

EL NUEVO TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA DE LA UEM: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE UNA PECULIAR REFORMA REALIZADA FUERA DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES * **

- I. ASPECTOS GENERALES: LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA NECESIDAD DE REFORZAR SU DIMENSIÓN ECONÓMICA.
- II. LA VÍA DE UN NUEVO TRATADO AL MARGEN DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS: UNA OPCIÓN EXCEPCIONAL POR DESCARTE Y CONDICIONADA POR LA FALTA DE UNANIMIDAD.
- III. PRINCIPALES MEDIDAS DEL NUEVO TRATADO: PACTO PRESUPUESTARIO, COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y GOBERNANZA DE LA ZONA EURO.
- IV. PRINCIPALES INTERROGANTES JURÍDICOS E INSTITUCIONALES DEL NUEVO TRATADO: LA ENTRADA EN VIGOR Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO E INSTITUCIONES DE LA UNIÓN.
 1. ENTRADA EN VIGOR: EN BUSCA DE LA MAYOR RAPIDEZ Y FLEXIBILIDAD POSIBLE.
 2. LAS RELACIONES DEL NUEVO TRATADO CON LAS INSTITUCIONES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN: LA (DESEABLE) SUBORDINACIÓN A LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LA UE.

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Departamento de Derecho Público General, Universidad de Salamanca, España. Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER 2009/13679) y del que el firmante de esta contribución es su investigador principal.

** Con posterioridad a la elaboración de este trabajo el autor ha sido nombrado Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Las afirmaciones y opiniones recogidas en estas páginas son imputables únicamente a su autor y en modo alguno vinculan a la institución para la cual ahora trabaja.

- A. *Opción intergubernamental con inserción parcial de la Comisión y el Tribunal de Justicia.*
 - B. *Subordinación jurídica del nuevo tratado al derecho de la UE (originario y derivado).*
- V. OTRAS MEDIDAS DE DERECHO DERIVADO DE LA UE: UN ÚTIL INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO, PERO DE APLICACIÓN LIMITADA.
- 1. INSTRUMENTOS DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA: LA SUPUESTA INSUFICIENCIA DE LAS BASES COMPETENCIALES EXISTENTES EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS.
 - 2. LA CLÁUSULA DE IMPREVISIÓN: EL ESCOLLO DE LA UNANIMIDAD Y LA RESISTENCIA ALEMANA.
 - 3. LAS COOPERACIONES REFORZADAS: UN INSTRUMENTO INADECUADO PARA LA ACTUACIÓN EN MATERIA MONETARIA.
- VI. CONSIDERACIONES FINALES: EL NUEVO TRATADO COMO CURA DE URGENCIA PROVISIONAL Y TRANSITORIA.

I. ASPECTOS GENERALES: LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA NECESIDAD DE REFORZAR SU DIMENSIÓN ECONÓMICA

El pasado 2 de marzo de 2012 veinticinco de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea —todos salvo Reino Unido y la República Checa— firmaron el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (en adelante, TECG). Se trata de la plasmación jurídica de los postulados y objetivos que con gran detalle había fijado previamente la Declaración de los Estados miembros de la zona euro¹ con ocasión de la reunión del Consejo Europeo de diciembre de 2011².

En principio, nada tiene de novedoso que en la Unión Europea se plantee la necesidad de adoptar nuevos tratados para acomodar su Derecho originario a las exigencias económicas, políticas y sociales de cada concreto momento histórico. De hecho, el continuo proceso de adaptación de ese Derecho originario está adquiriendo tintes más propios del mito de Sísifo que de un proceso político al uso, ya que no termina de alcanzarse la cima de una reforma y, casi de inmediato, se precipita la siguiente³. Tampoco es realmente

¹ Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro de 9 de diciembre de 2011.

² Consejo Europeo de 8 y 9 de diciembre de 2011, Conclusiones finales.

³ Así, visto con cierta perspectiva histórica, mientras se digería el éxito de la consecución del mercado único sin fronteras interiores que fijó el Acta Única Europea se gestó el Tratado de Maastricht. No se habían superado aún las fases previstas en este tratado para alcanzar su objetivo básico (implantación de una moneda única) y ya se había aco-

novedoso que el proceso de integración europea se vea enfrentado a complejas situaciones de crisis. En realidad, la historia comunitaria ha estado jalonada de momentos de profundas crisis, ora de carácter institucional (crisis de la silla vacía), ora económica (crisis del petróleo), ora de ambos tipos (crisis de los ochenta). No obstante, este nuevo tratado y el contexto en el que se desenvuelve sí presenta algunas peculiaridades que difícilmente pueden pasar desapercibidas en su análisis jurídico.

En primer lugar, en relación al momento en que se produce, lo cierto es que el TCEG rompe abruptamente con la extendida sensación que se tenía tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) de que tanto a la Unión como a sus Estados miembros se les habían quitado las ganas de aventurarse en nuevas reformas. Ello tampoco era de extrañar dado que la exigencia de ratificación por *todos* los Estados miembros había empezado a convertirse en una suerte de 'ruleta rusa' en la que la bala que implicaba un reparo a la ratificación tan pronto caía en las siempre imprevisibles Dinamarca o Irlanda (Tratado de Maastricht, Tratado de Niza) como podía corresponder a socios fundadores fiables como Francia o Países Bajos (Tratado Constitucional), amén de un Reino Unido siempre dispuesto a dar la nota discordante⁴.

En segundo lugar, en relación con el contexto en que surge el actual tratado y sus precedentes, a nadie se le escapa que la crisis económico-financiera que se desencadenó en 2008 está resultando mucho más grave y profunda que las anteriores, a la par que está poniendo en jaque valores que constituyen la esencia de la integración europea y poniendo en evidencia la falta de instrumentos suficientes para poder actuar correctamente en el marco de la Unión Económica y Monetaria (en adelante, UEM). En realidad, con el inicio de la crisis en 2008 entramos en una delicada situación en la que la Unión

metido la preparación de una nueva reforma que profundizara en los aspectos que aquél había dejado en el limbo intergubernamental (especialmente las cuestiones de inmigración y asilo). De forma parecida, poco después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se emprendió otro importante proceso reformador con el objetivo de adaptar el habitáculo comunitario para acomodar en su interior al cuádruple de inquilinos originarios. Y apenas se había materializado el 'parto de los montes' al que finalmente quedó reducida la reforma de Niza se comenzó sin solución de continuidad con la tarea titánica de elaborar un Tratado Constitucional, que tras no pocas vicisitudes dio lugar *in extremis* al Tratado de Lisboa.

⁴ No obstante, al margen de las actuaciones marcadas por la crisis económica, cabe recordar que apenas entró en vigor el Tratado de Lisboa se aprobó el Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al TUE, al TFUE y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Bruselas el 23 de junio de 2010.

ha ido poniendo remiendos de dispar naturaleza y base jurídica sin terminar de lograr el fin perseguido⁵. Se comenzó con un *Mecanismo de Asistencia Financiera* (MAF), aprobado por un Reglamento fundamentado en la cláusula de imprevisión prevista en los tratados constitutivos, y concebido para ayudar a los países que no forman parte de la zona euro⁶. Posteriormente, una vez que el paquete de préstamos bilaterales a Grecia se manifestó claramente insuficiente⁷, para ayudar a los países con dificultades de la zona euro se aprobaron tanto la *Facilidad Europea de Estabilidad Financiera* (FEEF)⁸, mediante un tratado internacional, como el *Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera* (MEEF), a través de un reglamento⁹. Por último, antes de recalcar en el TCEG que aquí nos ocupa, se recurrió al mecanismo de la reforma simplificada de los tratados constitutivos (artículo 48.6 TFUE)¹⁰ para introducir un

⁵ Para un análisis de los mecanismos de asistencia financiera desde la perspectiva del Derecho Internacional, véase PASTOR PALOMAR, A., «Eurozone rescue mechanisms: A new 'Euro-plus' International financial law complementary to the EU law», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *Seminario científico sobre Derecho Internacional y comparado: aspectos de carácter público y privado relacionados con los derechos humanos*, Instituto Suizo de Derecho Comparado y Universidad de Alcalá de Henares (en prensa).

⁶ Reglamento 431/2009 del Consejo, de 18 de mayo de 2009, que modifica el Reglamento 332/2002 por el que se establecía un mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pago de los Estados miembros, *DO L* 128 de 27.5.2009, p. 1. Conforme a su artículo 1, «el importe máximo del principal de los préstamos que pueden concederse a los Estados miembros en virtud de este mecanismo es de 50.000 millones de EUR». Su base jurídica fue, en efecto, la cláusula de imprevisión (antiguo art. 308 TCE, en la actualidad art. 352 TFUE) y se ha empleado para conceder créditos a Hungría, Letonia y Rumanía.

⁷ Cfr. Acuerdo de Servicio de Préstamo entre los Estados miembros cuya moneda es el euro, de 8 de mayo de 2010, por un montante de 80 millones de euros; *BOE* de 13.5.2010, núm. 117, p. 42155. Este Acuerdo ha tenido dos enmiendas en marzo de 2012; *BOE* de 13.4.2012, núm. 89, p. 29349.

⁸ Esta Facilidad se creó mediante acuerdo internacional (Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera) entre los Estados miembros de la zona euro y con posibilidad de alcanzar los 440.000 millones de euros; *BOE* núm. 164, de 11 de julio de 2011, p. 76137.

⁹ Se creó, empleando como base jurídica el artículo 122.2 TFUE, mediante el Reglamento 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera, *DO L* 118 de 12.5.2010, p. 1. Este MEEF se desenvuelve, a diferencia de lo que ocurre con la FEEF (vid. nota anterior), dentro del ámbito institucional de la Unión. Su dotación era, sin embargo, de tan sólo 60.000 millones de euros.

¹⁰ Decisión del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro, *DO L* 91 de 6.4.2011, p. 1.

nuevo apartado tercero en el artículo 136 TFUE¹¹ que permitiese crear un nuevo mecanismo estable y suficientemente dotado¹²; sobre su base se ha creado mediante un tratado internacional el *Mecanismo Europeo de Estabilidad* (MEDE)¹³, cuya entrada en vigor se preveía para el 1 de julio de 2012 (aún pendiente) y cuya concesión de préstamos quedará condicionada a partir de marzo de 2013 a la propia ratificación del TCEG. Al final, a pesar de toda esta cascada de acciones, en el invierno de 2011 y primavera de 2012 se ha llegado a una situación de riesgo extremo en la que la impotencia mostrada por la Unión Europea durante 2010 y 2011 para adoptar medidas para combatir eficazmente la crisis económica y financiera¹⁴ ha dejado aflorar incluso la posibilidad de salida de algún Estado de la zona euro y con ello el correla-

¹¹ Este nuevo apartado del artículo 136 prevé lo siguiente: «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas».

¹² El MEDE tiene un capital autorizado de 700.000 millones de euros (art. 8) —durante el plazo de tiempo existente hasta la completa extinción de la FEEF su capital será de 500.000 millones de euros (art. 39)— cuya clave de reparto entre los Estados oscila entre el 0,07% de Malta y el 27,14 % de Alemania (anexo I).

¹³ El tratado constitutivo del MEDE se firmó por los 17 Estados cuya moneda es el euro el 2 de febrero de 2012. Su forma jurídica es la de una ‘institución financiera internacional’ (art. 1.1), está dotado de personalidad jurídica propia (art. 32.2) y su sede estará en Luxemburgo (art. 31.1)

¹⁴ Las reiteradas decisiones fallidas del Consejo Europeo, adoptadas sucesivamente durante 2010 y 2011 para intentar atajar definitivamente la hemorragia producida por la delicada situación de países como Grecia, Irlanda o Portugal, dejó a la luz la impotencia de la Unión para encarar con eficacia la crisis. Fuese por incapacidad institucional para alcanzar los acuerdos necesarios o fuese por falta de decisión política del país que en estos momentos marca el rumbo político europeo, lo cierto es que a finales de 2011 la Unión se situó en un delicado contexto de grave deterioro de la situación económica y financiera que hacía del todo punto imprescindible adoptar por fin medidas extraordinarias que resultasen adecuadas y suficientes para superar de una vez la indecisión con la que había venido actuando la Unión Europea. En este escenario, el Consejo Europeo de la Unión Europea de diciembre del pasado año exigía, como esta institución reconoció en sus propias conclusiones finales, poner en práctica rápida y enérgicamente nuevas medidas para afrontar la crisis; Conclusiones del Consejo Europeo de 9 de diciembre de 2011, apdos. 1 a 6. Véase, por ejemplo, el análisis previo a las decisiones del Consejo Europeo de 9 de diciembre que hizo LÓPEZ ESCUDERO, M., «La Unión Europea ante la crisis económica y financiera», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2011, núm. 39, pp. 353-366; *ib.*: «La politique de change de l'euro», *Cahiers de Droit Européen* 2011, vol. 47, pp. 369-432.

tivo temor a una fractura del euro, con las posibles consecuencias que ello acarrearía para el futuro del propio proceso de integración¹⁵.

En tercer lugar, desde una perspectiva netamente jurídico-institucional, el contenido del nuevo tratado viene a paliar una de las principales deficiencias del Tratado de Maastricht, a saber, intenta regular lo que se debería haber hecho al regular la arquitectura institucional y competencial de la Unión Económica y Monetaria¹⁶. Una zona euro sin amplias competencias fiscales, sin política presupuestaria común y sin coordinación de las políticas económicas ha resultado claramente deficiente en una situación de crisis asimétricas e intereses (económicos y monetarios) contrapuestos entre los diferentes Estados que conforman esa UEM. No obstante, el aspecto más peculiar del nuevo tratado no es de carácter material; es precisamente su forma de celebración. Ello es así porque su contenido afecta directamente a materias que son competencia de la Unión, como son la política monetaria, el control presupuestario y la coordinación económica. Su procedimiento de celebración se ha realizado, empero, al margen de los procedimientos de revisión previstos *ad hoc* en los tratados constitutivos de la UE (artículo 48 TUE). Es, por tanto, un tratado internacional que formalmente no modifica los tratados constitutivos de la Unión pero regula materias propias de los mismos ligadas a la UEM e incluso encomienda labores de relevancia a instituciones de la UE. Además, para mayor complicación, han quedado fuera dos Estados miembros de la Unión (Reino Unido y República checa), a la vez que puede ser ratificado también por los Estados miembros de la UE que no forman parte de la zona euro.

A la vista de este significativo elenco de peculiaridades, merece la pena dedicar en las siguientes páginas unas sucintas reflexiones a diversas cuestio-

¹⁵ Joseph WEILER estimaba que era un error considerar que un fracaso del euro supondría la desaparición de la Unión; «Una Unión menospreciada por sus líderes», *El País* de 1 de diciembre de 2011. Pero lo cierto es que en el discurso político de ese momento era una realidad difícilmente ocultable, así como también estaba presente en el propio debate académico. Es más resulta difícilmente imaginable que una hipotética ‘salida’ de algún Estado de la zona euro no conlleve indefectiblemente restricciones importantes a aspectos nucleares de la UE, empezado por el mercado único.

¹⁶ Como establecía la ya citada Declaración de 9 de diciembre de 2011, su intención inequívoca es «avanzar hacia una unión económica más fuerte», para lo cual se requiere una actuación en dos direcciones: por un lado, lograr una nueva arquitectura reforzada para la Unión Económica y Monetaria que incluya un nuevo pacto presupuestario y una coordinación reforzada de las políticas económicas; por otro lado, desarrollar herramientas de estabilización para hacer frente a los desafíos que en el corto plazo plantean los mercados de deuda soberana»; Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro, *cit.*

nes jurídicas que sin duda animarán el debate europeo durante los próximos meses¹⁷. Así, comenzaremos por la llamativa cuestión de la vía empleada para la celebración del nuevo tratado (II) para a continuación esbozar el alcance de los principales compromisos materiales del tratado (III) y detenernos en considerar los principales interrogantes jurídicos e institucionales que esta atípica opción plantea (IV). Para finalizar, una vez precisadas brevemente las medidas de Derecho derivado que exigirá en el futuro su puesta en marcha (V), concluiremos con unas consideraciones finales de carácter crítico (VI).

II. LA VÍA DE UN NUEVO TRATADO AL MARGEN DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS: UNA OPCIÓN EXCEPCIONAL POR DESCARTE Y CONDICIONADA POR LA FALTA DE UNANIMIDAD

La dificultad fundamental a la que se enfrentó la elaboración de este tratado no fue, a diferencia de ocasiones anteriores, el proceso negociador de su contenido. Antes al contrario, el proceso de negociación y adopción del tratado resultó meteórico. Apenas transcurrieron tres meses desde la aprobación de la Declaración de 9 de diciembre de 2011 que fijaba el marco material y procedimental del nuevo tratado y la adopción del mismo. Una semana después de la celebración del Consejo Europeo existía ya un borrador de tratado¹⁸ a partir del cual el grupo de trabajo *ad hoc* tuvo dos reuniones (20 de diciembre de 2011 y 6 de enero de 2012) que resultaron suficientes para madurar un texto sobre el que 25 de los 27 Estados miembros de la UE pudieron llegar a un rápido acuerdo (30 de enero de 2012) y firmar (2 de marzo de 2012). El obstáculo fundamental que encontró el TCEG fue lograr un acuerdo sobre la vía jurídica sobre la que encarrilar la elaboración del tratado. Sin duda, el primer elemento que condicionaba esta elección venía dado por la posición que mantuvieran los Estados que no forman parte de la zona euro¹⁹. Si todos los Estados de la Unión hubieran esta-

¹⁷ No es esta la sede más adecuada para adentrarnos en cuestiones de índole económica y política a propósito de la pertinencia de unas medidas totalmente escoradas hacia la austeridad. Sobre ello puede verse, por ejemplo, el análisis de STEINBERG, F. - MOLINA, I., «Un renovado pacto de estabilidad (¿sin crecimiento?) para la UE», *ARI* 161/2011, 15.12.2011, Real Instituto Elcano, Madrid, 2011.

¹⁸ A diferencia de la denominación que finalmente adoptó este tratado, este primer borrador se denominaba *Draft International Agreement on a Reinforced Economic Union*.

¹⁹ Una valoración de las vías jurídicas posibles y la finalmente escogida por la Declaración del 9 de diciembre de 2011 la realizamos en nuestra contribución, «El nuevo tratado para reforzar la Unión Económica: una cura de urgencia excepcional y transitoria», *ARI* 1/2012, 10.01.2012, Real Instituto Elcano, Madrid, 2012.

do dispuestos a aceptar los cambios propuestos por los diecisiete miembros de la zona euro, los actuales tratados constitutivos podrían haber dado juego más que suficiente para encauzar la reforma dentro de los cánones marcados por los mismos. Pero la rotunda negativa del Reino Unido a respaldar la propuesta, así como su poco velado anticipo añadido de su intención de recurrir en anulación ante el Tribunal de Justicia todos los actos que se adoptaran por las instituciones de la Unión en posible violación del Derecho en vigor²⁰ colocó a los Jefes de Estado y Gobierno de la zona euro ante la tesitura de optar entre plegarse a las (inaceptables) cláusulas de excepción que demandaba el Reino Unido o, como finalmente ocurrió, lograr un acuerdo entre los Estados miembros que lo deseasen, aunque fuese al precio de tener que optar por una vía heterodoxa²¹.

En efecto, a nadie se le escapa que la vía ortodoxa para la modificación del Derecho originario es la marcada por el precepto que prevé un mecanismo *ad hoc* de revisión de los tratados constitutivos, sea de carácter ordinario (artículo 48.1 a 48.5 TUE) o sea mediante el procedimiento simplificado para la revisión de las disposiciones de la parte tercera del TFUE sobre políticas y acciones de la Unión (artículo 48.6 TUE). De hecho, el devenir natural hubiera sido sin lugar a dudas la primera de las citadas, pero no resultaba (políticamente) viable ni por el tiempo preciso para sacar adelante el nuevo tratado de reforma ni sobre todo por el riesgo que acarrearía la inevitable exigencia de posterior ratificación por *todos* los Estados miembros de la Unión. La segunda de las vías mencionadas —introducida precisamente por el Tratado de Lisboa para facili-

²⁰ Para un acercamiento exhaustivo a la posición sostenida por el Reino Unido durante el Consejo Europeo de 8 y 9 de diciembre de 2011, resulta particularmente informativo el trabajo *The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union: political Issues*, Research Paper 12/24, House of Commons, Londres, 2012.

²¹ Esa decisión, no exenta de cierto riesgo, se vio respaldada por la favorable acogida manifestada por el resto de Estados que no forman parte de la zona euro: Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía expresaron su intención de adherirse al proceso; y lo que es más relevante y novedoso, Dinamarca también indicó su intención de participación en el mismo, pese a contar con una cláusula *opting out* para el euro desde el Tratado de Maastricht; estas excepciones se recogen actualmente en los Protocolos núm. 16 y 17 sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca.

Para mayor allanamiento del camino, los tres Estados restantes no se opusieron, sino que decidieron consultar a sus respectivos parlamentos antes de adoptar una decisión al respecto (República checa, Hungría y Suecia), quedando al final tan sólo la República checa fuera del proyecto. El caso de Suecia es bien llamativo ya que hasta el momento se ha venido negando a participar en la tercera fase de la UEM a pesar de cumplir con los criterios de convergencia previstos al respecto; ahora sin embargo acata que la zona euro refuerce sus estructuras.

tar la entrada en vigor de reformas sobre las que existiera consenso entre todos los Estados y para las que el proceso ordinario podría considerarse especialmente largo y complicado— hubiera tenido la ventaja de acortar sustancialmente los plazos; se ahorrarían los trámites de convocatoria de convención (prescindible también en el procedimiento ordinario), de negociación y aprobación en el marco de una conferencia intergubernamental y por supuesto de la posterior ratificación. De hecho, fue la vía elegida para realizar la ya citada reforma del artículo 136 TFUE. Pero en ningún caso se puede obviar la exigencia de unanimidad en el Consejo Europeo ni tampoco la aprobación por *todos* los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales; además de tener el límite de no poder utilizarse para «aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados», cuestión ésta última no fácil de soslayar a la vista de algunos de los objetivos perseguidos por el TECG²².

Por motivos semejantes, tampoco resultaban factibles las posibles vías de recurrir a un Protocolo *ad hoc* (a Diecisiete o más)²³ y/o de utilizar el Acta de adhesión de Croacia —precisamente se firmó con ocasión del ese mismo Consejo Europeo— como vía para su ratificación. Ambos instrumentos hubieran garantizado ciertamente la consideración de su contenido como Derecho originario (artículos 49 y 51 TUE)²⁴. Pero lógicamente la entrada en vi-

²² No en vano, en España se ha considerado que implica una atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y, por tanto, la prestación del consentimiento requiere la previa autorización de las Cortes Generales conforme al artículo 93 de la Constitución; véase Dictamen de Consejo de Estado 362/2012 de 12 de abril de 2012. Por el contrario, la ya citada reforma del artículo 136 TFUE (*vid.* nota anterior) se hizo mediante el mecanismo del artículo 94 de la Constitución, a pesar de suponer una reforma de los tratados constitutivos ya que, por propia definición del artículo 48.6 TUE, la vía empleada autoriza tan sólo reformas que no supongan una atribución de nuevas competencias; véase Dictamen del Consejo de Estado 1565/2011, de 13 de octubre de 2011.

²³ Recuérdese que es el actual Protocolo 12 el que regula el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo previsto en el artículo 126 TFUE.

²⁴ De hecho, ese Acta de adhesión es la vía por la que en su momento se aceptó, por ejemplo, incorporar para la República checa una excepción a la Carta de Derechos Fundamentales semejante a la existente para Reino Unido y Polonia; Conclusiones del Consejo Europeo de 29 y 30 de octubre de 2009. Sobre esta base, el gobierno checo presentó el 5 de septiembre de 2011 una propuesta para la modificación de los Tratados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 TUE; CO EUR-PREP 33, de 6 de septiembre de 2011 (13840/11), Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República checa. La Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo se manifestó de manera crítica e «invitó al Consejo Europeo a que decida no examinar la modificación propuesta de los Tratados»; Proyecto de informe de 31 de octubre de 2011 (PE474.039v02-00).

gor del Acta —se prevé para el 1 de julio de 2013— planteaba una cierta dificultad (menor) y, lo que es más sobresaliente, tampoco eludía el problema fundamental de la falta de unanimidad, a la par que para Croacia entrañaba una cierta ‘toma de rehenes’ como consecuencia de un contenido totalmente ajeno al objeto de la adhesión.

En suma, a la vista de la posición abanderada por el Reino Unido, la única opción que quedaba por descarte era la de retomar la vía de un nuevo tratado celebrado *extra muros* de los tratados constitutivos. Supone, sin duda, adentrarse en la pantanosa controversia —podríamos denominarla gráficamente ‘Deliège-Sequaris *versus* Jean-Victor Louis’ en alusión a la surgida a principios de la década de los ochenta del siglo pasado²⁵— que discutía con argumentos solventes en ambos sentidos sobre la viabilidad jurídica de celebrar este tipo de tratados paralelos al margen del procedimiento de reforma expresamente previsto por los tratados constitutivos. A nuestro entender, como sostuvimos en la discusión que surgió con fuerza cuando en su momento hubo que buscar una salida política y jurídica al ‘no’ danés sobre el Tratado de Maastricht, creemos que si los Estados regulan mediante un tratado de este tipo algo que contradiga o modifique explícitamente los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas [actualmente Unión Europea] incurrirían en una violación del Derecho comunitario; Ahora bien, sí podrían aceptarse, siempre que no tuvieran repercusiones relevantes en el funcionamiento de las instituciones comunitarias y sean innovaciones que no contradigan propiamente los tratados ni los modifiquen, aunque se valgan de él y sean su complemento imprescindible²⁶. Y eso es precisamente lo que pretende ahora este nuevo tratado en una suerte de *Schengen* o *Priim* revisitados; como también ocurre con el TCEG, ambos tratados tenían el objetivo último de terminar recalando en el umbral comunitario y el tiempo ha hecho realidad ese propósito²⁷.

²⁵ La primera autora sostenía que este tipo de acuerdos paralelos eran perfectamente compatibles con la previsión de revisión prevista en los tratados constitutivos (entonces artículo 236 TCEE y hoy artículo 48 TUE); «Révision des traités européens en dehors de procédures prévues», *Cahiers de Droit Européen* 1980, pp. 539-552, especialmente p. 550. El segundo de los autores citados rebatía esa tesis sosteniendo que toda modificación del tratado ha de hacerse de conformidad al procedimiento expresamente previsto al efecto; «Quelques considérations sur la révision des traités instituant les Communautés», *Cahiers de Droit Européen* 1980, pp. 553-558.

²⁶ Así nos pronunciamos en su momento en nuestra contribución «El sistema de reforma de los tratados y la cuestión danesa», *Comunidad Europea—Aranzadi* 1993, núm. 3, pp. 37-45, especialmente pp. 38-39.

²⁷ Recuérdese que los acuerdos de Saarbrücken primero y Schengen después tenían también como intención que un grupo de Estados de la Unión pudiera lograr un espacio

En coherencia con esta línea de precedentes, el TEGC sale también al paso del principal riesgo que encuentra esta vía ajena a los mecanismos de revisión expresamente previstos en los tratados constitutivos. Por ello, no conviene pasar por alto el carácter excepcional y sobre todo la voluntad de transitoriedad del heterodoxo mecanismo escogido²⁸. Jurídicamente es poco más que una cláusula de ‘buenas intenciones’ ya que su materialización dependerá a la postre de la voluntad de los Estados y en modo alguno encarna un mecanismo de incorporación automática. Sin embargo, desde un punto de vista político, marca claramente una evidente voluntad de provisionalidad.

A mayor abundamiento, el Tratado establece expresamente que en el ámbito de la coordinación de las políticas económicas y de convergencia las Partes Contratantes se declaran dispuestas a hacer «uso efectivo» de las medidas previstas tanto en el artículo 136 TFUE como en los preceptos que re-

común de control conjunto de las fronteras exteriores en el que no participaban todos los Estados miembros y cuya regulación se hacía mediante un tratado internacional fuera del marco de los tratados constitutivos entonces en vigor. Lo propio ocurrió también más recientemente con el Tratado de Prüm, celebrado el 27 de mayo de 2005 por siete Estados miembros de la Unión Europea: un tratado de Derecho internacional adoptado al margen de la Unión pero con un contenido estrechamente relacionado con competencias propias de la Unión, abierto al resto de Estados miembros y con vocación de reconducirse al ámbito del Derecho de la Unión; Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005. Los Estados firmantes fueron Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos, pero efectivamente estaba abierto a la adhesión del resto de Estados miembros (art. 51.1). Entró en vigor el 26 de noviembre de 2006, una vez ratificado por España, Alemania y Austria. Véase, por todos, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la Unión Europea? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm», *Revista Española de Derecho Europeo* 2011, núm. 40, pp. 419-439.

²⁸ El artículo 16 prevé en este sentido que «[e]n el plazo máximo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado, se adoptarán, sobre la base de una evaluación de la experiencia de su aplicación, las medidas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de incorporar el contenido del presente Tratado al marco jurídico de la Unión Europea». Este precepto plasma jurídica la tajante previsión política que recogía la Declaración de 9 de diciembre de 2011 al establecer que el objetivo es «incorporar estas disposiciones en los Tratados de la Unión tan pronto como sea posible». En este mismo sentido, la Declaración se hacía eco del carácter excepcional de la vía escogida al prever también que «algunas de las medidas expuestas se pueden adoptar mediante disposiciones de Derecho derivado».

gulan la cooperación reforzada²⁹. Cabría entender, por tanto, en este mismo sentido de excepcionalidad que la celebración de este tratado internacional es tan sólo para poder adoptar las medidas que no caben en modo alguno en instrumentos de Derecho derivado (usual o mediante cooperaciones reforzadas). Ahora bien, un estudio pormenorizado del contenido del tratado nos empujará a colocar, como poco, un signo de interrogación sobre algunas de las aparentes intenciones de este tratado. Comencemos, pues, por analizar los problemas jurídico-institucionales del TECG.

III. PRINCIPALES MEDIDAS DEL NUEVO TRATADO: PACTO PRESUPUESTARIO, COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y GOBERNANZA DE LA ZONA EURO

De lo dicho hasta ahora, quien no haya leído aún con detenimiento el TECG podría intuir que el contenido material del mismo sería realmente sobresaliente. Dadas las dificultades para sacarlo adelante, considerada la opción del Reino Unido y atendiendo a las expectativas levantadas, todo debería apuntar en ese sentido. De hecho, de una primera lectura del tratado se tiene la impresión de que recoge una nutrida panoplia de medidas concretas: limitación del déficit estructural (0,5% del PIB nominal) (artículo 3.1); incorporación de esta 'regla de oro' a las constituciones de los Estados que serían verificadas por el Tribunal de Justicia (artículos 3.2 y 8); mecanismos de coordinación y supervisión con exigencia de información previa por los Estados a la Comisión y al Consejo sobre los planes nacionales de emisión de deuda pública (artículos 5 y 6); refuerzo de las normas sobre procedimientos en casos de déficits excesivos (artículo 7); refuerzo de la coordinación económica y búsqueda de una política económica común (artículos 9 y 10); refuerzo de los mecanismos de gobernanza en la zona euro (artículos 12 y 13); adelanto de la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), etc.

Sin embargo, una lectura atenta del contenido de esas medidas difícilmente podrá conducir a tal conclusión. De entrada, el contenido del TECG es breve y muy conciso³⁰; mucho más escueto que por ejemplo el ya citado tra-

²⁹ Cfr. artículo 10 del Tratado: *vid. infra* V, 3.

³⁰ El TECG consta de 16 artículos agrupados en seis títulos dedicados respectivamente a los objetivos y ámbito de aplicación (art. 1), coherencia y relación con el Derecho de la Unión (art. 2), pacto presupuestario (arts. 3 a 8), coordinación de las políticas eco-

tado constitutivo del MEDE³¹. Pero además no será nada fácil encontrar muchas novedades concretas. En verdad, probablemente hasta la ‘regla de oro’ se podría lograr en el marco de los actuales tratados constitutivos³²; de hecho, forma parte de los paquetes de propuestas ya presentadas por la Comisión en noviembre de 2011³³. Acaso la curiosa norma de la mayoría cualificada inversa y probablemente también la participación del Tribunal de Justicia sean las novedades materiales del TCEG que no se podrían lograr con los actuales tratados constitutivos³⁴.

Con todo, el aspecto más sobresaliente del TCEG se concreta en la exigencia de que los Estados parte incorporen a su Derecho nacional la recién citada ‘regla de oro’, regulada en el artículo 3.1³⁵. Pero aun ello, se formula de una forma que deja un cierto margen de actuación a los Estados miembros, de manera que cabe la posibilidad de «desviarse temporalmente de su objetivo a medio plazo respectivo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo» si concurren determinadas circunstancias excepcionales³⁶ e igualmente se permite que el referido déficit estructural alcance el 1% de producto interior

nómicas y convergencia (arts. 9 a 11), gobernanza de la zona euro (arts. 12 y 13) y disposiciones generales y finales (arts. 14 a 16). Contiene también un preámbulo de cierta extensión (28 apartados).

³¹ Este tratado lo conforman 48 artículos y dos anexos, a la vez que su redacción resulta bastante más prolija y farragosa.

³² Vid. en este sentido «Editorial Comments», en *Common Market Law Review* 2012, núm. 49, pp. 1-14, en particular p. 5.

³³ Vid. *infra* V, 1.

³⁴ Cfr. en este mismo sentido Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre el Consejo Europeo del 30 de enero de 2012, apdo. 2 *in fine*; vid. *infra*, IV.

³⁵ Esta disposición prevé, una vez establecido que «la situación presupuestaria de las administraciones de cada Parte será de equilibrio o de superávit», que esta situación «se considerará respetada si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5% del producto interior bruto a precios de mercado». Y añade que los Estados «garantizarán la rápida convergencia hacia su respectivo objetivo en el medio plazo», a la vez que establece un mecanismo corrector que «incluirá la obligación de la Parte Contratante de que se trate de aplicar medidas para corregir las desviaciones en un plazo de tiempo determinado».

³⁶ Por circunstancias excepciones se entiende, conforme a lo previsto en el apartado b del artículo 3.3, «aquel acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo».

bruto si la deuda pública está muy por debajo del 60% previsto³⁷. Por otro lado, en relación con una de las demandas más férreamente defendidas por Alemania, la versión final del tratado permite que la incorporación de esta regla a los ordenamientos internos se haga «mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente», quedando reducida la primigenia exigencia de inclusión en las constitucionales nacionales a la mucho más tibia formulación final de que esas disposiciones nacionales tengan «*preferentemente* rango constitucional»³⁸. Resulta evidente, por tanto, que el rango constitucional no entraña forzosamente una exigencia. Ciertamente, Alemania así lo ha hecho (artículos 109 y 115 Ley Fundamental de Bonn) y España ha seguido sus pasos (nuevo artículo 135 de la Constitución)³⁹ y también otros Estados han anunciado su intención (Italia). Pero cabe perfectamente que la incorporación se haga mediante una ley. Es más, se establece incluso de forma alternativa que se incorpore al Derecho nacional de manera que su «respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales». Esta rebaja de la exigencia de nivel de regulación puede parecer *prima facie* una relajación excesiva del objetivo inicial. Pero no puede, con todo, ignorarse su relevancia jurídica y también política⁴⁰. Y desde la perspectiva jurídica, como veremos en el epígrafe siguiente, al Tribunal de Justicia se le encomienda una nada desdeñable función de control judicial que va mucho más allá de lo previsto actualmente en el Derecho de la Unión. Por otro lado, una formulación tan tajante como la recogida en el primer borrador, no parecía muy acorde con el principio de autonomía de los Estados para cumplir para cumplir con

³⁷ Para que opere esta posibilidad es preciso que «los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas sean bajos».

³⁸ Subrayado añadido.

³⁹ Se ha considerado que esta reforma tiene aspectos positivos, pero «presenta serias deficiencias técnicas, resulta bastante confusa desde el punto de vista jurídico poco o nada añade a las obligaciones ya impuestas por el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo»; FALCÓ, R., «La reforma del Art. 135 de la Constitución», *Revista General de Derecho Europeo* 2011, núm. 25. En este mismo orden de cosas, puede verse la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, *BOE* de 30.4.2012, núm. 103, p. 32653.

⁴⁰ Desde una perspectiva política, entre otras virtualidades, puede tener la de, como afirma Steve PEERS, «it might nonetheless have a useful impact if it encourages Germany or the European Central Bank to take a more active role in saving the euro», *Analysis: Draft Agreement on reinforced economic union*, Statewatch, 21 December 2011.

las obligaciones derivadas de los tratados internacionales válidamente celebrados, sean los tratados constitutivos de la Unión o sea el nuevo tratado en cuestión. De hecho, Francia ya había dejado claro que no emplearía la reforma constitucional para incorporar esta disposición y finalmente lo ha hecho mediante una ley.

Con todo, probablemente el aspecto más controvertido del TCEG no sea su contenido, ya de por sí al límite de lo que se puede hacer fuera de los tratados constitutivos sin vulnerar el capital principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE). Las mayores dudas jurídicas derivan, sin duda, de dilucidar la cuestión de cómo insertar las nuevas obligaciones jurídicas derivadas del TCEG dentro del esquema institucional y jurídico de la Unión, así como también del mecanismo previsto para su entrada en vigor.

IV. PRINCIPALES INTERROGANTES JURÍDICOS E INSTITUCIONALES DEL NUEVO TRATADO: LA ENTRADA EN VIGOR Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO E INSTITUCIONES DE LA UNIÓN

1. ENTRADA EN VIGOR: EN BUSCA DE LA MAYOR RAPIDEZ Y FLEXIBILIDAD POSIBLE

En efecto, de ese nuevo tratado, el mecanismo de la entrada en vigor es probablemente el aspecto más llamativo. Siguiendo el antecedente inmediato del ya citado Tratado de Prüm⁴¹ —preveía su entrada en vigor 90 días después del depósito del segundo instrumento de ratificación (artículo 50.1)⁴²—, se ha optado por un mecanismo que facilitase la entrada en vigor del mismo para un determinado número de Estados y permitiera posteriormente la progresiva incorporación del resto. En este sentido, el artículo 14 prevé en su apartado segundo la entrada en vigor tras la ratificación por *doce* Estados de la zona

⁴¹ Se trata, en concreto, del Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. Las partes signatarias de este tratado fueron Alemania, Austria, España, Francia y los tres Estados del Benelux. Para un acercamiento general a este peculiar acuerdo celebrado extra muros de los tratados constitutivos puede verse ZILLER, J., «El Tratado de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 2007, núm. 7, pp. 21-30.

⁴² Conforme a esta disposición el Tratado de Prüm entró en vigor, según parece, el 23 de noviembre de 2006 para Alemania, Austria y España.

euro⁴³ —el borrador inicial situaba el umbral de entrada en vigor en la ratificación por al menos *nueve* Estados de la zona euro⁴⁴—, incorporándose el resto de Estados de la zona euro a medida que vayan depositando ante la Secretaría General del Consejo sus respectivos instrumentos de ratificación (artículo 14.3). Ciertamente es que en relación con las disposiciones del tratado relativas a la gobernanza de la zona euro (artículos 12 y 13) entrarán en vigor para todas las Partes Contratantes desde el mismo momento en que lo haga el tratado tras la ratificación por al menos doce Estados de la zona euro (artículo 14.4). En suma, se ha optado por un mecanismo de entrada en vigor extremadamente flexible que no sólo rompe con la tradicional exigencia de unanimidad exigida en toda revisión de los tratados constitutivos, sino que su previsión resulta a la sazón bastante menos exigente que lo establecido por ejemplo en el Tratado constitutivo del MEDE⁴⁵.

Con todo, a la luz de esta previsión, surge a renglón seguido la duda de qué pasaría si alguno de los diecisiete Estados miembros de la zona euro no ratificase el tratado. Como quiera que las dos velocidades en el seno de la zona euro sería inevitable, se abrirían de inmediato dos interrogantes añadidos. De entrada, se crearía en el marco de la UEM un complejo sistema de geometría variable cuya articulación precisaría de algo más que la habitual ‘ingeniería jurídica’ consustancial a la Unión. De hecho, nos encontraríamos, por un lado, con las dos velocidades existentes fuera de la zona euro para quienes no forman parte de la misma pero van camino de ello y quien, como el Reino Unido, quedaría fuera; por otro lado, habría también dos velocidades dentro de esa zona euro según los Estados hubieran ratificado o no este

⁴³ Se establece, en concreto, que el Tratado «entrará en vigor el 1 de enero de 2013, siempre que doce Partes Contratantes cuya moneda es el euro hayan depositado su instrumento de ratificación, o el primer día del mes siguiente al depósito del decimosegundo instrumento de ratificación por un Parte Contratante cuya moneda es el euro, optándose por la fecha que sea anterior».

⁴⁴ En este sentido, difícilmente podía pasar desapercibido que el requisito de ratificación por nueve Estados, además de ser la mayoría de los Estados miembros de la actual zona euro, coincide en número con las exigencias previstas por los actuales tratados constitutivos para poner en marcha una cooperación reforzada. Posteriormente se barajó la cifra de 15, quedando finalmente a medio camino entre ambas cifras.

⁴⁵ Este tratado condiciona su entrada en vigor a la ratificación por un número de Estados miembros que representen el 90% de los compromisos de capital (art. 48.1); es decir, cualquiera de los cuatro Estados grandes de la zona euro, incluida España, disponen *de facto* de una posibilidad de veto y, a la vez, la suma de esos cuatro representa ya alrededor del 75 % de ese compromiso de capital; *vid.* anexos I y II del Tratado MEDE.

nuevo tratado⁴⁶. El problema añadido es que habría también serias dificultades para manejar de forma razonable los diferentes regímenes jurídicos y, como consecuencia de ello, las dificultades políticas y económico-monetarias podrían conducir *de facto* a una cortés invitación al Estado en cuestión a salirse del euro; ciertamente somos conscientes que los tratados constitutivos carecen de toda previsión *ad hoc* en la materia más allá de la disposición general sobre retirada de la Unión que introdujo el Tratado de Lisboa (artículo 50 TUE). Todo ello teniendo que presumir además que ese posible Estado que quedase fuera no fuese ni Francia, ni Alemania —con un Tribunal Constitucional siempre dispuesto a tenernos en vilo hasta el último momento⁴⁷—, ya que en tal caso nadie dudaría que el nuevo tratado quedaría enterrado incluso antes de nacer.

El segundo interrogante que plantea tal situación nos conduce a preguntarnos también, al menos a título de hipótesis, si resultaría factible la imposición de algún tipo de sanción a ese Estado que no ratificase. Desde una perspectiva netamente jurídica la respuesta obviamente debería ser negativa. Pero en la práctica no resulta muy laborioso imaginar mecanismos políticos ‘indirectos’ al estilo del ‘palo y la zanahoria’ para incentivar la ratificación, especialmente respecto a ‘determinados’ Estados. No en vano, la principal sanción a este respecto probablemente sea que aquel Estado que no cumpla con este tratado no podrá beneficiarse del mecanismo de asistencia financiera del MEDE⁴⁸.

Por otro lado, el nuevo tratado queda también abierto a la ratificación por Estados cuyo moneda no es aún el euro, sea porque el Consejo aún no haya decidido que cumplen con las condiciones necesarias para la adopción del euro⁴⁹ o sea porque gozan de la excepción prevista para Dinamarca⁵⁰. En todo

⁴⁶ Véase, al respecto, CLOSA, C., «Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro», *ARI* 15/2012, 07.03.2012, Real Instituto Elcano, Madrid, 2012.

⁴⁷ Un amplio comentario sobre la posición mantenida por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa y sus posteriores posicionamientos en asuntos como *Honeywell* lo hemos realizado en nuestro trabajo «Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea — Algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* 2011, núm. 13, pp. 97-145.

⁴⁸ De hecho, no parece casualidad ni que los dos primeros Estados en ratificar hayan sido precisamente Portugal y Grecia, ni que Irlanda se haya pronunciado en referéndum inequívocamente a favor del tratado.

⁴⁹ Es el caso de los llamados Estados miembros acogidos a una excepción (art. 139.1 TFUE).

⁵⁰ Véase el Protocolo número 16 anejo a los Tratados de la Unión Europea sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca.

caso, parece claro que el nuevo tratado no entrará plenamente en vigor para ellos en tanto no tenga efecto la decisión que elimine esas excepciones; es decir, hasta que no tengan el euro como moneda propia. No obstante, esos Estados podrían quedar vinculados por determinadas disposiciones del tratado. Así, el tratado prevé expresamente que podrían quedar vinculados por las disposiciones sobre disciplina presupuestaria (título III) y de convergencia económica (título IV) si declaran su voluntad en este sentido en el momento de ratificar el tratado (artículo 14.5). Y a nadie se le escapa que esas son precisamente las disposiciones que conforman el núcleo central del tratado.

Por último, en este mismo orden de cosas, surge igualmente la duda jurídica de si la ratificación de este nuevo tratado se constituye para esos Estados en un requisito para la entrada en el euro. Del mismo modo que en la anterior cuestión, jurídicamente resulta más que discutible sostener a la luz de los requisitos marcados por el Derecho de la Unión en vigor (artículo 140.1 TFUE) una contestación en sentido positivo. Sin embargo, en la práctica si el Estado afectado no estuviera dispuesto a ratificar este nuevo tratado nos parece inimaginable que los Estados que en ese momento dado configuren la zona euro estén dispuestos a levantar la posibilidad de bloqueo que en la práctica les brinda el procedimiento previsto al respecto (artículo 140.2 TFUE).

En suma, nos encontramos ante un peculiar mecanismo de entrada en vigor que plantea diversos interrogantes jurídicos, pero cuya mayor incógnita es de naturaleza política y se refiere más al delicado contexto de algunos Estados de la zona euro que a condicionantes normativos nacionales o iusinternacionales.

2. LAS RELACIONES DEL NUEVO TRATADO CON LAS INSTITUCIONES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN: LA (DESEABLE) SUBORDINACIÓN A LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LA UE

Solucionado el escollo principal de lograr una entrada en vigor rápida y flexible, el nuevo tratado se enfrenta a otra cuestión extremadamente problemática, como es la de resolver los problemas de inserción institucional y de engarce jurídico con el Derecho de la Unión en vigor (originario y derivado).

A. *Opción intergubernamental con inserción parcial de la Comisión y el Tribunal de Justicia*

Por lo que respecta a la dimensión institucional, obviamente el nuevo tratado no crea un sistema institucional propio ya que lo contrario hubiera sido

tanto como dinamitar el clásico sistema comunitario en unas materias que tienen el carácter de competencia de la Unión (en parte exclusiva, en parte compartida), amén de sembrar el germen de conflictos seguros en la concatenación cotidiana de dos sistemas institucionales diferentes; por no mencionar la complicación que ello generaría. Sin embargo, sí contiene algunas peculiaridades institucionales propias que no afectan al sistema de la Unión. Es, por ejemplo, el caso de una formalización de las cumbres de los Jefes de Estado y Gobierno de la zona euro —al menos dos veces al año—, las cuales por cierto ya se celebran con regularidad desde hace algún tiempo y, a diferencia de lo que ocurría en el primer borrador del tratado, deja bien claro que una vez en vigor también están abiertas a los Estados de la zona euro que no hayan ratificado este nuevo tratado. Ahora bien, el Tratado también inserta en su contenido otras disposiciones que sí afectan directamente a las instituciones depositarias del interés supranacional dentro de un esquema de raíz intergubernamental, a saber, la Comisión y Tribunal de Justicia.

Así, la Comisión es citada diversos preceptos del Tratado al regular las disposiciones presupuestarias⁵¹ o la preparación de las cumbres de la zona euro⁵². En realidad, se le encomiendan atribuciones de supervisión muy propias de su labor comunitaria como ‘guardiana de los tratados’, pero el esquema intergubernamental que inspira el nuevo tratado debilita notablemente su papel como depositaria del interés supranacional. A este respecto, la principal duda será dilucidar cómo la Comisión podrá cumplir las atribuciones que el encomienda el TECG, bajo dicho prisma intergubernamental, a la par que, desde la perspectiva supranacional, dé cumplimiento a las funciones que le encomiendan los tratados constitutivos; máxime cuando en muchas materias existe además una cierta intersección entre los ámbitos materiales del TECG y el TFUE.

Pero probablemente sea el Tribunal de Justicia la institución de la Unión que queda en una posición más delicada ya que se le atribuye una importante competencia para controlar judicialmente el cumplimiento efectivo del pacto presupuestario. Así, haciendo uso de la posibilidad que brinda la cláusula compromisoria prevista expresamente en los tratados constitutivos (artículo 273 TFUE)⁵³ y de modo semejante a como también lo hace el Tratado cons-

⁵¹ Vid. arts. 3.1 b, 3.2, 5, 6, 7, 8.1, 8.2.

⁵² Vid. arts. 12.1 y 12.4.

⁵³ Este precepto prevé lo siguiente: «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los Tratados, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso».

tutitivo del MEDE (artículo 37.3), el nuevo tratado acoge el compromiso expreso de sus Estados parte de someterse al TJUE en los términos establecidos por aquél (artículo 8.3)⁵⁴. En este sentido, el TCEG prevé en su polémico artículo 8 que cualquier Parte Contratante pueda someter al control del Tribunal de Justicia la verificación de que otra Parte Contratante ha incumplido la obligación de incorporar al Derecho nacional (en normas «preferentemente de rango constitucional») la obligación de cumplir las reglas presupuestarias fijadas con detalle en el ya citado artículo 3.1. De la redacción finalmente dada a esta importante disposición se deduce claramente que la legitimación activa corresponde a las Partes Contratantes y en modo alguno a la Comisión, si bien a ésta se le *invita* (sic!) a presentar en su debido momento un informe sobre las disposiciones adoptadas por cada Estado para dar cumplimiento a la obligación prevista en el tratado en relación con la ‘regla de oro’⁵⁵. Lo realmente relevante es que en todo caso la sentencia será vinculante y, en su caso, la parte condenada estará obligada a adoptar «todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia en el plazo que decida dicho Tribunal» (artículo 8.1 *in fine*).

A mayor abundamiento, en parecido sentido al previsto en los tratados constitutivos desde la reforma de Maastricht para supuestos de incumpliendo de una sentencia dictada en el marco de un recurso por incumplimiento (artículo 260.2 TFUE), el nuevo tratado establece igualmente la posibilidad de que cualquiera de sus Partes contratantes pueda someter al Tribunal de Justicia el incumplimiento de una sentencia en que se constate la violación de la ‘regla de oro’ y solicitar la imposición de una sanción pecuniaria. Esta po-

⁵⁴ Queda para otro momento analizar con más detalle si el tenor del artículo 8 TCEG resulta realmente compatible con las exigencias derivadas del artículo 273 TFUE.

⁵⁵ En realidad, de una lectura atenta del artículo 8.1 del tratado parece deducirse la existencia de dos vías para activar la actuación del Tribunal de Justicia. Una primera, sería la realizada por uno o varios Estados a la luz del informe presentado por la Comisión; de hecho, la formulación escogida («el asunto será sometido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por una o más Partes contratantes») podría dar la sensación de existencia de una obligación de hacerlo por parte de los Estados si el Informe de la Comisión concluyera que otro Estado ha violado las exigencias del artículo 3 del Tratado. Por otro lado, la segunda vía se abriría con independencia del informe de la Comisión cuando una Parte considere que otra Parte ha incumplido el pacto presupuestario.

Con todo, difícilmente puede hablarse de dos vías diferentes. Ni en realidad es fácil sostener que la Comisión quede obligada por este tratado a emitir tal informe (en ningún caso cabría un recurso de omisión contra ella con base en el TFUE) ni tampoco hay sujeto alguno diferente a las Partes contratantes que pueda interponer tal recurso.

dría llegar a alcanzar un montante equivalente al 0,1% del producto interior bruto del Estado afectado⁵⁶. A este respecto, no puede por menos que aflorar la cuestión relativa a los mecanismos que podrían ser utilizados para lograr la ejecución de la referida sentencia. No resulta sencillo trasladar al marco intergubernamental de este nuevo tratado un mecanismo tan típicamente comunitario y supranacional como el recogido en el artículo 260 TFUE. Más de la formulación del TCEG resulta evidente la obligación jurídica de cumplir esta sentencia de carácter declarativo. El problema radica, más bien, en que la posición en la que queda el Tribunal de Justicia en este tipo de recursos no es precisamente cómoda⁵⁷.

Por otro lado, perviven algunas incertidumbres añadidas. Esta redacción no disipa tampoco por completo la duda sobre la virtualidad de un recurso de incumplimiento ordinario interpuesto en el marco comunitario con fundamento en el artículo 126 TFUE. En este mismo orden de cosas, tampoco será sencillo de evitar que el Reino Unido pueda utilizar esas instituciones comunitarias para intentar debilitar las acciones realizadas en el nuevo marco jurídico. No tanto por la eventual acción política dentro del Parlamento Europeo, como, por lo que aquí más interesa, por la posible acción jurídica ante el Tribunal de Justicia aprovechando los resquicios que pueda dejar el vigente Derecho procesal de la Unión en vigor.

En todo caso, pese a la prudente y cautelosa redacción del nuevo Tratado, difícilmente puede obviarse que tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia son instituciones concebidas para actuar en un marco supranacional por lo que hacerlo a la vez en un sistema comunitario a veintisiete y en otro intergubernamental a veinticinco (o menos) no será fácil. De forma parecida, el nuevo tratado altera también los equilibrios de poder existentes dentro de la Unión. Desde la perspectiva del reparto de poder horizontal entre las instituciones que conforman la tríada legislativa (Comisión, Parlamento Europeo y Consejo) porque la vía escogida neutraliza por completo al Parlamento

⁵⁶ En el caso español el 0,1% del producto interior bruto viene a equivaler aproximadamente a alrededor de 1000 millones de euros.

⁵⁷ En opinión de Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «no será nada cómoda la posición del TJUE si tiene que conocer un recurso de este tipo, y menos lógico me parece aún que imponga una multa a un Estado por incumplir en su derecho interno con la obligación de incorporar normas de estabilidad presupuestaria, cuando las instituciones políticas de la UE en múltiples ocasiones no han aplicado hasta ahora ninguna multa a Estados que han incurrido reiteradamente en déficit públicos excesivos»; «Las interminables reformas de la gobernanza económica de la zona euro», *Revista General de Derecho Europeo* 2012, núm. 27, en p. 8.

Europeo, sin que el guiño de organizar una conferencia de representantes de las comisiones pertinentes de ambos niveles parlamentarios (nacional y europeo) con el objetivo de «debatir políticas presupuestarias y otras cuestiones del ámbito del presente Tratado» (artículo 13) lo compense en absoluto⁵⁸; y desde la perspectiva de los Estados miembros de la Unión porque el contexto intergubernamental del nuevo marco jurídico da una cobertura perfecta para consolidar el peculiar modo de trabajar que el tándem franco-alemán —por no decir la ‘batuta’ alemana con asentimiento francés— viene realizando en los últimos meses con un total desprecio por las instituciones y cargos de la Unión, incluidos en primera línea el (invisible) presidente del Consejo Europeo y el (condescendiente) presidente de la Comisión.

B. Subordinación jurídica del nuevo Tratado al Derecho de la UE (originario y derivado)

Por otro lado, en lo que se refiere a las *relaciones con el Derecho de la Unión* ahora en vigor, el nuevo Tratado contiene una disposición clara y contundente que prevé expresamente una subordinación expresa al Derecho de la Unión Europea al estilo de la que recogía, por ejemplo, el ya citado Tratado de Prüm⁵⁹; lo contrario supondría una violación flagrante de, entre otros aspectos, el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE). Esta exigencia se recoge claramente en el nuevo tratado con carácter general al establecerse con toda rotundidad que su interpretación y aplicación se hará «de conformidad con los tratados en los que se fundamenta la UE» e incluso se hace referencia expresa a la exigencia de cumplimiento del principio de cooperación leal y al Derecho de la Unión Europea, incluyen-

⁵⁸ No es de extrañar la dura reacción que esta institución tuvo en su Resolución de 18 de enero de 2012 en la que llegó a expresar «sus dudas con respecto a la necesidad de un acuerdo intergubernamental de estas características», así como manifestó también su «profundo convencimiento de que la Unión Monetaria sólo puede convertirse en una unión económica y presupuestaria sobre la base del método comunitario». Llegó incluso a dejar constancia expresa de que «se reserva el derecho a recurrir a todos los instrumentos políticos y jurídicos de los que dispone para defender el Derecho de la UE», Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2012, sobre las conclusiones del Consejo Europeo de los días 8 y 9 de diciembre de 2011 acerca de un proyecto de acuerdo internacional relativo a una unión para la estabilidad presupuestaria (2011/2546 (RSP)).

⁵⁹ Este tratado preveía que la cooperación desplegada al amparo de ese convenio internacional «no afectará al derecho de la Unión Europea» (art. 1.2).

dose en éste el Derecho procesal cuando sea necesaria la adopción de Derecho derivado (artículo 2.1)⁶⁰. A mayor abundamiento, el TECG insiste que el Tratado tan sólo será de aplicación «en la medida en que sea compatible con los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea y con el Derecho de la Unión Europea, de forma que las disposiciones de este tratado tan sólo resultarán aplicables si son compatibles tanto con el Derecho originario como con el Derecho derivado de la Unión (artículo 2.2). En este mismo sentido, deja igualmente constancia de que el nuevo Tratado no afecta a las competencias de la Unión para actuar en el ámbito de la unión económica (*ib.*). Esta misma previsión se repite con carácter particular al regular determinados aspectos centrales del tratado, como la disciplina presupuestaria (artículo 3.1). A nuestro entender, esta contundente formulación teóricamente salva la principal de las preocupaciones jurídicas que *prima facie* plantea la vía de un tratado *extra muros* de los tratados constitutivos. Habrá que ver, empero, cómo actúa en la práctica.

No obstante, en relación con el Derecho derivado podrían plantearse a título de mera hipótesis algunas dudas, especialmente por lo que respecta tanto a actos jurídicos ya adoptados por la Unión como a los que se pudieran adoptar con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo tratado internacional. Con todo, al margen de posibles conflictos jurídicos que trataremos a continuación, en la práctica el vector que inspira a todos estos actos jurídicos (*intra muros*) es precisamente el mismo que el nuevo tratado pretende reforzar (*extra muros*). Al fin y al cabo lo que persigue el nuevo tratado es justamente colmar las deficiencias y carencias de las bases competenciales de los tratados constitutivos sobre las que se asientan los instrumentos jurídicos citados —básicamente los artículos 121, 126 y 136 TFUE—. En el fondo, prácticamente todo lo previsto en el nuevo tratado es posible conseguirlo mediante los instrumentos de Derecho derivado de la UE. Con todo, la cuestión merece un tratamiento jurídico algo más detallado.

⁶⁰ En efecto, esta importante disposición establece que las Partes Contratantes «aplicarán e interpretarán el presente Tratado de conformidad con los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, en particular el artículo 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea, y con el Derecho de la Unión Europea, incluido el Derecho procesal cuando sea necesaria la adopción de Derecho derivado.

V. OTRAS MEDIDAS DE DERECHO DERIVADO DE LA UE: UN ÚTIL INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO, PERO DE APLICACIÓN LIMITADA

En efecto, no sólo es posible conseguir algunos de los objetivos de disciplina presupuestaria previstos en el TCEG mediante Derecho derivado, sino que el propio Tratado se remite a él, por ejemplo, al establecer en el artículo 7 que las Partes Contratantes se comprometen «a apoyar las propuestas o recomendaciones formuladas por la Comisión Europea cuando ésta considere que un Estado miembro de la Unión Europea cuya moneda es el euro incumple el criterio del déficit en el marco de un procedimiento de déficit excesivo». Esto es, este precepto parece exigir a las Partes que cumplan con lo que la Comisión establezca a partir de las atribuciones que le concede el artículo 126 TFUE y el correspondiente Protocolo. No obstante, pese a la claridad terminológica de la formulación, la interpretación de este precepto puede plantear en el futuro no pocas dificultades de orden técnico-jurídico. La propia puesta en marcha de los Reglamentos en cuestión será un buen banco de pruebas, si bien el problema fundamental de la vía escogida radica en que concretar las medidas que podrían adoptarse a través de actos de Derecho derivado elaborados al amparo de los actuales tratados constitutivos no es sólo una cuestión de índole jurídica. En realidad, es de nuevo el condicionante político de la falta de unanimidad el que más restringe esas posibilidades de uso. Por tanto, dado el veto del Reino Unido y la ausencia de la República checa, quedarían neutralizadas también algunas de las posibilidades que brindan el Derecho de la Unión en vigor, si bien no debe olvidarse que la práctica totalidad de esas decisiones se refieren tan sólo a Estados cuya moneda es el euro por lo que el posible papel obstaculizador del Reino Unido o, en su caso, de la República checa se reduce notablemente. No obstante, merece la pena detenerse brevemente en ellas.

I. INSTRUMENTOS DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA: LA SUPUESTA INSUFICIENCIA DE LAS BASES COMPETENCIALES EXISTENTES EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

En efecto, en los tratados también existen mecanismos de Derecho derivado previstos con carácter particular en el marco de las disposiciones específicas para los Estados miembros cuya moneda es el euro (artículos 136 a 138 TFUE). No en vano, los tratados constitutivos permiten la adopción de

«medidas relativas a los Estados miembros cuya moneda es el euro» con el objetivo de «reforzar la coordinación y supervisión de su disciplina presupuestaria», así como para «elaborar las orientaciones de política económica referentes a dichos Estados, velando por que sean compatibles con la adoptadas para el conjunto de la Unión y garantizar su vigilancia» (artículo 136.1 a TFUE). Esta opción tiene la ventaja *formal* de que su procedimiento de adopción normalmente requiere tan sólo una decisión del Consejo⁶¹. Pero tiene también el serio inconveniente *material* de la insuficiencia del posible contenido de esa decisión. Difícilmente podría “estirarse” esta atribución competencial hasta dar cobertura en su ámbito de aplicación a todas las medidas ahora en juego. Por otro lado, la naturaleza jurídica de la decisión a adoptar con base en esta atribución no siempre tiene la intensidad jurídica que se le pretende dar a las acciones decididas por el Consejo Europeo de 9 de diciembre de 2011 (rango constitucional nacional) y plasmadas, como hemos visto, en el TECG con una formulación más tenue. El proceso de adopción de alguna de esas medidas remite a los mecanismos de decisión existentes en materia de coordinación económica (artículo 121 TFUE), cuyo instrumento jurídico básico son las orientaciones generales para las políticas económicas, y a los existentes para los casos de supervisión de los déficits excesivos (artículo 126 TFUE), cuyas decisiones en casos de déficits excesivos no tienen la fuerza sancionadora deseada en este momento. En este sentido, la valoración de las potencialidades del Derecho de la UE en vigor es bien dispar según las lentes con que se mire. Mientras autores como Paul CRAIG consideran que «the extend of what might be achieved under the existing Treaty rules has not been fully tested», otros como Steve PEERS sostienen, por el contrario, que «the EU’s economic governance rules fail the test of transparency, because of their near-total complexity and unreadability, scattered across a dozen primary, secondary and soft-law sources, with more to come»⁶².

Ahora bien, a veces se carga en la alforjas de las normas jurídicas lo que en realidad debe ir en el ‘debe’ de los Estados miembros que integran el Consejo. Así, de una parte, bien podría haberse aprovechado algo mejor el margen competencial de los tratados constitutivos a la hora de fijar el contenido de los actos jurídicos adoptados sobre las atribuciones de competencia ya existentes en los tratados constitutivos. De una mera lectura de los reglamentos que componen el comúnmente llamado *six pack* se desprenderá fácil-

⁶¹ No obstante, como veremos más adelante (*infra*, nota 63), en determinadas circunstancias también pueden adoptarse reglamentos por el Consejo y el Parlamento Europeo.

⁶² Citas recogidas de *Treaty on Stability, Coordination...*, *cit.*, p. 20.

mente la pregunta de si en realidad esos reglamentos no recogen ya buena parte —o prácticamente toda— de los objetivos de disciplina presupuestaria regulados ahora por el TECG⁶³. De otra parte, puesta la mirada en el futuro post-TECG, las bases jurídicas que proporciona el TFUE dejan probablemente margen suficiente como para apurar aún bastante más de lo contenido en los dos reglamentos añadidos que la Comisión propuso en noviembre de 2011 y que se encuentran actualmente en trámite de aprobación⁶⁴.

Por último, fuera del ámbito de la UEM y en relación con cuestiones muy concretas, podrían sondearse también en un futuro las posibilidades que brinda la útil cláusula horizontal de atribución de competencia en el marco del mercado interior (artículo 114 TFUE).

2. LA CLÁUSULA DE IMPREVISIÓN: EL ESCOLLO DE LA UNANIMIDAD Y LA RESISTENCIA ALEMANA

Un segundo instrumento de Derecho derivado que podría resultar de utilidad es el que brinda la cláusula de imprevisión, ya que se trata de la principal vía recogida en los tratados con carácter general para afrontar con flexibilidad situaciones imprevistas como la que ahora tenemos que afrontar. Está pensada precisamente para adoptar las acciones que resulten necesarias

⁶³ Este paquete lo conforman cinco reglamentos y una directiva: Reglamento 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos de la zona euro, *DO* L 306 de 23.11.2011, p. 8; Reglamento 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1466/97, del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, *DO* L 306 de 23.11.2011, p. 12 y corrección de errores en *DO* L 95 de 31.3.2012, p. 14; Reglamento 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, *DO* L 306 de 23.11.2011, p. 25; Reglamento 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, *DO* L 306 de 23.11.2011, p. 33; Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, *DO* L 306 de 23.11.2011, p. 41.

⁶⁴ Son las propuestas de Reglamentos sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros y el Reglamento para establecer disposiciones comunes para el monitoreo de planes presupuestarios y la corrección de déficits excesivos de los Estados miembros de la zona euro; véase COM (2011) 819 final de 23.11.2011; COM (2011) 821 final de 23.11.2011.

para alcanzar alguno de los objetivos fijados por los tratados constitutivos «sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto» (artículo 352 TFUE). Sin duda, es un objetivo de la Unión «establecer una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro» (artículo 3.4 TUE), basada en los principios rectores de «precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable» (artículo 119.3 TFUE). Dado que las atribuciones de competencia en materia de coordinación económica (artículo 121 TFUE) y de sanción en casos de incumplimiento de las exigencias en materia déficit público (artículo 126 TFUE) resultan insuficientes, se podría recurrir a esta cláusula de imprevisión para adoptar las medidas necesarias que no cupiesen en las dos atribuciones de competencia expresa citadas. No en vano, es la base jurídica sobre la que se fundó por el ejemplo el Reglamento de 2009 que creó el MAF⁶⁵.

Sin embargo, esta acción al amparo de la cláusula de imprevisión tiene dos serios inconvenientes. Los tenía como opción alternativa al nuevo tratado y los sigue teniendo como opción para completar las previsiones del mismo. Por un lado, al margen del posible límite que en alguna cuestión muy concreta podría suponer la exclusión de adoptar acciones de este tipo cuando los tratados constitutivos excluyan dicha armonización (artículo 352.4 TFUE), el obstáculo principal radica a la sazón en que para recurrir a este mecanismo se exige la unanimidad en el Consejo. Así, con independencia del papel que pudieran adoptar la Comisión (propuesta de la acción) y el Parlamento Europeo (exigencia de aprobación previa a la decisión del Consejo), la posición crítica del Reino Unido cercena por completo esta vía (salvo reconsideración futura de su postura). Por otro lado, se trata además de un precepto que no termina de ser del gusto alemán ya que por exigencia del Tribunal Constitucional Federal alemán el recurso a esta cláusula demanda el mismo trámite parlamentario interno que se exige para autorizar la celebración de un tratado de reforma de los tratados constitutivos⁶⁶. Por tanto, dadas

⁶⁵ *Vid. supra*, nota 6.

⁶⁶ En su controvertida sentencia sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que el uso de esta cláusula del artículo 352 TFUE implica por sí mismo una nueva atribución de competencias soberanas y, por tanto, lo somete a una reserva de ley. O sea, cada vez que la Unión pretenda dictar un acto fundado en esa base jurídica en Alemania se requerirá una ley de las previstas en el artículo 23. 1 de la Ley Fundamental de Bonn; Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009, apdo. 417. Un sector muy relevante de la doctrina alemana se mostró muy crítico con esta consideración del Alto Tribunal alemán; véase por ejemplo BOGDANDY, A. V., «Prinzipien der Rechtsfortbildung im Europäischen Rechtsraum. Überlegungen zum

estas exigencias nacionales, para la mentalidad constitucional alemana parece más adecuado asegurar el contenido de esta reforma en una norma con rango de tratado que en una norma de Derecho derivado de la Unión.

3. LAS COOPERACIONES REFORZADAS: UN INSTRUMENTO INADECUADO PARA LA ACTUACIÓN EN MATERIA MONETARIA

En tercer lugar, resulta también necesario considerar la posibilidad de recurrir al mecanismo de la cooperación reforzada como vía posible para adoptar decisiones que, por ejemplo, resulten aplicables tan sólo a los diecisiete Estados de la zona euro (artículo 20 TUE y artículos 326 a 334 TFUE). Y conviene hacerlo desde dos puntos de vista radicalmente diferentes: uno en relación con la posibilidad de su empleo como posible alternativa al propio TCEG y otro, más relevante por lo que aquí nos interesa, respecto a su consideración como instrumento complementario al TCEG para facilitar la puesta en práctica de algunos de sus objetivos. Ciertamente, por lo que se refiere a la primera de estas dimensiones, la cooperación reforzada está concebida para que un grupo de, al menos, nueve Estados adopten actos jurídicos dentro del marco institucional de la Unión con la finalidad de reforzar el proceso de integración. Pero las cooperaciones reforzadas, al margen de que perfectamente podrían esquivar el obstáculo de la unanimidad, quedan totalmente vedadas para ampliar competencias y no pueden utilizarse en el ámbito de las competencias exclusivas (artículo 20.1 TUE). Tampoco pueden perjudicar al mercado interior ni afectar a la cohesión económica y social ni constituir una discriminación para los intercambios entre los Estados ni provocar distorsiones a la competencia (artículo 326 TFUE). De modo que, como mostraron con contundencia Manuel Marín y Mariola Urrea en un artículo de opinión publicado días antes del Consejo Europeo de diciembre de 2011, la cooperación reforzada no era en modo alguno un instrumento válido para dar cobertura a las medidas que pretendía adoptar el Consejo Europeo⁶⁷. Parece claro que esas nuevas acciones en materia de política fiscal y presupuestaria para los Estados miembros de la zona euro amplían competencias, se refieren al menos en parte a una materia (política monetaria) que es competencia exclusiva de la Unión (artículo 3.1 c TFUE) y afecta también a reglas

Lissabon-Urteil des BVerfG», *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, núm. 1, pp. 1-5, especialmente p. 4.

⁶⁷ «Una aclaración necesaria», *El País* de 29 de noviembre de 2011. Véase, con carácter más general, PIRIS, P. P.: *The Future of Europe, Towards a Two-Speed EU?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

del mercado interior. Por tanto, la cooperación reforzada no es —ni tampoco podía haberlo sido— alternativa posible al TECG.

Cuestión diferente es que, en relación con la segunda de las dimensiones aludidas, pudiera emplearse en algunos aspectos muy concretos para facilitar la puesta en práctica del TECG⁶⁸. De hecho, el nuevo tratado ha previsto el recurso a este mecanismo de flexibilidad en materia de coordinación de las políticas económicas y convergencia (artículo 10)⁶⁹. Encarna, con todo, un compromiso extraordinariamente indeterminado ya que no se precisa ni cuáles serían esas materias concretas para las que se utilizaría la cooperación reforzada ni cuáles son las cuestiones que resultaban esenciales para el correcto funcionamiento de la zona euro y, sin embargo, no forman parte de la política monetaria ni tampoco socavan el mercado interior. Se supone que se trata de cuestiones muy específicas que encajarían en el ámbito de la política económica de la Unión y a través de las que se intentaría superar las deficiencias manifiestas del peculiar método abierto de cooperación que inspira en la actualidad esta competencia económica de la Unión, formulada en los tratados constitutivos de una forma extraordinariamente tenue⁷⁰.

En este mismo orden de cosas, una cuestión igualmente dudosa es que con esta vía de las cooperaciones reforzadas pueda lograrse una verdadera ‘política económica común’ en el sentido que hablaba la Declaración. En el fondo, cuando la Declaración afirmaba que los Jefes de Estado y de Gobierno están «resueltos a trabajar en pos de una política económica común» probablemente no tenía en mente —al menos en el corto plazo— nada que vaya mucho más allá del método abierto de cooperación ya que, aunque efectivamente prevé que se

⁶⁸ En este sentido, la propia Declaración de 9 de diciembre de 2011 manifestó la voluntad de los Jefes de Estado y Gobierno de la zona euro de «utilizar de manera más activa la cooperación reforzada en cuestiones que son esenciales para el correcto funcionamiento de la zona euro»; Declaración de 9 de diciembre de 2011, *cit.*, apdo. 8.

⁶⁹ El artículo 10 prevé, en concreto, que «de conformidad con las disposiciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, las Partes Contratantes se declaran dispuestas a *hacer un uso activo*, cuando proceda y sea necesario, de medidas específicas para los Estados miembros cuya moneda es el euro, a tenor del artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como de la cooperación reforzada a tenor del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuestiones que sean esenciales para el correcto funcionamiento de la zona del euro, sin perjudicar al mercado interior». Subrayado añadido.

⁷⁰ Es tan tenue que probablemente sería más adecuado decir que nos encontramos ante una competencia de los Estados con posibilidad de meras orientaciones por parte de la Unión que de una verdadera competencia comunitaria (art. 5 TFUE).

establecerá un procedimiento para garantizar que todas las reformas importantes de la política económica proyectadas por los Estados miembros de la zona del euro se debatan y coordinen a escala de la zona del euro, se añade claramente que ese se hará «con vistas a tomar como referencia las prácticas más idóneas»⁷¹. Ir más allá no será tarea fácil a la luz de los límites que los tratados constitutivos imponen al mecanismo de la cooperación reforzada. A este respecto, el TJUE tendrá en los próximos meses ocasión de pronunciarse sobre la virtualidad y límites de la cooperación reforzada cuando resuelva el primer caso que le ha llegado hasta el momento en esta materia⁷².

VI. CONSIDERACIONES FINALES: EL NUEVO TRATADO COMO CURA DE URGENCIA PROVISIONAL Y TRANSITORIA

En conclusión, la reforma introducida por el TCEG no es en modo alguno baladí. Ni desde el prisma político ni tampoco desde el jurídico. Sin duda, resulta del todo punto exagerado calificarla de refundación de la Unión, ya que —como no podría ser de otra manera— mantiene inalterado todo el acervo del TUE y del TFUE. También parece exagerado considerarla como la solución definitiva a la crisis, ya que pocos creerán que sirva por sí sola para lograr semejante empresa. Pero, en cualquier caso, marca un importante hito en el proceso de integración europea ya que intenta procurar a la Unión la ‘pata económica’ que no fue políticamente posible incluir en el Tratado de Maastricht, pese a las propuestas del entonces presidente de la Comisión y algunos analistas muy destacados⁷³. La intención es, por tanto, buena. El pro-

⁷¹ Declaración de 9 de diciembre de 2011, *cit.*, apdo. 9.

⁷² Se trata precisamente de un interesante recurso planteado por España contra la Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria (Decisión 2011/167/UE, del Consejo, de 10 de marzo de 2011, *DO L 76* de 22.3.2011, p. 53); asunto C-274/11, *DO C 219* de 23.7.2011, p. 12. Los motivos alegados por España (desviación de poder, conculcación de la exigencia de ser una posibilidad *ultima ratio*, violación de los principios de no discriminación, no afectación del mercado interior, no respeto de los derechos del Estado no participante, etc.) pueden dar al TJUE la oportunidad de clarificar aspectos básicos del mecanismo de cooperación reforzada.

⁷³ Probablemente no faltaba razón a Jacques Delors cuando en las vísperas del Consejo Europeo se pronunciaba de forma muy dura a propósito de que fueron los propios jefes de estado y de gobierno quienes se opusieron en aquel momento a que la conferencia intergubernamental que elaboraba la parte económica y monetaria del Tratado de Maastricht añadiera las competencias presupuestaria y fiscal a la política monetaria que

blema es que, como recuerda el viejo adagio, ‘el infierno está empedrado de buenas intenciones’⁷⁴. Y, aunque considerar que “the fiscal Compact is a monster” sea probablemente un exceso retórico⁷⁵, parece claro que plantea un buen número de interrogantes.

Entre los posibles riesgos u obstáculos a los que se enfrenta este nuevo tratado internacional, el primero es de carácter político-económico y radica en que principios como el de solidaridad entre los Estados miembros, economía social de mercado, progreso social o cohesión económica —a los que con toda pompa jurídica el artículo 3 TUE les ha concedido el honor de colocarlos en el frontispicio del ideario europeo— no están siendo precisamente el *leit motiv* de la actuación europea para combatir conjuntamente la actual crisis económica y financiera⁷⁶. Pero además, en segundo término, el riesgo principal deriva de la relevante novedad de que sale adelante sin el respaldo unánime de los Estados miembros de la Unión y, en consecuencia, por una vía jurídica que, aunque en principio sea plenamente conforme con los postulados del Derecho Internacional y del Convenio de Viena de 1969, plantea múltiples interrogantes jurídicos desde la perspectiva del tradicional método comunitario; los principales retos serán los de carácter institucional y los derivados de la concatenación práctica del nuevo tratado con el actual Derecho de la Unión. También, en tercer lugar, podrían surgir dificultades imprevistas en el caso de que alguno de los diecisiete Estados de la zona del euro no lo ratificase. Esos efectos obviamente dependerán a la postre de quién fuera esta vez el ‘Estado díscolo’, si bien la flexible cláusula de entrada en vigor pre-

se atribuía a la Unión con el carácter de competencia exclusiva; *The Daily Telegraph* de 3 de diciembre de 2011.

⁷⁴ Baste recordar sin ir más lejos la delicada situación de nuestro propio país. A la par que las Cortes Generales autorizaban con toda celeridad la prestación del consentimiento al TCEG, el mercado de deuda español sufría un deterioro tal que obligó al Consejo de Ministros a dar el visto bueno a un *Memorandum de Entendimiento sobre las Condiciones de Política Sectorial Financiera*, así como un *Acuerdo Marco de Asistencia Financiera con la Facilidad Europea* cuya complejidad jurídica empequeñece cualquier comparación con el TCEG; Acuerdo del Consejo de Ministros del 14 de julio de 2012 ([www.lamoncloa.gob.es/Consejo de Ministros/](http://www.lamoncloa.gob.es/Consejo%20de%20Ministros/)).

⁷⁵ Así lo ha considerado por ejemplo LOÏC AZOULAI en un coloquio organizado por el Instituto Europeo de Florencia; KOCHAROV, A. et al., «Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty», *EUI Working Papers-Law* 2012/09, Florencia, 2012.

⁷⁶ Como recordaba el Parlamento Europeo en su ya citada Resolución de 18 de enero de 2012, la disciplina presupuestaria «no generará, por sí sola, una recuperación»; *loc. cit.* Véase igualmente el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema ‘Repercusiones de la nueva legislación sobre gobernanza económica’, *DO C* 143 de 22.5.2012, p. 23.

vista facilita notablemente la labor; salvo, obviamente, que fueran Alemania o Francia los Estados que no lo hicieran. Incluso, en cuarto lugar, no habría que descartar tampoco la posibilidad de que el Reino Unido emplease algún resorte institucional (Parlamento Europeo) o judicial de la Unión (Tribunal de Justicia) para intentar obstaculizar la viabilidad de la vía jurídica escogida o de medidas y acciones que se adopten en el futuro sobre su base.

Con todo, no conviene tampoco sobredimensionar estas dificultades jurídicas. Por una parte, porque la redacción que se ha dado al tratado se cuida mucho de soslayar cualquier atisbo de posible conflicto institucional o jurídico, amén de contener en realidad muy contadas obligaciones jurídicas que no se encuentren ya en el Derecho originario o derivado de la UE. Por otra parte, el verdadero problema de fondo es en realidad de naturaleza económica y política: económica en cuanto la intención última de estas medidas es salvar el euro y, ciertamente, ante situaciones excepcionales se necesitan también instrumentos jurídicos que estén a la altura de las exigencias del momento; y política porque, al margen de la siempre presente cuestión de la legitimidad⁷⁷, lo que late en el fondo del debate es el agotamiento del modelo que en las últimas seis décadas ha servido de fundamento para el proceso de integración⁷⁸. Con TECG o sin él, la integración lineal a veintisiete está agotada y el nuevo tratado debería ser simplemente un parche temporal; una suerte de cura de urgencia para contener la hemorragia que está provocando la imparable crisis económica actual.

Precisamente por ser la respuesta jurídica a una situación excepcional, en el futuro no debería erigirse este tipo de ‘reformas heterodoxas’ en modelo aplicable a situaciones de normalidad. Este tratado no puede ser en modo alguno la solución definitiva a esta crisis de modelo. Esa deberá llegar cuando las turbulentas aguas de la economía actual vuelvan a la calma y su diseño requerirá bastante más sosiego que el tenido en la noche del pasado 8 de diciembre de 2011. Aparte de que probablemente esté faltando en esta cuestión, como acaso también en otras tantas, el tino preciso para un correcto *storytelling*; los ciudadanos necesitan un relato verídico y convincente para

⁷⁷ Véase, por ejemplo, CRAIG, P. P., «The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism», *European Law Review* 2002, núm. 37, pp. 231-248, especialmente pp. 238-241.

⁷⁸ No en vano, como ha afirmado recientemente quien fue largo tiempo responsable del servicio jurídico del Consejo, con crisis o sin ella «the present EU set-up is no longer tenable»; PIRIS, J.C., «Divide Europe, save the union», *Financial Times* de 4 de noviembre de 2011.

respaldar este tipo de iniciativas extraordinarias, cuyo efecto más visible son muy duros recortes sociales de los que no termina de verse su efectividad colectiva. Al fin y al cabo está en juego el propio modelo europeo de vida.

En cualquier caso, sólo el paso del tiempo dilucidará si el TECG ha sido el compañero de viaje que en estos turbulentos momentos necesitaba la Unión Europea para llegar a su particular Ítaca en forma de recuperación económica y mejor avituallamiento para futuras crisis o, más bien, un nuevo intento fallido para salir del declive en que ha entrado la Unión desde el fracaso del Tratado Constitucional. Esperemos, por el bien de todos, que sea el primer caso...

EL NUEVO TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA EN LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE UNA PECULIAR REFORMA REALIZADA FUERA DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

El 2 de marzo de 2012 se firmó por veinticinco de los veintisiete Estados miembros de la UE (todos salvo el Reino Unido y la República checa) el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria (TECG). Su intención es dotar a la UE de la ‘pata económica’ que no fue políticamente posible incluir en el Tratado de Maastricht y cuyas consecuencias negativas han aflorado de manera dramática durante la actual crisis económica y financiera. Así, este importante tratado recoge, entre otros aspectos relevantes, la obligación de limitación de forma efectiva el déficit estructural de los Estados miembros de la Unión Económica y Monetaria (UEM) con atribución de competencia al Tribunal de Justicia de la UE para verificar su cumplimiento, la introducción de mecanismos de coordinación y supervisión de los planes nacionales para la emisión de la deuda pública o el refuerzo de la coordinación económica y gobernanza de la zona euro.

Sin embargo, la principal novedad del TECG es la peculiar vía jurídica por la que se ha elaborado, a saber, un tratado internacional celebrado al margen de los mecanismos de reforma de los tratados constitutivos de la UE expresamente previstos *ad hoc* en el artículo 48 del Tratado de la UE. Esto plantea un importante elenco de interrogantes de índole jurídica e institucional, como por ejemplo el papel que este tratado celebrado fuera del marco de la UE atribuye a instituciones de ésta como la Comisión o el Tribunal de Justicia.

Se trata, en el fondo, de un tratado muy peculiar que ha de ser interpretado como una ‘cura de urgencia’ de carácter provisional y transitoria realizada en un momento político y económico extraordinariamente delicado para Europa. Con todo, su destino final debería ser su incorporación futura al marco de los tratados constitutivos de la UE.

PALABRAS CLAVE: Unión Económica y Monetaria; Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza; reforma de los tratados de la Unión Europea; crisis económica y financiera.

THE NEW TREATY ON STABILITY, COORDINATION AND GOVERNANCE
IN THE ECONOMIC AND MONETARY UNION: REFLECTIONS
WITH REGARD TO A PARTICULAR REFORM CARRIED OUT OUTSIDE
THE CONSTITUTIVES TREATIES

On 2 March 2012, twenty-five of the twenty-seven EU member States (i.e., all of them except the United Kingdom and the Czech Republic) signed the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG). Its aim was to endow the EU with the economic «leg» that it was not politically possible to include in the Maastricht Treaty and the negative consequences of which have emerged dramatically during the current economic and financial crisis. This important treaty thus includes, among other important aspects, the obligation to effectively limit the structural deficits of the member States of the Economic and Monetary Union (EMU), and attributes jurisdiction to the EU Court of Justice to verify fulfilment of this obligation; it has also introduced mechanisms for the coordination and supervision of national plans for issuing public debt and reinforcement of the economic coordination and governance of the Euro zone.

However, the main novelty of the TSCG is the peculiar legal path through which it was drawn up, to wit, an international treaty entered into disregarding the mechanisms for reforming the constitutional treaties of the EU expressly provided for *ad hoc* in article 48 of the Treaty of the EU. This poses an important range of legal and institutional issues, such as the role that this treaty —signed outside the EU framework— attributes to EU institutions such as the European Commission and the European Court of Justice.

In short, it is a very peculiar treaty that has to be interpreted as a provisional and transitory «emergency fix» at an extraordinarily delicate political and economic moment for Europe. Despite this, its final destiny should be its future incorporation into the framework of the constitutional treaties of the EU.

KEY WORDS: Monetary and Economic Union; Treaty on Stability; Coordination and Governance, reform of European Union treaties; economic and financial crisis

LE NOUVEAU TRAITÉ SUR LA STABILITÉ, LA COORDINATION
ET LA GOUVERNANCE AU SEIN DE L'UNION ECONOMIQUE ET MONE-
TAIRE: RÉFLEXIONS SUR UNE RÉFORME PARTICULIÈRE EFFECTUÉE
EN DEHORS DES TRAITÉS CONSTITUTIFS

Le 2 mars 2012 vingt-cinq états, parmi les vingt-sept des Etats Membres de l'UE (tous sauf le Royaume Uni et la République Chèque) ont signé le Traité de Stabilité, Coordination et Gouvernance de l'Union Européenne et Monétaire (TSCG). Leur intention est de doter l'UE de la «patte économique» qu'il n'a pas été possible d'inclure politiquement dans le traité de Maastricht et dont les conséquences négatives ont surgi de façon dramatique lors de l'actuelle crise économique et financière. Cet important traité inclut, parmi d'autres aspects de grande importance, l'obligation de limiter de manière effective le déficit structurel des Etats membres de l'Union Economique et Monétaire

(UEM), s'en remettant au Tribunal de Justice de l'UE pour vérifier son application, l'introduction de mécanismes de coordination et supervision de plans nationaux pour l'émission de la dette publique ou le renforcement de la coordination économique et gouvernance de la zone euro.

Cependant, la principale nouveauté du TSCG est sa spécifique voie juridique à travers laquelle elle a été élaborée, c'est-à-dire un traité international élaboré en marge des mécanismes de réformes des traités constitutifs de l'UE, expressément prévus *ad hoc* dans l'article 48 du Traité de l'UE. Ceci pose un nombre important de points d'interrogations de caractère juridique et constitutionnel comme, par exemple, le rôle de ce traité —signé hors du cadre de l'UE— attribué aux institutions de l'UE, comme la Commission ou le Tribunal de Justice.

Il s'agit, en réalité, d'un traité très particulier qui doit être interprété comme une «cure d'urgence», provisionnel et transitoire, qui a fait son apparition à un moment politique et économique extraordinairement délicat pour l'Europe. Notons cependant que son destin final devrait être son incorporation future aux traités constitutifs de l'UE.

MOTS CLÉS: Union Economique et Monétaire; Traité de Stabilité, Coordination et Gouvernance; réforme des traités de l'union Européenne; crise économique et financière.

