión de trabajadores provenientes de terceros países, sobre todo por las implicaciones que la materia tiene en el terreno político y en el del orden público. Es real, por lo tanto, su temor de ver «comunitarizado» a largo plazo este reparto de competencias; y me parece significativo que los Estados miembros hayan aprovechado la ocasión que les brinda el Acta Única Europea para poner las cosas en claro, guardándose de golpes de mano tendentes a desencadenar un proceso de este tipo. La declaración relativa a los artículos 13 a 19 del nuevo Tratado reafirma, en efecto, «el derecho de los Estados miembros a adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países y de lucha contra el terrorismo».

Finalmente, un cierto peso han tenido los errores de la Comisión. No me refiero tanto en la prisa, ciertamente poco decorosa, con la que dicha institución culminó la adopción del acto impugnado. Pienso más bien que su excesiva minuciosidad y, sobre todo, su insistencia en los trabajadores extracomunitarios o en los acuerdos entre Estados miembros y terceros países no iban precisamente a aplacar las irritaciones y los temores a los que me he referido. Permítaseme, a este respecto, que formule una hipótesis. Si se hubiese destacado *nuestro* mercado de trabajo y la necesidad de aumentar el nivel de empleo de los trabajadores y de los asalariados comunitarios, quizás la Comisión hubiese evitado los recursos de los que nos estamos ocupando, sin por ello renunciar a los objetivos que tenía en proyecto. Como esta misma institución señaló en el documento de 23 de marzo de 1979, las políticas migratorias son un «corolario» de la política que contemplan los artículos 48 y 51 del Tratado; por lo que la concertación sobre los problemas que plantea la aplicación de estas disposiciones implica que también se lleven a cabo consultas sobre las medidas dirigidas a los ciudadanos de terceros países.

8. Antes de pasar revista a los motivos y a las alegaciones de las partes, deben resolverse algunos problemas de admisibilidad, especialmente aquél al que me he referido en el apartado 1.

Examinaremos los términos en que dicho problema se plantea. La Decisión controvertida se notificó a todas las representaciones permanentes el 11 de julio de 1985 y, como se desprende de la copia del acuse de recibo, llegó a la representación de los Países Bajos a las 15.10 del mismo día. El recurso interpuesto por el Gobierno neerlandés se transmitió mediante télex con fecha de 18 de septiembre de 1985, y el escrito de demanda original llegó a nuestra Secretaría dos días más tarde. Ahora bien, la Comisión observa que, en el caso de los Países Bajos, el plazo para recurrir es de dos meses, calculados según lo previsto en el artículo 81 del Reglamento de Procedimiento a partir del día siguiente a aquél en que tuvo lugar la notificación, más los seis días previstos en el anexo II de la misma fuente de derecho como consecuencia de la distancia existente entre La Haya y Luxemburgo. Dicho plazo expiró, por lo tanto, el 18 de septiembre; es decir, el mismo día en que nuestra Secretaría recibió el télex, pero 48 horas antes de que le llegase el original. El Gobierno de La Haya no niega este punto. Sostiene sin embargo: a) que los artículo 37 y 38 de dicho Reglamento no prohíben la interposición de un recurso mediante télex; b) que se vio obligado a servirse de este medio de transmisión como consecuencia del retraso con que la Comisión respondió (29 de agosto) a

una solicitud que se le dirigió para que aclarara las modalidades de aplicación de la Decisión.

Como demuestra la reciente sentencia de 15 de enero de 1987 (Misset/Consejo, 152/85, Rec. 1987, pp. 223 y ss., especialmente p. 234), las alegaciones de ambas partes parten de una concepción errónea. Al interpretar los artículos 80 y 81 del citado Reglamento, el Tribunal de Justicia estableció, en efecto, que «lorsque [...] le délai de recours est exprimé en mois de calendrier, ce délai expire [...] à la fin du jour qui, dans le mois indiqué par le délai, porte le même chiffre que le jour qui a fait courir le délai, à savoir le jour de la notification» (apartado 8). Aplicando este principio al caso que nos ocupa, encontraremos que el plazo previsto por el artículo 173 para solicitar la anulación de la Decisión *de qua* expiró el 11 de septiembre. Añadamos a esta cifra los seis días de que se benefician los recurrentes domiciliados en los Países Bajos y llegaremos a la medianoche del día 17. De esto se deduce que, aun admitiendo la validez del recurso interpuesto por télex, el recurso neerlandés llegó con retraso.

Sin embargo, no sólo el recurso neerlandés. En efecto, aplicando también la jurisprudencia Misset a los otros recursos, se advierte que Alemania y Francia no rebasaron el plazo (el recurso de la primera llegó el 17 de septiembre y el de la segunda, a quien el texto corregido de la Decisión se le notificó una semana más tarde, el día 24 siguiente), y que, sin embargo, sí lo rebasaron el Reino Unido y Dinamarca. En su caso, como ya sabemos, las normas en materia de distancia prevén una bonificación de diez días, lo que lleva al día 21 la fecha límite en la que hubieran debido recibir los respectivos recursos que, sin embargo, fueron formalmente interpuestos el 23.

Como consecuencia de estas conclusiones: a) no podré eximirme de enjuiciar los motivos y las alegaciones de los Países Bajos, pero solamente en la medida en que este Estado, al intervenir en apoyo de Alemania, ha vertido en sus observaciones íntegramente el contenido del recurso por ella presentada; b) deberé tener presente las alegaciones del Reino Unido solamente en la medida en que dicho Estado las ha vuelto a hacer suyas al intervenir en apoyo de Francia; c) me veré obligado a no ocuparme de los motivos y de las alegaciones de Dinamarca, que ha tenido la mala suerte (o la elegancia) de jugar la partida en solitario.

9. A juicio de los recurrentes la Decisión 85/381 adolece de tres vicios: incompetencia, violación del Tratado y, a título subsidiario, vicios sustanciales de forma. Los dos primeros motivos de impugnación se basan en la interpretación que del artículo 118 han efectuado Francia, Alemania, Gran Bretaña y los Países Bajos y, por ello mismo, se prestan a un examen conjunto. No hay que olvidar, sin embargo, que los cuatro Estados emplean el término incompetencia en un doble sentido; ésto es, el acto está viciado de incompetencia: a) porque rebasa el ámbito de competencias que el precepto confiere a la Comisión; b) porque regula materias que no se contemplan en dicho precepto. Ahora bien, estos aspectos plantean problemas muy diversos; por lo que deberemos referirnos a ellos separadamente.

Comencemos con el primero de los dos sentidos, el cual, aun figurando en todos los recursos, es objeto de un tratamiento más en profundidad en aquél interpuesto por la República Federal de Alemania. En opinión del Gobierno de Bonn, el propio tenor del artículo 118 excluye la posibilidad de que de acuerdo con lo previsto en él puedan adoptarse actos de carácter imperativo. El párrafo 1 asigna, en efecto, al Ejecutivo la tarea de promover una colaboración estrecha entre los Estados miembros; y promover significa favorecer, instar a, encauzar o dar

impulso; pero obligar, desde luego que no. No es menos explícito el párrafo 2. Es obvio que ninguno de los instrumentos que en él se contemplan requieren (los estudios) o configuran (los dictámenes) una actividad capaz de imponer obligaciones. Por lo que respecta a las consultas, sin embargo, las versiones francesa e italiana utilizan un verbo —«organiser», «organizzare»— que puede aludir a una actividad legislativa; pero, puesto que en los textos alemán e inglés las palabras correspondientes excluyen una alusión de este tipo (estas palabras son «vorbereiten» y «to arrange», es decir, preparar o prever), también su alcance semántico deberá reducirse hasta hacerlo coincidir con el de realización de actividades meramente materiales.

Por otra parte, el artículo que nos ocupa no contiene la palabra «decisión». Este hecho, por sí mismo, podría no ser determinante; sí lo es, sin embargo, si se tiene en cuenta que el párrafo 2 prevé otros instrumentos (que no son otros que los estudios, los dictámenes y las consultas) cuya enumeración parece exhaustiva o que, todo lo más, a la vista de la frase inicial del párrafo 1 y del artículo 155, puede llegar a incluir las recomendaciones (en concreto, ésta es la opinión del Reino Unido). Por lo demás, un argumento que refuerza esa línea interpretativa puede desprenderse del párrafo 3, en el que se establece que antes de emitir dictámenes, el Ejecutivo deberá consultar al Comité Económico y Social. En realidad es absurdo que un acto de carácter no imperativo quede sujeto a una condición de este tipo; pero no tanto por lo que respecta a un acto generador de obligaciones; y si esta observación es exacta, no puede descartarse que el legislador no haya tenido la intención de dotar a la Comisión de la competencia para adoptar actos de carácter imperativo.

Aún hay más. Los términos que en el párrafo 2 preceden a la enumeración a la que hemos aludido poseen, por otra parte, una importancia decisiva. A tenor suyo la Comisión «actuará *en estrecho contacto* con los Estados miembros». Ahora bien, es evidente que el comportamiento así exigido al Ejecutivo sólo tiene sentido si se concreta en una obligación: no hacer uso de los medios puestos a su disposición (no organizar las consultas, en nuestro caso), sin haber no sólo informado al Consejo, sino también, y sobre todo, obtenido la aprobación de éste. En resumen: el Ejecutivo no puede adoptar actos unilaterales, y menos aún si estos actos generasen efectos obligatorios.

Como es obvio —continúa el Gobierno alemán— la recurrida no comparte esta idea. En su opinión, el artículo 118, de la misma manera que los artículo 75 y 113, le atribuye una determinada misión, dejándole las manos libre para escoger los medios con los que hacerle frente. Sin embargo, la analogía que invoca la parte recurrida no existe realmente, como lo prueba, una vez más, el propio tenor del artículo que nos ocupa. La elección de que se habla no podría referirse sino al modo de organizar las consultas. Pues bien, la expresión «organización de consultas» está subordinada al término «mediante»; por lo tanto, la actividad de que se trata es, en sí misma, un medio, como la elaboración de dictámenes o la realización de estudios y esto implica que la Comisión es libre, en efecto, pero libre para utilizarlo, como ha hecho con los estudios, o para no utilizarlo, como ha hecho con los dictámenes. Pero no es libre para utilizarlo de una manera que el legislador no ha previsto.

Que no se diga que la elección de un complicado mecanismo de carácter imperativo se impuso, de conformidad con la doctrina del efecto útil, por la necesidad de dar vida a consultas eficaces. También podrían ser eficaces estas consultas aunque se desarrollasen a modo de *forum* (véase Francia, en este

sentido), como las reuniones que, sobre los mismos temas, se celebran en el marco del Consejo de Europa; tanto más —añaden los Países Bajos— cuanto que, en nuestro caso, la obligación de lealtad que incumbe a los Estados miembros en virtud del artículo 5 debe garantizar su buen funcionamiento. En cualquier caso, cuando se transfiera competencias del Consejo a la Comisión o de los Estados a la Comunidad, las consideraciones teleológicas y, en particular, el principio del efecto útil, sólo valen como *ultima ratio*. Por consiguiente, antes de adoptar una decisión, el ejecutivo hubiera debido ensayar el resto de las posibilidades que la ley le ofrece. Por el contrario, los comités técnico y consultivo a los que hace referencia el Reglamento nº 1612/68 se han visto obligados, marginalmente, a conocer la problemática que aborda el acto que nos ocupa sin que a los Estados se les dirigiera dictámenes o recomendaciones.

Los resultados a los que conduce la exégesis del artículo 118, desde un punto de vista literal y teleológico, quedan confirmados, siempre de acuerdo con el Gobierno alemán, por el examen de la posición que ocupa en el sistema del Tratado. No cabe duda, por ejemplo, de que lo en él dispuesto se incardina en el programa trazado por el artículo 117 (mejora e igualación de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra), por lo que debe leerse a la luz de los medios con los que, a tenor del párrafo 2 del precepto aludido, deben realizarse dichos fines. Ahora bien, estos medios consisten: a) en el funcionamiento automático del mercado común; b) en los «procedimientos previstos en el [...] Tratado», que suponen normas expresamente atributivas de la competencia para imponer obligaciones; c) en la aproximación de los derechos nacionales; es decir, en una tarea que, como es sabido, no compete a la Comisión, sino al Consejo.

Sin embargo, el artículo 117 no es más que la pieza de un conjunto; se percibirá en él que el Tratado, en su totalidad, configura el sector social como un «ámbito reservado» a los Estados; y se deducirá de esto que, como todas sus opciones fundamentales, también ésta es modificable solamente por la vía del procedimiento de revisión del artículo 236. Cercenar el alcance de esta opción mediante una interpretación extensiva de uno u otro precepto, del artículo 118 en nuestro caso, significa tanto como no tener en cuenta el principio en virtud del cual las instituciones deben actuar dentro de los límites competenciales que se les ha atribuido. Se desprende de lo dicho que el artículo 4 y el propio artículo 155 han sido infringidos; este último en la medida en que, a tenor de lo en él previsto, el Ejecutivo sólo puede adoptar decisiones en casos excepcionales, de manera que no le es lícito hacerlo cuando el Tratado no le habilita para ello de una manera explícita o cuando el Consejo no delega competencias en él.

La Comisión rebate estos argumentos afirmando que estas observaciones pierden peso o, sencillamente, se ven privadas de todo valor ante el contenido meramente procedimental del acto objeto del litigio. La objeción, sin embargo, es frágil: en primer lugar, el artículo 189 no establece una diferencia entre normativas sustanciales y normativas de carácter procedimental, y, por otra parte, es bien sabido que estas últimas sólo formalmente son tales. De esta manera, observa Alemania, la obligación que se contempla en el apartado 1 del artículo 1 (notificación de proyectos de medidas y acuerdos) incide en los intereses materiales de los Estados al comprometer eventuales exigencias de secreto o, en el caso de acuerdos con terceros países, la reserva necesaria para el éxito de las negociaciones. De esta manera, también los plazos establecidos para la concertación pueden impedir, añade Francia, la

adopción de medidas urgentes en tiempo útil. Finalmente, de esta manera, concluye el Reino Unido, la imposibilidad de adoptar medidas sujetas al procedimiento de concertación hasta que éste concluya y aquéllas no sean declaradas conformes con las políticas comunitarias exige, por lo menos de hecho, su subordinación al *placet* del Ejecutivo.

Se mencionan en último lugar la doctrina, la jurisprudencia y la praxis. La primera —se afirma— es prácticamente unánime al negar que el precepto que nos ocupa confiera a la Comisión competencia para adoptar actos de carácter imperativo. La segunda ha afirmado «el carácter esencialmente programático de los artículo 117 y 118» (sentencia de 15 de junio de 1978, Defrenne III, 149/77, Rec. 1978, p. 1365, apartado 19); es decir, ha reconocido una realidad que, en un sistema dominado por la atribución limitativa de competencias, conduce implícitamente a la misma conclusión. La tercera es más ambigua, y a esto han contribuido los dos actos que la Comisión adoptó el 15 de julio de 1974. Sería exagerado, sin embargo, atribuir a estas medidas carácter de precedentes. En efecto, tales medidas no prevén una colaboración de los Estados con los comités que instituyen, y sólo tienen en común con la que nos ocupa la obligación de secreto que se impone a los que participen en las correspondientes reuniones.

10. Francia y el Reino Unido insisten especialmente en el segundo motivo, según el cual la Decisión 85/381 adolece de un vicio de incompetencia. En opinión de ambos Gobiernos, la materia regulada por dicho acto traspasa la esfera del artículo 118, que no se ocupa de los trabajadores extracomunitarios. Ninguno de los dos niega, ciertamente, que exista una relación estrecha entre las políticas comunitarias relativas al empleo y el fenómeno de los movimientos migratorios desde y hacia terceros países, pero esta relación es demasiado tenue e indirecta como para atraer a los protagonistas de estos movimientos hacia el ámbito de las normas que configuran el capítulo 1 del título III, con la única excepción de aquellos ciudadanos de países asociados a la Comunidad. Y este dato, afirma Francia, basta para descartar que el legislador de Bruselas pueda regular sus intereses, directamente o interviniendo en las medidas nacionales por las que se les toma en consideración.

Otros argumentos apoyan la misma conclusión. El Reino Unido observa que, por ejemplo, no puede negarse que las políticas migratorias de los Estados miembros están forjadas o condicionadas por factores históricos, culturales y sociales sobre los que la Comunidad no tiene nada que decir. Por otra parte, una vez más es Francia la que opina, la admisión de migrantes extracomunitarios puede poner en juego valores como la seguridad nacional, que el propio Tratado tutela al garantizar a los Estados una especie de derecho al silencio (artículo 223); y aun cuando no llegue a tanto, implica una serie de formalidades administrativas (otorgamiento de visados, controles fronterizos) que entran íntegramente dentro del ámbito competencial nacional. El propio Consejo lo reconoció ocho días después de la adopción del acto objeto del litigio: «el acceso, la estancia y el empleo de los trabajadores [extracomunitarios]», afirma el duodécimo considerando de la exposición de motivos de la resolución de 16 de julio de 1985, «son ámbitos sometidos a la competencia [...] de los Estados miembros, sin perjuicio de los acuerdos comunitarios vigentes con terceros países».

11. Pasemos al motivo —vicios sustanciales de forma— que los recurrentes invocan con carácter subsidiario. También éste se articula en dos vertientes: a) ausencia de con-

sulta al Comité Económico y Social; b) motivación insuficiente. A su vez, esta segunda imputación se basa: b) 1. en la redacción materialmente imprecisa e intrínsecamente contradictoria de la Decisión; b) 2. en el hecho de que la Comisión no haya indicado la «oportuna base jurídica».

Las alegaciones invocadas en apoyo de la letra *a* son sencillas. El párrafo 3 del artículo 118, señala especialmente Alemania, establece que la Comisión deberá presentar al CES los proyectos de sus propios dictámenes. Esta formalidad no se aplica a la organización de consultas por motivos más que evidentes. Resulta claro, sin embargo, que si el Ejecutivo procede a organizar consultas mediante decisiones, los aludidos motivos desaparecen y la exigencia de oír al CES se hace aún más imperativa. Por lo que se refiere a la letra *b* 1, los Países Bajos afirman que la Decisión calla o es imprecisa respecto a numerosos importantes detalles, por ejemplo: la naturaleza de las medidas que hay que notificar, las modalidades de notificación y los términos de la concertación. Ahora bien, semejantes lagunas constituyen otras tantas infracciones de la obligación de motivar; obligación que, en efecto, no sólo tiene por objeto informar a los administrados sobre las razones por las que se les ha impuesto un deber determinado, sino también hacerles conscientes del alcance del comportamiento al que están obligados.

Un discurso más complejo merece la imputación contenida en la letra *b* 2. Los recurrentes parten de un postulado con el que es difícil no estar de acuerdo: cuando el legislador atribuye a la norma de él emanada una base legal que no le corresponde, la posibilidad de proporcionar a dicha norma otra base legal, esta última seguramente correcta, basta, por sí misma, para probar que su motivación es insuficiente. Pero, ¿se da una posibilidad de este tipo? Como es obvio, para aquel que impugne la Decisión que nos ocupa, responder sí significa exponerse a ciertos riesgos; por ejemplo, a ser acusado de incoherencia política sino procedimental o, peor aún, a ponerse del lado de una Comisión eventualmente perdedora del proceso pero decidida, no obstante, a tomar de nuevo la ofensiva. Así han obrado, sin embargo, Francia y Alemania.

Según el Gobierno de Bonn, la norma «adecuada» es el artículo 5: en la medida en que obliga a los Estados a facilitar la tarea de las instituciones, este artículo parece concebido para servir de base a una normativa cuya esencia radique en la promoción de la colaboración entre Estados miembros, previniendo a estos efectos el concurso de la Comisión. Francia defiende una postura más articulada. París distingue entre materias que entran dentro del ámbito de competencias comunitarias y los ámbitos de actuación no comunitarios. Por lo que respecta a las primeras, un procedimiento como el que nos ocupa puede fundarse perfectamente en el artículo 121, que autoriza al Consejo para que confíe a la Comisión la realización de tareas relativas a la puesta en práctica de medidas comunes, especialmente en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Por lo que respecta a las segundas, se propone una elección entre dos vías: dejarlas a la cooperación intergubernamental o ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad recurriendo a una aplicación conjunta de los artículos 118 y 235. Y precisamente ésta es la vía cuya utilización sugería el Consejo a la Comisión cuando le requirió, en la resolución de 18 de julio de 1985, para que le presentase «propuestas» (apartado 7).

Un problema particular, concluye el Gobierno francés, se plantea en relación con la recogida y el control de las informaciones.

Cuando no le esté permitido desarrollar una actividad de este tipo sobre la base de una atribución expresa de competencias (apartado 3 del artículo 90 y apartado 3 del artículo 93), le basta al Ejecutivo con solicitar al Consejo una autorización al respecto; a lo que le habilita el artículo 213, a tenor del cual, «para la realización de las funciones que le son atribuidas, la Comisión podrá recabar todo tipo de informaciones y proceder a todas las comprobaciones necesarias, dentro de los límites y en las condiciones fijadas por el Consejo».

12. Llegados a este punto, debería iniciar el examen de los motivos invocados por los recurrentes con carácter principal; una obvia exigencia de economía me impone, sin embargo, la tarea de apreciar, en primer lugar, si los esfuerzos de Francia y Alemania por dotar el acto objeto del litigio de una «base» alternativa han conducido a resultados satisfactorios. Si, en efecto, así fuera, debemos afirmar que dicho acto no sólo está insuficientemente motivado, sino también, aunque sea implícitamente, viciado de incompetencia.

Sin embargo, esta posibilidad debe excluirse, con el resultado de ahorrar a los Estados miembros que la han defendido por lo menos el más grave de los riesgos a los que he aludido más arriba. En particular, del artículo 5 ha dicho con razón la Comisión que posee un alcance general y debe, por lo tanto, ceder el paso a normas específicas cuando, como en nuestro caso, estemos en presencia de ellas. Dicho artículo, por otra parte, parece adaptarse mejor a las intervenciones «verticales» (es decir, a las relaciones entre la Comisión y los Estados miembros) que a las actividades de tipo «horizontal», como es esencialmente el caso de la concertación entre Gobiernos a la que se alude en el artículo 118 y en la Decisión impugnada.

Pero tampoco las disposiciones citadas por Francia me parecen adaptadas a tal fin. Así ocurre, en primer lugar, con el artículo 121. Sabemos que se puede recurrir a él cuando se trate de la «aplicación de medidas comunes» y siempre que tales medidas se refieran a «la Seguridad Social de los trabajadores migrantes a que se refieren los artículos 48 a 51». Ahora bien, la segunda condición se refiere a problemas bastante más circunscritos que los que son objeto de la Decisión que nos ocupa. Para satisfacerla, es necesario, en efecto, que la normativa material en la que incidan las «medidas comunes» entre dentro del ámbito competencial de la Comunidad; y, por el contrario, está claro que la estancia y el empleo de los trabajadores provenientes de terceros países son materias reservadas a los Estados.

Pasemos al artículo 213. No suscita duda alguna el hecho de que, en materia de recogida y control de las informaciones, dicho precepto sea la norma «general» del sistema. Sí es dudoso, sin embargo, que el procedimiento que en él se contempla deba aplicarse necesariamente en todas las circunstancias, incluidas las más anómalas. Supongamos, no es más que una pura hipótesis, que el Consejo presta oídos sordos a los requerimientos de la Comisión: ¿deberá esta última renunciar a hacer frente a las tareas que le confía el Tratado si implican el conocimiento de datos que sólo los Gobiernos pueden proporcionar? Obviamente no. De esto se deriva, me parece a mí, que es un error hacer un fetiche del artículo 213: su redacción es importante, pero no tanto como el principio de eficacia de la Administración, que exige intervenciones oportunas por lo menos en los supuestos en que esté en juego un interés general.

Nos queda, finalmente, el artículo 235. Como se sabe, para activar su mecanismo se

requiere que el Tratado no prevea los «poderes de acción» necesarios para alcanzar uno de los objetivos de la Comunidad. Ahora bien, salta a la vista que en el párrafo 2 del artículo 118 se prevén los poderes necesarios para promover la colaboración en el ámbito social, a no ser que se trate de controlar si la Comisión los ha utilizado correctamente. Por lo tanto, permítaseme concluir que la idea que estamos analizando tiene un «aroma» de años sesenta; es decir, recuerda un período que conoció continuas y encarnizadas tentativas de desarmar a la Comisión por medio de la transferencia al Consejo de ámbitos competenciales propios tan vastos como fuese posible.

13. La partida va a jugarse, en suma, única y exclusivamente en el terreno elegido por la Comisión. Comencémosla, pues, con los temas de los que nos hemos ocupado en el punto 10. ¿Es realmente cierto que la Decisión impugnada invade un sector, el de las políticas migratorias, siempre reservado a los Estados?

La respuesta es negativa. Una lectura, sumaria incluso, de las disposiciones en las que se articula el acto demuestra que la condición de la que depende la validez de esta imputación es inconsistente: en efecto, ninguna de estas disposiciones posee un contenido material. Dicho con otras palabras, ninguna regula, directamente o por medio de una mera armonización de los sistemas internos, las materias enumeradas en el primer guión del apartado 1 del artículo 1. Puede objetarse que, de acuerdo con los términos de la letra *c* del artículo 3, la concertación persigue especialmente el objetivo de examinar la oportunidad de medidas que pudiera adoptar la Comisión en el ámbito contemplado por el artículo 1. No obstante, la observación no es de recibo. La citada disposición es inofensiva, y no sólo porque sus efectos se relegan al futuro o, como prueba el uso del condicional, al futuro posible. Lo que es determinante es que las medidas a las que dicha disposición alude sólo pueden promulgarse bajo la forma de directivas o de reglamentos, y teniendo como base los artículos 100 o 235; esto es: por el Consejo y pronunciándose éste por unanimidad.

Frente a esta realidad, quedan sin efecto los argumentos invocados por Francia y el Reino Unido. Algunos de ellos se limitan a reiterar lo evidente: es obvio, por ejemplo, que el derecho de no informar reconocido en el Tratado (artículo 223) prima, cuando se dan las condiciones requeridas, sobre el derecho de informar previsto en el acto. Otros son muy frágiles; y así, decir que las medidas nacionales podrían quedar sujetas al procedimiento *de qua* sólo en la medida en que sus destinatarios fuesen tomados en consideración por las disposiciones sociales del Tratado equivale a transtornar los términos del problema: más bien, es la utilización del artículo 118 la que se justifica por la falta de una normativa comunitaria relativa a los trabajadores de terceros países y, naturalmente, por la necesidad de actuar en el marco de la cooperación entre los Estados miembros. Por otra parte, y por lo que respecta a la tesis en virtud de la cual entre políticas migratorias y políticas de mercado de trabajo comunitario sólo existe un nexo tenue y mediato, bastará con observar que la contradicen por lo menos tres resoluciones del Consejo (véanse, *supra*, puntos 5 y 6). Sin embargo, volveremos sobre este punto más adelante.

14. Mucho más complejo y delicado se presenta el examen de los motivos con los cuales los cuatro Estados han alegado el hecho de que la Comisión no posee competencias para adoptar actos con carácter imperativo sobre la base del artículo 118; y a ello contribuye la propia formulación del precepto, del que se ha dicho con razón que crea «a somewhat paradoxical situation» (Koop-

mans, «The Law of the European Community». *AA. VV.: A commentary of the EEC Treaty*, New York 1976, vol. III, p. 748). Como se ha visto, dicho precepto, en efecto: a) parte del principio de la competencia nacional, pero no dice nada sobre el papel del Consejo, en el que, sin embargo, se reúnen los representantes de los Estados; b) confía a la Comisión una determinada misión, pero calla respecto al único poder, el de dictar normas, que le permitiría cumplirla plenamente.

Admitido lo dicho, añado inmediatamente que, en mi opinión, ninguna de las alegaciones a que nos hemos referido en el apartado 9 acierta a dar en el clavo. Entre las basadas en el tenor literal de la disposición, algunas sólo tienen sentido a la luz de una única versión del Tratado. Por ejemplo, en el texto alemán, en efecto, la preposición «durch» rige las palabras «Vorbereitung der Beratungen»; no ocurre otro tanto en el texto italiano, en donde entre «mediante» y «organizzando consultazioni» existe una conjunción («e») que excluye el nexo sobre el que se funda la República Federal de Alemania, sustrayendo a su tesis toda plausibilidad (admitiendo, hipotéticamente, que aún hoy la tenga). Otra formulación distinta, pero desfavorable, igualmente, a tales tesis, tiene el texto francés, en donde la «organisation de consultations» se rige por un «par» distinto del que se refiere a los «études» y a los «avis».

Por el contrario, es exacto que «promover» no significa «obligar», ni en francés ni en italiano; pero es exacto con el diccionario en la mano. En efecto, la historia y la experiencia demuestran que la actividad de promoción puede concretarse de múltiples maneras, entre las que se encuentra ciertamente la ley. De esta manera, si el abogado Agnelli dice querer promover la nueva Fiat Duna, ni siquiera el maoísta más desconfiado le atribuirá la voluntad de conseguirla con ayuda de los jueces y de la policía. Pero cuando el Presidente Roosevelt se comprometía a promover el sindicalismo y, por ello mismo, un mejor clima en las fábricas americanas, los oyentes de sus «charlas junto a la chimenea» comprendían perfectamente que el objeto de esta promesa era la futura *National Labour Relations Act.*

Quisiera, sin embargo, atraer la atención del Tribunal sobre otro punto. Cualquiera que sea el significado del verbo «promover», la tarea a la que hace referencia es una «misión» que se confía al Ejecutivo. Pero «misión» quiere decir sobre todo deber; y, si esto es así, me parece obvio que el carácter obligatorio de la promoción se refleja en la naturaleza del resultado por ella perseguido, en el sentido de hacerla también obligatoria. En la lógica de los fines que el Tratado se fija y de los medios con los que los persigue; resulta, en efecto, inconcebible, que una institución *esté obligada* a hacer cooperar a los Estados y éstos tengan *el derecho* de no prestar a sus esfuerzos la debida colaboración. La colaboración es, en suma, obligatoria. Por otra parte, un jurista alemán que da una interpretación muy cauta del artículo 118 lo ha dicho con una particular claridad: el precepto —dice— impone a los Estados una obligación derivada del contenido y de los fines del propio Tratado. Los Estados no pueden sustraerse a ellos y, mucho menos, oponerse a las iniciativas de la Comisión en materia de promoción (Knolle, *loc. cit.*).

Pues bien, ¿cómo se inscribe en este marco —un marco, es preciso señalarlo, marcado por la presencia de dos obligaciones contrapuestas— la concertación de las políticas

migratorias? Apenas esbozado por la Comisión en el escrito de contestación a la demanda y en la dúplica, el nexo que une el objeto de la Decisión impugnada y los fines del Tratado se ha hecho plenamente evidente durante el procedimiento oral. Creo que dicho nexo puede proporcionar una clave de gran importancia para la solución de nuestro problema, por lo que debe examinarse con la mayor diligencia posible.

Como es sabido, el artículo 104 impone a los Estados miembros la tarea de «asegurar un alto nivel de empleo». Sin embargo, para la realización de este objetivo, el Tratado reserva un espacio bastante amplio a la acción de la Comunidad. Pienso, naturalmente, en las intervenciones financieras del Fondo Social Europeo (artículo 123) y en la política común de formación profesional (artículo 128). Pero, sobre todo, pienso en la libre circulación de trabajadores y en la consecuencia fundamental que de ella extrae el apartado 2 del artículo 48: «la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respcto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».

Este principio rige toda la materia. Por ejemplo, se ha afirmado —y, a mi parecer, correctamente— que también debe leerse a la luz de este principio el propio derecho «de responder a ofertas efectivas de trabajo», garantizado a los ciudadanos comunitarios por el apartado 3. Dicho con otras palabras, en virtud de dicho principio, cualquier particular que emigre hacia otro país puede inscribirse en la oficina de empleo para disfrutar de las posibilidades de contratación de las que se benefician sus propios ciudadanos (Gaja «I lavoratori stranieri in Italia. Problemi giuridici dell'assunzione», *AA. VV.*, Bolonia 1984, p. 124). En el problema que nos ocupa, sin embargo, el efecto más significativo de la prohibición de discriminación es el relativo a los trabajadores de terceros países; y podemos definirlo de la manera siguiente: en el acceso a los puestos disponibles, los ciudadanos del resto de los Estados miembros se benefician, respecto a los trabajadores de terceros países, de la preferencia otorgada a los nacionales.

Por lo tanto, la prioridad de los trabajadores comunitarios es un principio que se deriva del propio Tratado; no obstante, debieron transcurrir diez años para que se enraizara en el Derecho derivado. A penas son visibles sus huellas en el primer reglamento de aplicación de los artículos 48 a 51 (Reglamento nº 15 de 26 de agosto de 1961, DO 57, p. 1073). En efecto, el artículo 43 invita a los Estados a elaborar sus políticas teniendo presente la situación de los mercados de los otros cinco países y, por ello, esforzándose en recurrir a los ciudadanos extracomunitarios tras haber cubierto «los empleos disponibles objeto de ofertas anónimas, con trabajadores provenientes de Estados miembros en los que existe un excedente de mano de obra». Posteriormente se adoptó el Reglamento nº 38/64, de 25 de marzo de 1964 (DO 62, p. 965). En este Reglamento la invitación se convierte en prescripción, pero su alcance se ve reducido: los Gobiernos sólo deben tener en cuenta la prioridad en el acto de examinar el informe sobre el Estado del empleo que la Comisión presenta anualmente.

La prioridad se convierte en objeto de una auténtica situación jurídica con el Reglamento nº 1612/68. En efecto, es concebida como derecho en el sexto considerando de la exposición de motivos, que la pone en relación con el principio de no discriminación, se define como derecho en el apartado 2 del artículo 1, y, lo más importante, se garantiza como derecho en los artículos 15 y 16 por medio de un mecanismo particular de compensación (SEDOC). Una vez al mes

como mínimo los Estados deben remitir a la Oficina Europea de Coordinación una relación detallada por profesión y región: a) de las ofertas de empleo no cubiertas por la mano de obra nacional; b) de las solicitudes de empleo de aquellos particulares dispuestos a ocupar un empleo en otros países. Las candidaturas se presentarán a los empresarios «con igual prioridad que la concedida a los trabajadores nacionales con respecto a los ciudadanos de los Estados no miembros» y se prescribe que el Estado interesado podrá dirigir ofertas a estos últimos tan sólo cuando considere insuficiente la disponibilidad de ciudadanos comunitarios. Las oficinas nacionales de empleo deberán dirigirse a los servicios correspondientes de terceros países una vez transcurridos dieciocho días a partir de la recepción de las solicitudes de los trabajaodres comunitarios.

Ha de quedar claro que estos preceptos no deben subestimarse: es obvio, por ejemplo, que están lejos de poseer el carácter incisivo de las disposiciones vigentes en materia de política comercial común (véase el caso de la gestión de los contingentes). Pero esto cuenta poco. Lo que cuenta, en mi opinión, es que, en virtud de estos preceptos, al principio de prioridad se le reconoce un cierto papel de garante de la libertad reconocida en los artículos 48 a 51: un papel que, si no discute la competencia de los Estados en lo relativo al acceso al trabajo de los ciudadanos de terceros países, se opone totalmente a un ejercicio de estos poderes de forma tal que entorpezca el derecho de los trabajadores comunitarios a desplazarse dentro de la Comunidad (véase, en este sentido, Gaja, *op. cit.*, p. 135). Creo que, en este marco, la concertación de las políticas migratorias reviste un relieve de primer plano. Piénsese en el efecto que dicha concertación habría tenido en lo dispuesto en una recientísima medida adoptada por el legislador italiano, sin apreciar las posibles consecuencias distorsionantes que podían derivarse de ella en relación con los socios europeos o con la Comisión: aludo a la Ley nº 943, de 30 de diciembre de 1986, en materia de empleo de trabajadores extracomunitarios y de inmigración clandestina (GURI nº 8 de 12.1.1987, p. 3).

15. Hemos llegado a las siguientes conclusiones: a) que la colaboración contemplada en el artículo 118 es una obligación; b) que entre concertación en materia de políticas migratorias y libre circulación de trabajadores existe una relación bastante estrecha. Procede ahora cuestionarse si la Comisión podía hacer respetar la primera y hacer valer plenamente la segunda sin recurrir a un acto de carácter imperativo. Por lo demás, este examen es obligado. Como se recordará, el Gobierno alemán imputa a la institución el no haber aprovechado suficientemente los numerosos y menos cuestionables recursos que le ofrecen el Tratado y el Derecho derivado, tanto más cuanto, con la resolución de 16 de julio de 1985, se había instado a la Comisión a hacer uso de ellos. En una declaración anexa a esta última puede leerse, en efecto, que «la cooperación y la concertación entre Estados miembros deberán incluir, en primer lugar, una mejora del procedimiento en el seno de las instancias ya existentes [...] en materia de libre circulación de trabajadores».

La imputación carece de fundamento. Las instancias a que se refiere el Consejo son, en primer lugar, los comités consultivo y técnico instituidos por los artículos 24 y 32 del Reglamento nº 1612/68. Ahora bien, vamos a ver inmediatamente que la Comisión ha hecho un uso muy amplio del segundo. Si bien es cierto que, por el contrario, no se ha servido del primero. Pero, ¿podía recurrir a él? Yo lo dudo mucho. En efecto, en el comité consultivo, junto a los funcionarios de la Comisión y a los representantes de los

Estados, se sientan los delegados de las fuerzas sociales; por lo tanto, su composición no es de aquellas que hacen posible el desarrollo de debates serenos y abiertos cada vez que la materia objeto de concertación exija un *modicum* de reserva. Añadamos —es un argumento *ad hominen*, pero tiene su peso— que el Gobierno de Bonn, más que cualquier otro ha imputado a la Decisión no haber tenido debidamente en cuenta la exigencia de discreción (véase, *supra*, punto 9, *in fine*).

Vienen despues los mecanismos previstos en los artículos 13, 14 y 19 de la misma fuente de Derecho; pero, a mi entender, éstos tampoco son adecuados para el tipo de concertación que la Comisión pretendía organizar. El primero, por ejemplo, se dirige a los servicios de empleo de los Estados miembros, cuando es evidente que solamente los Gobiernos pueden ser los protagonistas de una concertación eficaz; el segundo obliga a los Estados a transmitir información de tipo estadístico, idónea, en el mejor de los casos, para determinar las necesidades previsibles de mano de obra. Más interesante es la tercera disposición, que en 1979 la propia Comisión señaló como un posible acercamiento procesal a su iniciativa (véase, *supra*, punto 5), es más interesante pero, sin embargo, no mucho más útil. Dicha disposición, en efecto, permite: a) recabar información, pero únicamente sobre los resultados del mecanismo de compensación y sobre el número de puestos de trabajo ocupados por trabajadores extracomunitarios; b) mantener reuniones de concertación, pero solamente dos veces al año y en un marco reducido, como es el informe que la Comisión prepara a partir de las informaciones nacionales.

De cualquier manera, la fragilidad o la inadecuación de los instrumentos a los que acabamos de pasar revista no impidieron a la Comisión invitar o, incluso, persuadir a los Gobiernos para que se concertasen voluntariamente. Este experimento se desarrolló en el seno del comité técnico, siguió adelante durante todo un quinquenio a partir de principios de 1980 y se resolvió con un completo fracaso. Los Estados concibieron, en efecto, la concertación a la que les llamaba el Ejecutivo como una mera información recíproca sobre las medidas ya adoptadas y sobre sus efectos internos; dicho con otras palabras, aplicaron a esta concertación los criterios que inspiran las reuniones que se desarrollan sobre temas análogos en el ámbito de organizaciones internacionales como el Consejo de Europa. Los ejemplos que, a este respecto, nos ha ofrecido el Agente de la Comisión no pueden ser más elocuentes.

El Consejo de Europa había convocado para mayo de 1980 una conferencia de los Veintiuno en materia de políticas migratorias y el Ejecutivo consideró oportuno invitar a los Estados miembros a que participaran adoptando una postura común. Convocó una reunión a tal efecto para el 20 de febrero. Puesto que el artículo 118 prevé la posibilidad de organizar consultas para los problemas «que interesen a las organizaciones internacionales», el tema del orden del día —intercambio de ideas para una coordinación de las distintas posturas— era, sin duda alguna, ortodoxo. A pesar de todo, el delegado de la República Federal de Alemania declaró que habría sido más procedente abstenerse de todo intento de coordinar las posturas de los Estados, y el francés llegó incluso a cuestionar la competencia del comité técnico para hacer frente a problemas de este tipo (véase, *supra*, punto 6).

En los encuentros que tuvieron lugar el 21 de octubre de 1980, el 6 de diciembre de 1983 y el 22 de enero de 1985, los representantes de los Gobiernos se negaron, por el contrario, a informar al comité sobre materias distintas a las medidas vigentes o, cuando menos, a las ya aprobadas. Sin embargo, el episodio más significativo tuvo lu-

gar durante la reunión celebrada el 9 de diciembre de 1982. El representante francés anunció que su Gobierno había adoptado una decisión relativa a la expulsión del país de todos aquellos extranjeros que se encontraran en situación irregular y el delegado belga le preguntó —creo que con toda razón, a partir del momento en que su Estado podía verse afectado por tales medidas— en qué frontera se desarrollaría la operación. Pero la respuesta que obtuvo el incauto fue seca: las medidas de expulsión —afirmó— se llevarán a cabo con escolta policial.

16. Podemos concluir, en definitiva, que en 1985 la Comisión había agotado el arsenal de instrumentos ordinarios y de carácter no imperativo concebidos por su fantasía o puestos a su disposición por la ley. Imputar a la Comisión, como hace Alemania, no haber dirigido una recomendación no parece, en efecto, más que un pretexto. Los documentos de 23 de marzo de 1979 y de 9 de junio de 1983 poseen una riqueza de contenido y una capacidad de persuasión no inferior, ciertamente, a aquélla de que es capaz el medio previsto en el segundo guión del artículo 155; y donde los primeros habían fracaso no podía, desde luego, triunfar el segundo.

Por lo tanto, sobre un trasfondo de frustraciones tanto más amargas cuanto sus responsables, los Estados, se manifestaban desde la Tribuna del Consejo cada vez más pródigos en invitaciones a la acción; sobre un trasfondo de este tipo —decía— debe juzgarse la opción en favor de institucionalizar la concertación con un acto de carácter imperativo: y el fallo no puede ser otro que absolutorio. Por lo demás, en este sentido se orienta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: jurisprudencia que, para entendernos, autoriza a interpretar las normas de manera que las haga aplicables desde una perspectiva práctica, y a extraer de ellas, en la medida de lo posible, un efecto útil. Al decir esto, entiéndase bien, no pienso en los pocos pronunciamientos que han dotado a la Comunidad de competencias no expresamente atribuidas por el Tratado, recurriendo, para ello, a la clásica *prueba* de Marshall en el asunto McCulloch contra Maryland [17 US (4 Wheat. 316, 421, 1819)]. El porqué es evidente. Servirse del principio de efectividad en el caso que nos ocupa, no significa invocar la doctrina de los poderes implícitos, quiere decir tan sólo —y esto lo ha hecho el Tribunal de Justicia en más de una ocasión— interpretar extensivamente una «competencia tasada».

Repito ideas en las que ya me he detenido largamente. El artículo 118 no plantea un problema de competencia. A la Comisión se le reconoce de la manera más clara posible la competencia para promover una colaboración estrecha entre los Estados. Pero aún hay más: colaborar, nos hace entender la norma, es un deber para los Estados que no sólo no pueden ni eludirlo ni sustraerse a las iniciativas de la parte demandada, sino que están, incluso, obligados a facilitarlas. Lo que falta en el precepto, haciendo de él una *lex imperfecta*, como habría dicho Ulpiano, es, por lo tanto, otra cosa: la mención explícita de algún tipo de instrumento que haga exigible en concreto (hasta, ¿por qué no decirlo?, la posibilidad de imponer sanciones) y articule en conductas puntuales el cumplimiento de dicha obligación.

Ahora bien, creo que, sobre la base de lo dicho hasta el momento, colmar una laguna de este tipo no es un abuso y ni tan siquiera una opción particularmente ardua o arriesgada. Por el contrario, quien esté de acuerdo en el hecho de que también se puede «promover» u «organizar» por medio de la actividad legislativa, que tenga en cuenta que el objetivo principal, el *primum et porro unum* de la Decisión impugnada, es evitar contradicciones entre las políticas migratorias de los Estados y una de las cuatro «grandes libertades»; quien, además de esto,

recuerde el escaso éxito de los intentos dirigidos a alcanzar este objetivo dentro de un marco desprovisto de carácter imperativo, no tendrá dificultad alguna en admitir que el hecho de leer el artículo 118 como si incluyera el instrumento al que he aludido es, de alguna manera, una obligación: la única manera de desbloquear la «paradoxical situation» a que da lugar la disposición, permitiéndole desplegar toda su eficacia potencial o, mejor aún, haciendo posible una aplicación racional de dicho precepto.

17. Llegados a esta conclusión, las restantes alegaciones que los recurrentes han invocado en apoyo del motivo principal pierden gran parte de su eficacia. Sin embargo, estimo un deber dedicarles, aunque sea en tropel, algunas breves observaciones.

El Tribunal recordará que Alemania y el Reino Unido han mantenido que la enumeración de los medios de acción previstos en el artículo 118 es taxativa y que reivindicar otros medios de acción o modos distintos de utilizarlos entra en conflicto con el artículo 4. Una praxis de treinta años nunca impugnada demuestra que, en realidad, esta enumeración no es «exhaustiva«, sino meramente ejemplificativa: me refiero a la larga serie de recomendaciones para cuya adopción la Comisión se ha basado en el precepto que nos ocupa y, naturalmente, a las dos Decisiones de 1974 (en el mismo sentido, véase Knolle, *loc. cit.*). Me parece, por otra parte, que en el caso de autos no es de recibo el recurso al artículo 4. Este artículo menciona, en efecto, las instituciones de la Comunidad y prescribe que cada una de ellas deberá actuar dentro de los límites de las facultades que le han sido atribuidas; pero no ofrece ningún elemento de juicio que pueda iluminarnos sobre los medios de acción o sobre las competencias correspondientes a dichas facultades.

No menos débiles me parecen las alegaciones que tienen su origen en la sentencia Defrenne III y en las palabras «la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros», iniciales del párrafo 2 del artículo 118. Por lo que respecta al primer punto, procede hacer constar que la sentencia aludida tiene por objeto la interpretación del artículo 119 y que las afirmaciones relativas al precepto que nos ocupa se incluyen en un breve *obiter dictum*. Pero, además, al declarar que el artículo 119 posee «un carácter *esencialmente* programático» el Tribunal no excluye de raiz que dicho artículo contenga disposiciones inmediatamente aplicables. Por lo que respecta a la forma en que comienza el párrafo 2, diré que la conclusión que de ésta extrae Alemania —el Ejecutivo no puede adoptar actos unilaterales— carece de toda motivación. Si acaso, lo que demuestra la génesis del texto es, más bien, lo contrario. Dicho texto es, en efecto, el fruto de un compromiso por el que se rechazó la siguiente proposición de un jefe de delegación: «La Commission peut demander au Conseil de procéder à des échanges de vues des différents gouvernements au sujet des problèmes sociaux [...]» (Neri y Sperl: *Traité instituant la Communauté économique européenne*, etc., Luxemburgo 1960, pp. 297 y ss.).

Dediquemos dos palabras más sobre las alegaciones que imputan al acto no haber tenido suficientemente en cuenta las exigencias derivadas de la discreción y de la urgencia. Creo que la discreción está ya suficientemente tutelada por el artículo 214, que impone a los funcionarios y agentes de la Comunidad la obligación de no divulgar aquellas informaciones cubiertas por el secreto profesional; por otra parte, las disposiciones que Alemania juzga peligrosas es posible encontrarlas también, sin variaciones apreciables, en cualquier otra normativa de las que instituyen procedimientos de consulta (véase el apartado 2 del artículo 4 de la Decisión 74/393 del Consejo, de 22 de julio de 1974, DO L 208, p. 23; EE 11/05, p. 116). La segunda exigencia raramente se presenta en el caso de las políticas migratorias, y, en cualquier caso, el acto impugnado tiene esto bien presente al establecer que,

transcurridos quince días a partir de la notificación del proyecto de medida, la concertación deberá tener lugar apenas el Gobierno interesado lo solicite. Por esta razón, dicho Gobierno deberá presentar el proyecto cuanto antes y, en cualquier caso, en tiempo útil.

18. Pasemos a examinar el motivo invocado con carácter subsidiario. Como se recordará, este motivo se fundamenta en dos imputaciones, de la segunda de las cuales —motivación insuficiente— ya he tenido ocasión de ocuparme en gran parte en el punto 12. Por lo que respecta a esta imputación tan sólo nos queda examinar la alegación que los Países Bajos basan en la redacción del acto que nos ocupa. De acuerdo con lo afirmado por los Países Bajos, dicho acto adolece de escesivas lagunas, y es demasiado impreciso y contradictorio como para que sus destinatarios identifiquen con certeza el alcance de las obligaciones que se les impone.

La observación carece de base. En primer lugar, tengo serias dudas de que el defecto que los Países Bajos imputan al acto que nos ocupa constituya un auténtico vicio sustancial de forma. Permítaseme añadir que, en mi opinión, la medida peca, si acaso, por exceso de minuciosidad o dè pedantería; y que precisamente esta característica hace que los Estados vean en dicha medida una amenaza intolerable para su soberanía (véase, *supra*, punto 7). En cualquier caso, permítaseme recordar a quien no comparta mi opinión que, al pronunciarse sobre su validez de un acto también impugnado por infracción del artículo 190, el Tribunal estableció que «aun admitiendo que los párrafos señalados no hayan sido redactados con toda la precisión deseable, esta circunstancia, sin embargo, no ha impedido ni a los recurrentes ni al Tribunal de Justicia hacerse una idea cabal de su alcance» (sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 70-48, 50, 54-56, 111, 113 y 114/73, Rec. 1975, p. 1663, apartado 118).

Nos queda, por último, la imputación basada en que el Comité Económico y Social no ha sido consultado. Tengo que admitir que esta alegación debe estimarse, aun doliéndome de ver como resbala sobre la clásica piel de plátano una normativa que, por lo demás, estimo indispensable y correcta. Con toda certeza, Alemania tiene razón cuando afirma que los motivos por los que se previó la consulta en el caso de los dictámenes se hacen aún más imperativos cuando el Ejecutivo recurre a un acto capaz de generar efectos obligatorios. Dicho en otros términos: poner el acento en el silencio que, a este respecto, guarda el artículo 118 es un argumento carente de todo valor. Para ser más preciso: no me parece coherente ni elegante interpretar los dos primeros párrafos de la disposición con ayuda de un principio tan audaz como el de la efectividad para atrincherarse después, al examinar el tercero tras la más rancia exégesis literal.

Los autos no nos dicen por qué la Comisión ha podido omitir el trámite de consulta al CES. El hecho de que en el pasado la Comisión le haya presentado todas sus recomendaciones, sobre las que igualmente calla el artículo 118 (véase, *supra*, punto 4), induce a imputar la infracción objeto de examen a la precipitación que dominó el *iter* del acto en su fase final. Pero esto no la hace menos injustificable. Las disposiciones de Derecho objetivo previstas en nuestra norma, y en otras similares que se encuentran en el Tratado, son todo menos banales. Un jurista italiano observó que estas disposi-

ciones de carácter formal se previeron «para garantizar el respeto del equilibrio de poderes instituido por el Tratado, haciendo posible que órganos que expresan los distintos intereses participen en la formación del acto» (Tizzano: *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Nápoles 1967, pp. 334 y ss.); y añadió a esto el Tribunal de Justicia que entre sus fines figura el de garantizar un máximo de «circunspección y [de] prudencia» en la confección de las disposiciones de las que debe conocer (sentencia de 21 de marzo de 1955, Países Bajos/Alta Autoridad, 6/54, Rec. 1955, vol. I, p. 201).

Pues bien, creo que este litigio confirma plenamente la pertinencia de tales observaciones. Es probable, en efecto, que el sondeo de un órgano con la composición del CES, hubiese inducido al Ejecutivo a corregir su Decisión, bien limando los ángulos más agudos, bien modificando su estructura en el sentido de dar mayor relevancia a la tutela de la prioridad comunitaria. Y como ya he dicho, no puede excluirse que una actuación semejante hubiese evitado los recursos que nos ocupan y la paralización consiguiente de la concertación prevista en el acto.

19. Por todo lo dicho, sugiero al Tribunal de Justicia:

a) que declare inadmisibles, por tardíos, los recursos interpuestos por el Reino de los Países Bajos (asunto 284/85), por el Reino de Dinamarca (asunto 285/85) y por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (asunto 287/85);

b) estime los recursos interpuestos por la República Federal de Alemania (asunto 281/85) y por la República Francesa (asunto 283/85), y que, por tanto, anule la Decisión 85/381 de la Comisión, de 8 de julio de 1985, por la que se establece un procedimiento de notificación previa y de concertación sobre las políticas migratorias en relación con terceros países; en la medida en que adolece de vicios sustanciales de forma.

Por lo que respecta a las costas, considero equitativo que cada parte, comprendidas las partes coadyuvantes, y como consecuencia de la complejidad y novedad de las cuestiones tratadas, soporte sus propias costas.