

# OPCIONES LEGALES PARA UN SEGURO DE DESEMPLEO EUROPEO

JUSTO CORTI VARELA<sup>1</sup>

*Revista de Derecho Comunitario Europeo*  
ISSN-L 1138-4026, núm. 53, Madrid, enero/abril (2016), pp. 117-156  
<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.53.03>

## **Cómo citar/Citation**

Corti Varela, J. (2016). Opciones legales para un Seguro de Desempleo Europeo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 53, 117-156.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.53.03>

## **Resumen**

Desde su mención en el *Four Presidents' Report* (2012), entre los posibles mecanismos automáticos de estabilización macroeconómica, han surgido varias propuestas tendentes a la creación de un Seguro de Desempleo Europeo (SDE). Todas ellas se centran en los aspectos económicos o políticos, pero poco se ha dicho sobre las opciones legales para dar un encuadre jurídico al instrumento. En este artículo se analizan los condicionantes fácticos y políticos de la iniciativa, así como los principales diseños económicos propuestos. En segundo término, se aborda el encaje jurídico utilizando bases jurídicas existentes (para toda la UE o solo para la eurozona), planteando una reforma de los tratados o desarrollándola a través de un tratado internacional *inter se* fuera del marco institucional comunitario.

## **Palabras clave**

Seguro de Desempleo Europeo; Mecanismos de Estabilización Macroeconómica; base jurídica; cooperación reforzada; cláusula *no-bail-out*; tratados *inter se*.

---

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad CEU-San Pablo.

## LEGAL OPTIONS FOR A EUROPEAN UNEMPLOYMENT INSURANCE

### **Abstract**

The European Unemployment Insurance (EUI) was one of the EU macroeconomic mechanisms mentioned by the Four Presidents' Report (2012) with the aim of reducing fiscal imbalance shocks. There have been several proposals on how to implement it, however, all of them were focused on economic and political aspects and very little was said on the legal basis. This article analyses, firstly, factual and political preconditions of the EUI; secondly, the proposed economic designs. Finally, I explain which would be the legal framework – either using a TFEU legal basis (for the whole EU or for the Eurozone only), or proposing a reform of the EU treaties, or developing an international treaty *inter se*.

### **Key words**

European Unemployment Insurance; Macroeconomic Stabilization Mechanisms; Legal Basis; Enhanced cooperation; No-bail-out clause; Treaties *inter se*.

## LES OPTIONS JURIDIQUES POUR UNE ASSURANCE CHOMAGE EUROPEENNE

### **Résumé**

L'Assurance Chômage Européenne est un des mécanismes macroéconomiques suggérés par le *Four Presidents' Report* en 2012 pour réduire les conséquences des chocs des déficits budgétaires. Depuis, il y a eu plusieurs propositions sur la façon de l'implanter. Tous les modèles proposés sont focalisés sur les aspects économiques et politiques mais ils ne développent pas les questions juridiques. Cet article analyse, premièrement, les conditionnant politiques et de fait; deuxièmement, les principaux modèles économiques proposés et; finalement, on étudie le cadre juridique à partir des bases juridiques actuelles (soit pour toute l'UE, soit pour les pays de la zone Euro), une réforme des traités Européens ou l'utilisation d'un traité international *inter se*.

### **Mots clés**

Assurance Chômage Européenne; Mécanismes Macroéconomiques de Stabilisation; Bases Juridiques; Coopération renforcée; La clause *no-bail-out*; Traités *inter se*.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CONDICIONAMIENTOS Y EL DEBATE DE TRASFONDO SOBRE LA NATURALEZA DEL SDE: 1. Los condicionamientos fácticos: la disparidad de los mercados de trabajo; 2. Los condicionamientos políticos: evitar el riesgo moral en la UEM. III. LOS MODELOS PROPUESTOS: 1. El SDE complementario; 2. El reaseguro. IV. MAS ALLA DE LA ESTABILIZACIÓN MACROECONÓMICA. V. BASES JURÍDICAS DENTRO DEL TFUE ACTUAL: 1. Un SDE como medida de consolidación del mercado interior: A. Un SDE con efectos directos sobre la libre circulación de trabajadores sobre la base de los arts. 114 y 352 TFUE; B. Un SDE con fuertes elementos de armonización en materia de seguridad social y promoción de la libre circulación de trabajadores: arts. 48 y 114 TFUE; C. La cláusula *no-bail-out* del art. 125.1 del TFUE; 2. ¿La coordinación de políticas sociales y de empleo puede ser una base jurídica complementaria? El art. 153.2 TFUE; 3. Un SDE como mecanismo de estabilización macroeconómica para la eurozona: el art. 136.3 TFUE; 4. El recurso a la cooperación reforzada (art. 20 TUE). VI. EL DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMAR LOS TRATADOS. VII. LA CONSTRUCCIÓN EXTRA MUROS A TRAVÉS DE UN TRATADO INTERGUBERNAMENTAL. VIII. A MODO DE CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de su importancia para el modelo social europeo, la UE nunca pudo avanzar hacia la armonización de los sistemas de seguridad social. Las razones son múltiples, desde la gran disparidad de modelos hasta los elementos identitarios que tiene el Estado de bienestar para muchos países de la Unión. El obstáculo más importante lo constituye el gran peso que tiene la seguridad social en los presupuestos públicos, con lo que cualquier propuesta de armonización es vista como la transferencia *de facto* del control de una parte importante de la economía nacional. Por ello, la estrategia europea ha sido siempre de *minimis*, coherente con el carácter complementario que tienen las competencias en materia de política social, centrándose solo en reducir los problemas de libre circulación mediante la coordinación en caso de efectos

transfronterizos<sup>2</sup> y, desde el Tratado de Ámsterdam, dando impulso al diálogo en materia social y de empleo siguiendo el Método Abierto de Coordinación<sup>3</sup>. Esta coordinación ha cuidado de compensar cualquier tipo de transferencia financiera, más allá de los fondos estructurales, demostrando la falta de solidaridad entre Estados y la ausencia de una verdadera identidad europea en el ámbito social.

Cuando el debate entre coordinación versus armonización parecía haber llegado a un punto muerto, la *gran recesión* rescató la idea de crear un Seguro de Desempleo Europeo (SDE) no para coordinar o incluso armonizar las políticas sociales sino por la necesidad de contar con instrumentos de reequilibrio macroeconómico<sup>4</sup>. La crisis puso en evidencia varios problemas de diseño de la UEM<sup>5</sup>. En primer lugar, la supervisión bancaria. No se supo detectar a tiempo los problemas de descapitalización de las entidades financieras, ni se contaba con sistemas federales de reca-

<sup>2</sup> Reglamento CEE 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149 de 5 de julio de 1971). Reglamento CE 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (*Diario Oficial* L 166 de 30 de abril de 2004, p. 1).

<sup>3</sup> Los MAC en materia social y de empleo son parte de la Estrategia Lisboa. A partir de la Estrategia 2020 la coordinación pierde el sesgo de justicia social y queda subordinada a los requerimientos económicos. Véase Nora María MARTÍNEZ YÁÑEZ, «La coordinación de las políticas sociales y de empleo en el vórtice de la gobernanza económica europea», *RDCE* núm. 52, 2015, p. 949-984, esp. p. 955-958.

<sup>4</sup> La idea no es nueva, ya se menciona en el informe Robert MARJOLIN, *Report of the Study Group 'Economic and Monetary Union 1980'*, II/675/3/74, Directorate-General of Economic and Financial Affairs, 8 de marzo de 1975. También la incluye Alexander ITALIANER y Mark VANHEUKELLEN, «Proposals for community stabilization mechanisms: some historical applications», *The Economics of Community Public Finance*, núm. 5, 1993, p. 493-510.

<sup>5</sup> Para una discusión más en detalles sobre los problemas de diseño de la UEM véanse, entre otros, Kevin O'ROURKE, Allan TAYLOR «Cross of Euros» *Journal of Economic Perspectives* núm. 27(3), 2012, pp. 167-192; Paul KRUGMAN, «Revenge of the Optimum Currency Area», en Daron ACEMOGLU, Jonathan PARKER y Michael WOODFORD (eds.), *NBER Macroeconomics Annual 2012*, University of Chicago Press, 2013, pp. 439-448; Paul DE GRAUWE, «Design Failures in the Eurozone: Can they be fixed?», *LSE Europe in Question Discussion Paper*, núm. 57, 2013.

pitalización<sup>6</sup>. En segundo término, la carencia de mecanismos de transferencia fiscal para impedir que los *shocks* asimétricos (en algunos casos agravados por los rescates bancarios a cargo de presupuestos nacionales) provocasen una crisis de deuda soberana<sup>7</sup>. Esto último se solucionó parcialmente con la barra libre del BCE («haré todo lo que sea necesario», en palabras de Draghi) y la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), un híbrido de presupuesto federal de último recurso muy controlado por los Estados prestamistas (no por las instituciones comunitarias), y cuyos rescates están sujetos a una fuerte condicionalidad. El tercer problema es la pérdida de confianza de los ciudadanos en el proyecto de integración. Si bien la CEE nace para crear un mercado, a lo largo de los casi sesenta años de historia el proyecto europeo, en su afán de avanzar hacia una «unión más estrecha entre los pueblos», ha introducido algunos elementos que trascienden lo meramente económico y lo acercan a la ciudadanía. La libre circulación de personas, la política de protección de consumidores y del medio ambiente, y la política de cohesión regional y social son algunos ejemplos. Estas políticas son, en su mayoría, fruto de la Comisión Delors y del Tratado de Maastricht. Desde entonces poco se ha avanzado al respecto. La coordinación en materia social, política complementaria introducida en el Tratado de Ámsterdam, ha sido muy pobre y de escaso alcance práctico<sup>8</sup>. Es más, desde que el art. 5 TFUE reuniera en un único precepto la coordinación en materia económica, social y empleo, se ha producido una lenta e irremediable primacía de la primera por sobre las dos últimas. Por ello, no es extraño que a partir de 2012 se sucedieran una serie de documentos tendentes a incluir elementos de *agenda social* dentro de la UEM<sup>9</sup>. Es en

<sup>6</sup> Estos se han resuelto parcialmente con la llamada «Unión Bancaria». Para un estudio completo véase Luis Miguel HINOJOSA y José María BENEYTO (dirs.), *Banking Union. The New Regime*, Kluwer, 2015.

<sup>7</sup> En relación con la vieja discusión económica sobre si la UEM necesariamente llevaría a la unión fiscal véase el resumen presente en COMISIÓN EUROPEA, *Paper on Automatic Stabilizers*, informe del grupo de trabajo presidido por Robert Strauss, Dirección General Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, 4 de octubre de 2013.

<sup>8</sup> El art. 151 TFUE vincula la acción de la UE en materia de política social al funcionamiento del mercado interior.

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Reforzar la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria» COM (2013) 690 final; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Reforzar la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria» (DO C 67 de 6 de marzo de 2014, p. 122); Resolución del

este contexto particularmente complejo en que surge la idea de crear un Seguro de Desempleo Europeo.

Como adelantábamos, la propuesta nace por un motivo estrictamente económico<sup>10</sup>. Es parte del llamado *Four Presidents' Report* de 2012<sup>11</sup> y del «Blueprint for a deep and genuine Economic and Monetary Union»<sup>12</sup> que propusieron generar «capacidad fiscal» a nivel central<sup>13</sup>. La idea es que un SDE podría aliviar las cuentas de los países que sufren *shocks* asimétricos en

---

Parlamento Europeo, de 21 de noviembre de 2013, sobre la Comunicación de la Comisión titulada «Reforzar la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria» (2013/2841(RSP)).

<sup>10</sup> A contrario, la visión del Parlamento Europeo es bifronte ya que considera que la protección contra el desempleo incluye efectos sociales y económicos como dos caras de una misma moneda. Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas: empleo y aspectos sociales en el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2014 (2013/2158(INI)). Cf. Micaela MONTE, Thomas ZANDSTRA, «Cost of Non-Europe of the Absence of an Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area», *European Parliamentary Research Service*, núm. PE 510.984, septiembre 2014.

<sup>11</sup> Herman VAN ROMPUY, *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*. Informe para el Consejo Europeo elaborado en colaboración con José Manuel BARROSO, Jean-Claude JUNCKER y Mario DRAGHI (conocido como el *Four Presidents' Report*), 5 de diciembre de 2012. En este documento se menciona la necesidad de crear «well-defined and limited fiscal capacity to improve the absorption of country-specific economic shocks, through an insurance system set up at the central level»; y aclara que estos mecanismos microeconómicos de transferencia fiscal pueden tener una «specific public function sensitive to the economic cycle, such as unemployment insurance».

<sup>12</sup> COMISIÓN EUROPEA, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union: Launching a European Debate*. COM(2012) 777 final/2, 30 de noviembre de 2012. En este documento no se menciona específicamente el SDE pero sí que se incluye la necesidad de profundizar la coordinación en materia de fiscalidad y empleo. La idea se retoma en el plan de acción de la Presidencia italiana del Consejo de la UE cuando dice: «Special attention will be paid to the issue of automatic stabilisation through discussions on the possible establishment of an EMU-wide unemployment benefit system as a tool for asymmetric shock absorption at central level».

<sup>13</sup> Aunque no la menciona expresamente, podría ser uno de los «estabilizadores automáticos» que promueve el *Five Presidents' Report* de 2015. Jean-Claude JUNCKER, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, Informe de la Comisión elaborado en estrecha colaboración con Donald TUSK, Jeroen

sus economías, ya que uno de los efectos más visibles de estos impactos es el alza del desempleo, y con ello del gasto público<sup>14</sup>. En tanto que estabilizador económico, los beneficios de instaurar un SDE son claros<sup>15</sup>.

¿Tiene entonces el SDE un sentido puramente macroeconómico o puede ser también un instrumento útil para mejorar el funcionamiento del mercado interior o, inclusive, considérase parte de la Europa social? El hecho de que la Comisión Europea no lo haya incluido en su Comunicación «Reforzar la dimensión social de la UEM»<sup>16</sup> dice mucho al respecto. La cuestión no es baladí, ya que la razón última de su creación afectará sensiblemente la elección de la base jurídica y, si no se encontrase sustento suficiente en los tratados, nos llevará a la pregunta de si es necesario reformarlos o si podemos servirnos de un tratado intergubernamental donde poder desarrollarlo. Incluso en el caso de que se asumiese que el centro de gravedad está en la UEM, como parece a primera vista, dependiendo del diseño económico que se adopte se enfrentaría con la *no bail out clause* del art. 125 TFUE.

Estudiar el SDE como una propuesta de coordinación de Política Social es teóricamente posible y, de hecho, incluiremos el art. 153 TFUE como una de las eventuales bases jurídicas complementarias. Sin embargo, todo indica que el SDE no nace ni se fundamenta principalmente en tanto que mecanismo de coordinación de políticas sociales, por lo que entenderlo así sería un sinsentido. Por ello no entramos a valorar la necesidad de su introducción desde cada uno de los 28 sistemas de seguridad social. Por la misma razón, y a pesar de reconocer que la instauración de un SDE tendrá un impacto importante en el Derecho laboral y de la Seguridad Social de los Estados miembros, tampoco los analizaremos más allá de algunos elementos puntuales. La amplitud y múltiples repercusiones de estas cuestiones demandarían un estudio por separado.

En definitiva, estas preguntas son las que pretendemos responder en este artículo. Para ello, en primer lugar, analizaremos los condicionamientos y las

---

DIJSELBLOEM, Mario DRAGHI y Martin SCHULZ (conocido como el *Five President's Report*), 22 de junio de 2015.

<sup>14</sup> Las diferencias de gasto en políticas de desempleo en relación con el PIB es sustancial. Según datos de 2010, el Reino Unido gastaba aproximadamente un 0,5 de su PIB, mientras España un 4%. Véase Grégory CLAEYS, Zsolt DARVAS y Guntram WOLFE, «Benefits and drawback of European Unemployment Insurance», *Bruegel Policy Brief*, núm. 6, 2014, p. 1.

<sup>15</sup> Todos los estudios económicos analizados en el apartado III se afanan en demostrar las bondades económicas del instrumento.

<sup>16</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Reforzar la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria» COM(2013)690final, 2.10.2013.

propuestas de SDE hasta ahora realizadas, valorando sus impactos directos e indirectos. En segundo término, encuadraremos dichas propuestas en las bases jurídicas existentes, siempre a la luz de la doctrina del TJUE. Finalmente, si no hubiese sustento suficiente en los tratados, valoraremos tres posibles soluciones, bien una modificación de las actuales propuestas para que sí fuese posible realizarla con la actual redacción de los tratados, bien una reforma mínima del tratado haciendo uso del artículo 48(6) TUE, bien la creación de un tratado internacional fuera del contexto comunitario.

## II. LOS CONDICIONAMIENTOS Y EL DEBATE DE TRASFONDO SOBRE LA NATURALEZA DEL SDE

El diseño del SDE se enfrenta a dos problemas principales<sup>17</sup>: la incompatibilidad de modelos de desempleo y los condicionamientos políticos a la transferencia de recursos. Si bien ambas cuestiones centran la atención de las propuestas que analizaremos más adelante, en realidad responden a dos naturalezas diferentes, y en cierto modo contrapuestas, que puede adquirir el SDE: un instrumento del mercado interior para la UE28 o un mecanismo de estabilización macroeconómica de la UEM.

### 1. LOS CONDICIONAMIENTOS FÁCTICOS: LA DISPARIDAD DE LOS MERCADOS DE TRABAJO

La gran diversidad de esquemas de seguros de desempleo<sup>18</sup> imperante en los Estados miembros es muestra del fracaso de los intentos de coordinación de los sistemas de seguridad social y dificulta sobremanera la elección de un modelo europeo. No entraremos a analizar las diferencias que han sido estudiadas en detalle en trabajos comparativos específicos<sup>19</sup>, pero se puede afirmar

<sup>17</sup> Aunque con diferente denominación, es la misma conclusión que saca el estudio de Stefan VETTER, «Stabilization, solidarity or redistribution?», *Deutsche Bank Research Briefing on European Integration*, 25 de noviembre de 2014.

<sup>18</sup> En este trabajo analizamos los sistemas contributivos y mixtos de proyección contra el desempleo, dejando fuera los mecanismos no contributivos de tipo asistencial y los beneficios sociales para personas sin ningún tipo de recurso. La razón es que solo los seguros de desempleo propiamente dichos están presentes en todos los países de la unión. La asistencia por desempleo lo está solo en Austria, Alemania, Finlandia, Grecia, España, Irlanda, Holanda, Suecia, Eslovenia y Reino Unido, y la cobertura social por carecer de ingresos mínimos (salario mínimo de reinserción) en todos menos en Grecia.

<sup>19</sup> Véase la base de datos *Mutual Information System on Social Protection and Social Security* (MISSOC) preparada por la Comisión Europea. Disponible en <http://www>.

que los mecanismos nacionales varían esencialmente en cuanto a la cobertura, los criterios de elegibilidad, la duración del beneficio, la tasa de reposición y el modo en que se financian<sup>20</sup>.

En cuanto a la cobertura, los hay que son de tipo obligatorio (gestionados por la Seguridad Social) y los hay voluntarios, en donde los fondos son administrados por los actores sociales (países escandinavos<sup>21</sup>). Ciertos países cubren a autónomos<sup>22</sup> y a empleados públicos<sup>23</sup>, la reducción de jornadas (desempleo parcial)<sup>24</sup> y los producidos por contratos a tiempo determinado<sup>25</sup>. La tendencia, sin embargo, es hacia la universalización de la cobertura<sup>26</sup>.

Respecto a los criterios de elegibilidad, si bien la mayoría exige los mismos tres criterios (situación de desempleo involuntario, cotización mínima y participación activa en programas de empleo) cambia los baremos de aplicación. La diferencia más importante tiene que ver con la cotización mínima, pudiendo ser de solo diecisiete semanas en Francia a ciento cincuenta y seis semanas en Eslovaquia.

La duración del beneficio es, asimismo, muy variable: dos meses en Hungría, dos años en Dinamarca, Francia, Alemania o España, cuatro años en Austria o incluso indefinido en Bélgica.

La cuantía de la prestación se fija normalmente a través de una tasa de reposición que en promedio está entre el 50% y el 60% de los ingresos previos

---

missoc.org (consultado por última vez el 20.02.2016). Para un análisis integrado ver Ida REGALIA, Stefano GASPARRI, «Social partners' involvement in unemployment benefit regimes in Europe», *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, Irlanda, 2013. Para un estudio de la propia UE, ver Ingrid ESSER, Tommy FERRARINI, Kenneth NELSON, Joakim PALME y Ola SJÖBERG, «Unemployment Benefits in EU Member States», Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Comisión Europea, 2013.

<sup>20</sup> Los matices, diferencias terminológicas y variación de conceptos aumentan la complejidad de la tarea comparativa que, por razones metodológicas, nos ha obligado a realizar ciertas simplificaciones y generalizaciones que pueden resultar imprecisas para un experto.

<sup>21</sup> Dinamarca, Finlandia y Suecia.

<sup>22</sup> Austria, Bulgaria, Dinamarca, Eslovenia, España (prestación por cese de actividad), Hungría Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal Rumania. En algunos casos, como en España, la suscripción no es obligatoria.

<sup>23</sup> Estonia, Países Bajos y España. En España se excluye a los funcionarios de carrera que, por regla, no pueden ser despedidos.

<sup>24</sup> Alemania, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Eslovenia y Reino Unido.

<sup>25</sup> España y Eslovaquia.

<sup>26</sup> REGALIA y GASPARRI, *op. cit.*, nota 19. p. 26.

a la situación de desempleo, aunque hay diferencias, siendo los extremos la cobertura del 37% en Grecia y el 87% en Bélgica. Para añadir más complejidad, en muchos países estos beneficios se reducen a través de topes máximos<sup>27</sup> o se mejoran según cuál sea la situación personal o familiar del beneficiario<sup>28</sup>.

La financiación también presenta variaciones notables, ya sea en relación con quién debe pagar por el sistema (cotización del empleador, del trabajador o financiación directa a cargo del Estado) o con la cuantía de dicha contribución. El primer modelo es el nórdico, en donde la cobertura la realizan varios fondos descentralizados financiados principalmente por los trabajadores y gestionados por los sindicatos<sup>29</sup>. El segundo es el fondo único cofinanciado por trabajadores y empleadores<sup>30</sup>. En el tercero, los empleadores (y autónomos) realizan una cotización a una aseguradora<sup>31</sup>. Finalmente, los hay que son financiados directamente por el Estado, sea a través de un impuesto especial<sup>32</sup> o a través de los presupuestos generales<sup>33</sup>. Las cuantías de las aportaciones son también diversas, yendo del 6% de los ingresos brutos en Francia al 0,2% en Eslovenia. Esta alta disparidad no es siempre proporcional a la cuantía de las prestaciones, ya que influyen también otros factores como los niveles de desempleo<sup>34</sup> (es decir, el riesgo a cubrir) y los costes salariales unitarios<sup>35</sup>, haciendo evidente la fragmentación de los mercados laborales y, a la postre, que

<sup>27</sup> Austria, Bélgica, Bulgaria, Estonia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Eslovenia, España y Suecia. Estos topes son muy diversos pudiendo variar de 12.680 euros mensuales en Francia, 6.050 euros mensuales en Alemania a 1.192 euros mensuales en Italia.

<sup>28</sup> Austria, Bélgica, Chipre, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Malta, España y Suecia.

<sup>29</sup> Es el imperante en Estonia, Finlandia, Bélgica, Dinamarca y Suecia (en los dos últimos casos con subsidios estatales).

<sup>30</sup> Austria, Bulgaria, Chipre, Francia, Alemania, Hungría, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, Reino Unido, Irlanda, Grecia, Malta, Rumanía y España.

<sup>31</sup> Países Bajos, Italia y República Checa.

<sup>32</sup> Noruega y Luxemburgo.

<sup>33</sup> Polonia.

<sup>34</sup> Según datos de agosto de 2015, la disparidad por regiones era acuciada, habiendo varios *Länder* alemanes con menos del 3% de paro y otras zonas, como Andalucía, con más del 38%. Eurostat, «Estadísticas de Empleo», disponible en [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment\\_statistics/es](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/es) (consultado por última vez el 20.2.2016).

<sup>35</sup> La divergencia es de 3,8 euro/hora (Bulgaria) a 40,3 euro/hora (Dinamarca). Véase Eurostat, «Salarios y costes salariales», disponible en [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Wages\\_and\\_labour\\_costs/es](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Wages_and_labour_costs/es) (consultado por última vez el 20.2.2016).

la libre circulación de trabajadores existente desde hace más de cincuenta años no ha logrado impulsar la convergencia.

En definitiva, si bien las diferencias son cuantificables y en cierto modo susceptibles de promediar, el elemento esencial es que obedecen no tanto a un origen diverso de los sistemas de seguridad social, que lo tienen, sino más bien al modo en que fueron evolucionando los seguros de desempleo nacionales según cuál era la estructura del mercado de trabajo, cómo se combinaron con otros beneficios asistenciales que hacen frente a necesidades similares, la forma en que se negociaron con los actores sociales y el grado de participación de estos en su gestión. Desgraciadamente, estos elementos no han sido tenidos en cuenta en el diseño del SDE al centrarse, exclusivamente, en su impacto macroeconómico.

## 2. LOS CONDICIONAMIENTOS POLÍTICOS: EVITAR EL RIESGO MORAL EN LA UEM

Además de los problemas que representa la gran disparidad de modelos de seguros de desempleo, el SDE debería cumplir con una serie de condicionamientos políticos incluidos en el *Four Presidents' Report*<sup>36</sup> que, como veremos más adelante, no dejan de ser una plasmación en concreto de la *no bail out clause*. Recordemos que el SDE nace como un mecanismo de reequilibrio fiscal y, como tal, debería cumplir los requisitos que el citado documento exige para estos instrumentos:

a) La capacidad fiscal generada no debe conducir a un flujo permanente y unidireccional de recursos de unos países hacia otros, ni concebirse como un instrumento de *ecualización* de ingresos.

b) No deben disminuir los incentivos para una política basada en fundamentos económicos. Se debe limitar el riesgo moral y fomentar las reformas estructurales.

c) Se deberían articular dentro del marco de la UE y sus Instituciones, especialmente para garantizar la compatibilidad con las reglas presupuestarias y los procedimientos de coordinación de políticas económicas.

d) No deben concebirse como instrumentos de gestión de crisis sino como mecanismos que aumenten la capacidad fiscal, actúen de forma preventiva evitando que la crisis se produzca y hagan menos probable la utilización del MEDE.

---

<sup>36</sup> VAN ROMPUY *op. cit.*, nota 11, p. 12.

e) Deben respetar el principio de subsidiaridad, sus operaciones deben ser transparentes y deben contar con sistemas de control democrático. Además, debe haber proporción entre el coste y el beneficio, y su implantación no debería producir un incremento de los impuestos o en los niveles de gasto.

El propio *Blueprint*<sup>37</sup> de la Comisión, al hablar de la necesidad de generar capacidad fiscal con funciones estabilizadoras, exige que el diseño se base solo en desequilibrios asimétricos de corto plazo, de tal manera que se impida el flujo permanente de fondos o se desaliente las reformas estructurales, por lo que las transferencias deberían estar sujetas a una estricta condicionalidad política.

Todos estos condicionamientos podrían resumirse en evitar el llamado riesgo moral. Es decir, que los gobiernos pospongan reformas necesarias pero impopulares, sabiendo que los efectos negativos, en particular, los costes asociados con el desempleo, serán mutualizados. Se trata, por lo tanto, de reproducir el esquema de condicionamientos de los *bail-outs* del MEDE a una escala más pequeña y prediseñada<sup>38</sup>.

Estos condicionamientos merecen dos críticas principales. La primera de tipo económico. Si el mecanismo se crea para reequilibrar, necesariamente deberá haber cierta transferencia de recursos y puede que, si los desequilibrios son estructurales, esta dure en el tiempo, hasta que se adopten las políticas económicas de fondo. Respecto a cuánto tiempo puede llevar eliminar los desequilibrios, hay que decir que hoy sabemos que sus causas son mucho más complejas de lo que se preveía inicialmente. De hecho, la experiencia de los rescates del MEDE demuestra que las mismas medidas funcionaron en algunos países y no en otros. Además, algunos desequilibrios pueden ser agravados por las propias políticas monetarias que, al estar unificadas, no siempre se ajustan a las necesidades de cada economía. Por ejemplo, el alza de tipos de 2008 respondía a una situación de recalentamiento de la economía alemana, cuando ya había indicios de desaceleración en las economías del mediterráneo. Si la idea de crear capacidad fiscal tiene por objetivo amortiguar los desequilibrios, reducir las transferencias hasta el punto de no crear flujos unidireccionales prolongados hará que el instrumento tenga unos efectos macroeconómicos, diríamos, más bien limitados.

La segunda objeción es de tipo político. Los condicionamientos parecen tener como principal objetivo evitar el riesgo moral y el desincentivo de las reformas

<sup>37</sup> COMISIÓN EUROPEA, *A blueprint for a deep and genuine...*, *op. cit.*, nota 12, p. 31.

<sup>38</sup> Esta es la estrategia que plantea la Comisión Europea en su *Blueprint*, *ibíd.*, donde menciona en varias ocasiones la necesidad de que los nuevos instrumentos de UEM estén sujetos a una condicionalidad similar al MEDE. Véase especialmente el apartado «General Principles», pp. 35-36.

estructurales. Es bien sabido que estas reformas no son neutras desde el punto de vista ideológico, muy contestadas desde el ángulo económico y generan un gran rechazo en muchos países a los que se han impuesto como condición *sine qua non* para recibir los rescates. Incluir el SDE como parte de este modelo lejos estará de aumentar la legitimidad de la UE sino más bien todo lo contrario.

Los condicionamientos fácticos y políticos limitan sobremanera las posibilidades de las propuestas, en particular, en cuanto a la duración, la cuantía y, muy especialmente, el modo de financiación del sistema. Si se da mayor peso a la idea de un SDE como mecanismo de consolidación del mercado y promoción de la libre circulación de trabajadores, se pondrá más énfasis en solucionar los primeros. En cambio, si damos al SDE una naturaleza de mecanismo de estabilización macroeconómica de la UEM, nos centraremos más en los segundos. Esta decisión impactará también, más adelante, en la elección de las bases jurídicas.

### III. LOS MODELOS PROPUESTOS

A continuación, expondremos las principales propuestas realizadas hasta la fecha, que pueden clasificarse en dos grandes grupos: las que proponen un SDE complementario al seguro de desempleo nacional (las más numerosas) y las que proponen un reaseguro de los sistemas nacionales de desempleo<sup>39</sup>.

#### 1. EL SDE COMPLEMENTARIO

En este grupo incluimos los trabajos de DULLIEN<sup>40</sup>, el preparado por Robert STRAUSS para la Comisión Europea<sup>41</sup>, el de DOLLS *et al.* (ZEW)<sup>42</sup>, el de Jara y SUTHERLAND<sup>43</sup> (publicado por la Comisión Europea), el de PISANI-FE-

<sup>39</sup> La misma clasificación es realizada por Agnès BÉNASSY-QUÈRÈ, Xavier RAGOT, Guntram WOLFF «Quelle union budgétaire pour la zone euro», *Note du Conseil d'Analyse Économique* núm. 29, febrero 2016.

<sup>40</sup> Sebastian DULLIEN *A Euro-Area Wide Unemployment Insurance as an Automatic Stabilizer: Who Benefits and Who Pays?*, Documento preparado para la Comisión Europea (Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), versión corregida de diciembre 2013.

<sup>41</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Paper on Automatic Stabilizers... op. cit.* nota 7.

<sup>42</sup> Mathias DOLLS, Clemens FUEST, Dirk NEUMANN, Andreas PEICHL, *An Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area: Evidence at the Micro Level*, Centre for European Economic Research (ZEW), versión mayo 2014.

<sup>43</sup> H. Xavier JARA, Holly SUTHERLAND, *The implications of an EMU unemployment insurance scheme for supporting incomes*, Research Note 3/2013 de la Comisión Europea (Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), 2013.

RRY (Bruegel)<sup>44</sup>, la opción 1 del de Beblavý y Maselli<sup>45</sup> (preparado por CEPS para el Parlamento Europeo), el de Davis *et al.*<sup>46</sup> y uno de los mecanismos de integración fiscal sugeridos por el FMI<sup>47</sup>.

Para reducir al máximo los problemas que plantean las divergencias de legislaciones, las propuestas confluyen en la idea de que el SDE sería un seguro básico que podría ser mejorado por los sistemas nacionales de protección contra el desempleo tanto respecto a la cuantía como en lo referente a la duración de la prestación. La mayoría propone que esta última quede cubierta por el SDE durante un período máximo de 12 meses<sup>48</sup>, tenga una tasa de reposición del 40 o 50% y mantenga los requisitos vigentes en la legislación nacional en cuanto a las condiciones de acceso. Volveremos sobre este último punto más adelante.

La forma de financiación se divide entre quienes proponen un seguro directo financiado por una cotización bien de los trabajadores<sup>49</sup> bien de las empresas<sup>50</sup>; y quienes plantean un pago de los Estados en relación al PIB<sup>51</sup>.

Evidentemente si el SDE quiere tener un impacto de estabilización debería tener efectos redistributivos. Para que este efecto no provoque riesgo

<sup>44</sup> Jean PISSANI-FERRY, Erkki VIHRIÄLÄ y Guntram WOLFF, *Options for a Euro-area Fiscal Capacity*, Bruegel Policy Contribution núm. 2013/01, enero de 2013.

<sup>45</sup> El estudio tiene dos opciones, la primera un SDE complementario y la segunda de reaseguro que discutiremos en el punto siguiente. Miroslav BEBLAVÝ e Ilaria MASELLI, *An Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area: A simulation exercise of two options*, CEPS Special Report 98/2014, diciembre de 2014. El estudio publicado por el Parlamento Europeo, donde esta propuesta va en el anexo II, está firmado por Micaela DEL MONTE y Thomas ZANDSTRA, *Cost of Non-Europe of the Absence of an Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area*, European Parliamentary Research Service - PE 510.984, septiembre de 2014.

<sup>46</sup> Leila E. DAVIS, Charalampos KONSTANTINIDIS y Yorghos TRIPODIS, *A proposal for a federalized unemployment insurance mechanism for Europe*, Political Economy Research Institute, Paper 2015/02, University of Massachusetts Amherst.

<sup>47</sup> Céline ALLARD, Petya Koeva BROOKS, John C. BLUEDORN, Fabian BORNHORST, Katharine CHRISTOPHERSON, Franziska OHNSORGE y Tigran POGHOSYA, *Toward a fiscal union for the euro area*, IMF Staff Discussion Note SDN/13/09, septiembre 2013.

<sup>48</sup> JARA y SUTHERLAND lo reducen a nueve meses (desde el 4º al 12º mes de desempleo), siendo los tres primeros a cargo del sistema nacional. JARA y SUTHERLAND, *op. cit.*, nota 39.

<sup>49</sup> DULLIEN, *op. cit.*, nota 40.

<sup>50</sup> PISANI-FERRY, *op. cit.*, nota 44.

<sup>51</sup> BEBLAVÝ y MASELLI, *op. cit.*, nota 44. DOLLS *et al.*, *op. cit.*, nota 42.

moral, tal como exige el *Four Presidents' Report*, los autores proponen ciertos mecanismos de reajuste que, a la vez de reducir los costes del sistema, impiden que los flujos se hagan permanentes. El más usado es el de fijar un sistema disparador o *trigger*<sup>52</sup>. Es decir, el SDE solo actúa cuando los niveles de desempleo llegan a cierto umbral, o tienen un aumento significativo en un período relativamente corto. Esta limitación no elimina las transferencias ni garantiza la neutralidad del sistema. En el largo plazo habrá contribuyentes y beneficiarios netos, pero se espera que se reduzca el volumen de las transferencias y estas se tornen intermitentes. Así, se especula que ningún país pospondrá reformas necesarias con la esperanza de estar amparado por el SDE porque el daño provocado por una crisis económica o de empleo de la magnitud que activa el mecanismo sería claramente superior a sus beneficios electoralistas de una política demagógica.

Llama la atención, sin embargo, que los estudios no aborden la cuestión de las causas estructurales de las diferencias en los índices de desempleo ni la necesidad de integrar dentro del SDE mecanismos accesorios que las resuelvan. A nuestro entender, el problema estaría en las disparidades de los mercados de trabajo y no en las crisis macroeconómicas, que solo las agravarían<sup>53</sup>. Además, estas diferencias estructurales aumentarían la velocidad de destrucción de empleo en la llamada periferia<sup>54</sup>, por lo que las limitaciones de los *trigger*, incluso los vinculados a un salto en los índices de desempleo, no cambiarían la dirección de los flujos.

En cuanto a los costes del sistema se calcula que el mecanismo tendría un coste medio de unos 50.000 millones de euros anuales<sup>55</sup> o un 0,6% del PIB europeo. La existencia de *triggers* reduciría los costes al 0,07% del PIB<sup>56</sup> o, si el mecanismo es más generoso y llega a reemplazar totalmente los sistemas nacionales durante los meses iniciales, puede elevarse hasta el 1,8% del PIB<sup>57</sup>. El efecto de estabilización, que en es definitiva lo que se busca, es extrema-

<sup>52</sup> DULLIEN, *op. cit.* nota 40. BEBLAVÝ y MASELLI, *op. cit.* nota 45.

<sup>53</sup> Christian BEER, Walpurga KÖHLER-TÖGLHOFER, Alfred STIGLBAUER «A Common European Unemployment Insurance - A Much Debated Route Toward European Fiscal Union», *Monetary Policy & The Economy* Q4/14, pp. 35-52, esp. p. 45.

<sup>54</sup> Por ejemplo, en el período que va desde 1980 a 2012 España presenta durante los periodos de crisis una intensidad de destrucción tres veces superior a Portugal e Italia, y el doble que Irlanda. Laurence M. BALL, Daniel LEIGH, Prakash LOUNGANI «Okun's Law: Fit at Fifty?», National Bureau of Economic Research Working Paper 18668, enero de 2013.

<sup>55</sup> DULLIEN, *op. cit.* nota 39. DOLLS *et.al.*, *op. cit.*, nota 41.

<sup>56</sup> BEBLAVÝ y MASELLI, *op. cit.*, nota 44.

<sup>57</sup> PISSANI-FERRY, *op. cit.*, nota 43.

damente difícil de calcular<sup>58</sup>, en particular porque el efecto multiplicador de cada euro gastado sobre la economía es una suposición y el impacto es diferente dependiendo de la estructura económica de cada país. Haciendo una propuesta conservadora, con un efecto multiplicador de 1,5 euros por cada euro gastado en desempleo, Beblavý, Marconi y Maselli llegan a la conclusión de que la estabilización sería entre el 10 y el 30%<sup>59</sup>.

En general todos los estudios concluyen que el SDE sería positivo para un número importante de países, incluyendo a Francia, y para aquellos con un bajo nivel de desempleo (Austria, Holanda, Alemania), los efectos negativos desde el punto de vista fiscal se verían compensados por la garantía de estabilización de tipo macro-económico.

## 2. EL REASEGURO

Ante las dificultades que presentaban las propuestas de SDE complementario en enero de 2015 el CEPS, por encargo de la DG Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, lanzó una nueva idea consistente en el reaseguro de los mecanismos nacionales de protección contra el desempleo<sup>60</sup>.

La idea se inspira en el seguro de desempleo de los Estados Unidos, un sistema con dos niveles, uno estatal (para períodos de normalidad) y otro federal (para situaciones de crisis de empleo), complementado con extensiones extraordinarias de las prestaciones (para supuestos de grave crisis económica). La financiación de los dos primeros es a través de un impuesto estatal variable (según las condiciones de acceso, cuantía de beneficios e índice de desempleo de cada Estado) y un impuesto federal complementario que se destina a un fondo anticíclico<sup>61</sup>. Dicho

<sup>58</sup> Véase a este respecto el análisis en detalle del trabajo de DULLIEN, *op. cit.*, nota 40.

<sup>59</sup> Miroslav BEBLAVÝ, Gabriele MARCONI e Ilaria MASELLI, «A European Unemployment Benefits Scheme: The rationale and the challenges ahead» núm. 119, septiembre de 2015, esp. p. 20.

<sup>60</sup> Miroslav BEBLAVÝ, Daniel GROS e Ilaria MASELLI, «Reinsurance of National Unemployment Benefit Schemes», CEPS working document 401/2015. La idea ya había sido adelantada como «opción 2» en el trabajo preparado por BEBLAVÝ y MASELLI para el Parlamento Europeo, *op. cit.*, nota 45.

<sup>61</sup> Según datos de 2011, los impuestos estatales habrían recaudado 44.000 millones de dólares y el federal 6.700 millones. El impuesto federal en la actualidad es del 0,6% del salario de cada trabajador con un tope de 42 dólares por trabajador/año. La participación en el programa federal no es obligatoria, pero en caso de no hacerlo el impuesto federal se aumenta notablemente, con lo cual hay grandes incentivos para formar parte. El programa federal mantiene la independencia en cuanto al diseño de la parte estatal de la cobertura, aunque impone cierta armonización, como, por

fondo financia los Federal Extended Benefits, una ampliación de la duración de las prestaciones a 13 o 20 semanas adicionales que se activa a través de un *trigger* automático cuando se cumplen ciertos requisitos de alto desempleo<sup>62</sup>. Dado que se aplican solo a situaciones de desempleo creciente, aunque sea alto una vez que el desempleo se estabiliza los Estados dejan de estar en condiciones de utilizarlo. Por ello, no funciona correctamente para recesiones de larga duración<sup>63</sup>. Para tales supuestos se utiliza una medida de carácter excepcional, previa declaración de emergencia económica a través de una ley del Congreso, que vuelve a extender los períodos de disfrute, en este caso a cargo del presupuesto federal (no del fondo anticíclico)<sup>64</sup>. Es difícil predecir *a priori* el coste de estas extensiones extraordinarias (renovadas a veces por períodos de 3 meses) ya que se deciden por factores políticos más que de equilibrio presupuestario<sup>65</sup>.

---

ejemplo, que la cobertura tenga un mínimo de 13 semanas. Thomas GABE y Julie WHITTAKER, «Antipoverty Effects of Unemployment Insurance» Congressional Research Service R41777, 10 de abril de 2013.

<sup>62</sup> Los requisitos son complejos, pero podrían resumirse en dos supuestos. El primero, cuando el desempleo en un Estado es alto (superior al 5%) y en aumento (un 20% más elevado que el de los últimos dos años). Este caso daría lugar a la extensión de 13 semanas. El segundo tiene dos variables, la primera cuando la media de desempleo interestatal es alta (6,5%) y en crecimiento (10% superior a la de los últimos dos años). Esta daría también lugar a la extensión de 13 semanas. La segunda variable es cuando el desempleo interestatal supera el 8%, y es aquí cuando se extienden los beneficios hasta 20 semanas. Véase NELP, «Question & answer: The economic recovery Bill's New 'Extended Benefits' State Option-nearly 1,5 million workers may qualify for an Extra 13 to 20 Weeks of Jobless Benefits when they run out of the Federal Emergency Extension», National Employment Law Project. Disponible en [http://www.nelp.org/content/uploads/2015/03/extended.benefits.feb\\_.09.pdf](http://www.nelp.org/content/uploads/2015/03/extended.benefits.feb_.09.pdf) (consultado por última vez el 20.02.2016).

<sup>63</sup> Por ello se hizo necesario la creación de mecanismos de emergencia. Véase CASA BLANCA «The economic benefits of Extending Unemployment insurance», The Council of Economic Advisers and the Department of Labor, diciembre de 2013.

<sup>64</sup> Estos programas temporales de emergencia se han utilizado en la historia reciente en tres oportunidades, en la crisis de 1990/1994 (33 semanas complementarias), crisis 2002/2004 (26 semanas complementarias) y 2008-2013 (53 semanas complementarias).

<sup>65</sup> Por ejemplo, la Oficina Presupuestaria del Senado estimó que cada dólar invertido en este programa produce un efecto positivo en la economía equivalente a 1,9 dólares, por lo que se le calificó como el programa público con mayor impacto coste-beneficio. Véase Oficina Presupuestaria, «Policies for Increasing Economic Growth and Employment in 2012 and 2013», Declaración de Douglas W. Elmendorf (director) para el Comité de Presupuestos del Senado de los Estados Unidos, 2011.

El sistema americano deja dos enseñanzas. En primer lugar, en períodos de normalidad la contribución al Fondo Federal es mínima (42 dólares por trabajador) y ha tenido un gran efecto armonizador, incluso de políticas activas de empleo. En segundo término, cuando sobreviene la crisis, es necesario tomar la decisión política de realizar una actuación a gran escala y basada en análisis coste-beneficio más que en criterios de riesgo moral.

A partir del modelo americano, los investigadores del CEPS se inspiraron para proponer un sistema de reaseguro europeo. Un fondo común intervendría financiando los sistemas nacionales únicamente cuando hubiera verdaderos *shocks*, es decir, variaciones en los niveles de desempleo de corta duración (12 meses) mayores al 1% («tormentas»). Los cambios inferiores al 1% («lluvias bruselenses») quedarían a cargo de los esquemas nacionales. El fondo se financiaría con una contribución en razón del PIB (0,1% anual) hasta alcanzar el 0,5% del PIB europeo. Sin embargo, para evitar el riesgo moral, las contribuciones se multiplicarían por un coeficiente en relación con la utilización del fondo durante los últimos diez años, de modo tal que aquellos países que hayan utilizado más de lo que hayan aportado deberán incrementar progresivamente sus contribuciones hasta reequilibrar sus cuentas. Así, con el paso del tiempo terminarán devolviendo todo lo recibido. Para evitar que los gastos se disparen, el fondo sólo cubre las prestaciones de los primeros 12 meses y hasta un 40% de los ingresos previos.

La propuesta, aunque dice basarse en el modelo americano, no incluye el elemento de solidaridad que este manifiesta en períodos de crisis ya que los pagos realizados durante los años de «tormenta» luego tienen que ser compensados con mayores aportaciones al fondo. Tampoco se premia a aquellos Estados que logran reducir significativamente su desempleo, ni da solución al supuesto de los Estados que comiencen con niveles de desempleo de por sí muy altos (como el caso de España) o crisis prolongadas con niveles de desempleo estables o de descenso muy paulatino que, como hemos mencionado, fueron la causa del fracaso del Programa de Beneficio Extendido americano. Eso sí, cumple bastante bien los requisitos del *Four Presidents' Report*, en especial el de evitar los flujos unidireccionales (y el consabido riesgo moral). Incluso puede llegar a ser fiscalmente neutro, con lo que supera en este aspecto las propuestas del SDE complementario.

#### IV. MÁS ALLÁ DE LA ESTABILIZACIÓN MACROECONÓMICA

Si bien los estudios propuestos, en su mayoría en base a modelos econométricos, tratan de justificar sus efectos positivos en cuanto a la estabilización macroeconómica, para poder realizar un correcto estudio de la base

jurídica sería necesario valorar sus consecuencias más allá de lo estrictamente económico.

En primer lugar, consideramos que, tal como ha ocurrido en los Estados Unidos, cualquier mecanismo que se utilice obligará a cierta armonización en materia de seguro de desempleo. Aunque esta no sea obligatoria, simplemente por aprovechar todos los beneficios del sistema es muy probable que los Estados tiendan a converger en materia de cobertura, por ejemplo, ampliándola a los trabajadores autónomos en aquellos países donde quedan fuera, lo que llevaría a un verdadero sistema universal. Asimismo, para garantizar el buen funcionamiento sería necesario definir con claridad conceptos tales como cotizaciones, criterios de elegibilidad, duración y cobertura<sup>66</sup>, o incluso la propia medición del desempleo, que en la actual Encuesta de Fuerza de Trabajo al día de hoy sigue criterios no uniformes. La convergencia sería mayor en los modelos que plantean una transferencia directa a los ciudadanos<sup>67</sup>, en cambio sería menos importante en los que la transferencia es a los sistemas nacionales de seguridad social<sup>68</sup>. Esta aproximación es positiva, y debería impulsarse en cualquier diseño de modelo. Dadas las suspicacias que siempre ha generado en los Estados miembros los intentos de armonización en materia de seguridad social, y muestra de ello es lo poco que se ha avanzado en materia de coordinación de políticas sociales y empleo, probablemente sería más oportuno fomentarla en vez de imponerla, por ejemplo, marcando unos criterios de elegibilidad para el SDE que, de cumplirlos el Estado miembro, le garantizase la financiación europea.

En segundo lugar, cuanto con más flexibilidad se interpreten los condicionantes del *Four President's Report*, más posibilidades de cumplir también el principio de solidaridad. Las propuestas de SDE complementario, aunque no la mencione, conllevan una fuerte dosis de solidaridad entre países y ciudadanos, que crece cuanto más se acerca al llamado *riesgo moral*. La utilización del principio de solidaridad (solo resaltado por los informes del PE) reforzaría la legitimidad de la UE en la construcción de una UEM fortalecida y daría un «rostro humano» a la UE<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Esto ya lo sugiere la Comisión Europea en su propuesta. Véase COMISIÓN EUROPEA, *Paper on Automatic Stabilizers... op. cit.*, nota 7.

<sup>67</sup> DOLLS *et al.*, *op. cit.*, nota 41. COMISIÓN EUROPEA, *Paper on Automatic Stabilizers... op. cit.*, nota 7. JARA y SUTHERLAND, *op. cit.*, nota 39.

<sup>68</sup> PISSANI-FERRY, *op. cit.*, nota 44. BEBLAVÝ-GROS-MASELLI, *op. cit.*, nota 60.

<sup>69</sup> Danielle FATTIBENE, «Creating a Union with a 'human face': A European Unemployment Insurance», *Istituto Affari Internazionali*, núm. 15/13, mayo de 2015.

Finalmente, existe un elemento que ha pasado desapercibido en las propuestas, que es, a nuestro entender, fundamental tener en cuenta en cualquier diseño de SDE, como es el de las implicaciones para las libertades del mercado interior. La razón principal por la que los sistemas de seguridad social son tan divergentes, al igual que los niveles de desempleo y, en definitiva, las disparidades macroeconómicas que el SDE trata de reequilibrar, se debe a la imperfecta integración del mercado europeo, en especial en cuanto a la libre circulación de trabajadores. Diferencias de estructura de productividad, así como barreras lingüísticas, culturales y administrativas a la movilidad, compartimentan los mercados de trabajo, lo que, a la postre, reduce las posibilidades de crear una identidad europea sobre la que basar un sistema de solidaridad. Evidencia de este fenómeno es la altísima divergencia de niveles de desempleo y de costes laborales unitarios. Aumentar la movilidad desde zonas con mayor desempleo a zonas con más ofertas de trabajo, además de ser económicamente eficiente, es positivo para el proyecto de integración europeo y, concretamente en cuanto al SDE, favorecería el rápido reequilibrio con la consiguiente disminución de los flujos unidireccionales. Por eso creemos que el diseño de SDE debe incluir mecanismos que impulsen y financien dicha movilidad. Iniciativas como la base de datos EURES no son suficientes. Pese a llevar casi 25 años en uso y contar con el apoyo de las bases de datos de los servicios de empleo nacionales, solo logra la colocación internacional de 150.000 trabajadores al año, una cifra bastante baja teniendo en cuenta que a través de dicho portal se publicita entre el 30 y el 40% de todas las ofertas de empleo de los treinta países participantes<sup>70</sup>. Es decir, el grueso de las ofertas siguen siendo cubiertas por nacionales. Una medida interesante sería la de utilizar una parte del dinero del SDE para, en vez de pagar una prestación directa a los desempleados en su lugar de origen, fomentar la contratación internacional, por ejemplo, reduciendo las cotizaciones sociales de los nuevos contratos o dando una ayuda de desplazamiento y establecimiento compatible con los nuevos ingresos. Este fomento, necesario, debe hacerse con cuidado de no provocar movimientos de población con ofertas de trabajo precario que, en poco tiempo, termine necesitando la protección asistencial del Estado de acogida. Como ya se ha mencionado<sup>71</sup>, la crisis económica ha creado tensiones

<sup>70</sup> Doede ACKERS, «The experience of EURES Improving Access to Labour Market Information for Migrants and Employers», presentación realizada en la *High Level Conference*, DG Empleo y asuntos sociales e inclusión de la Comisión Europea, 6 de noviembre de 2012.

<sup>71</sup> Isabel LIROLA DELGADO, «Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis. ¿Hacia un planteamiento casuístico y am-

que han puesto en entredicho la radicalidad del principio de igualdad de trato en el marco de la libre circulación de trabajadores, especialmente cuando se combina con protección social, y países como el Reino Unido abogan por limitar los intercambios en casos de crisis especialmente graves.

## V. BASES JURÍDICAS DENTRO DEL TFUE ACTUAL

Según una jurisprudencia reiterada, la elección de la base jurídica de un acto comunitario debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto<sup>72</sup>. A continuación, analizaremos las posibles bases jurídicas valorando diferentes opciones según el contenido y alcance que se le quiera dar al SDE. Como todavía no está claro si será un instrumento para toda la UE o solo para la eurozona<sup>73</sup> analizaremos ambas posibilidades.

### 1. UN SDE COMO MEDIDA DE CONSOLIDACIÓN DEL MERCADO INTERIOR

Aunque cabría la posibilidad de crear instrumentos de gobernanza económica para la UE<sup>74</sup>, lo cierto es que esta se ha centrado en los países del euro. Por lo tanto, entendemos que un SDE para toda la UE debería fundarse más en su incidencia en el mercado interior.

---

biguo de la solidaridad entre los Estados miembros?», *RDCE* núm. 18(49), 2014, pp. 733-766. Especialmente en relación con el impacto en el diseño de SDE véase Carlos GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, «Desplazamientos al extranjero y trabajos realizados en la UE. Las nuevas iniciativas europeas de protección a los desempleados», en AAVV, *La protección por desempleo en España*, Ed. Laborum, 2015, pp. 281-296, esp. p. 281.

<sup>72</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia, Comisión/Consejo («dióxido de titanio»), C-300/89, EU:C:1991:244, apartado 10; Comisión/Consejo, C-269/97, EU:C:2000:183, apartado 43; Comisión/Consejo, C-211/01, EU:C:2003:452, apartado 38.

<sup>73</sup> Sobre la disyuntiva del alcance específico del SDE, véase Miroslav BEBLAVÝ, Gabriele MARCONI e Ilaria MASELLI, «A European Unemployment Benefits Scheme: The rationale and the challenges ahead», Centre for European Policy Studies, núm. 119, septiembre de 2015, p. 22.

<sup>74</sup> Sobre la conveniencia de que la gobernanza económica sea solo para la zona euro o para toda la UE, véase Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica Unión Económica en formación?», *RDCE* núm. 50, 2015, pp. 361-433, p. 420.

**A. Un SDE con efectos directos sobre la libre circulación de trabajadores sobre la base de los arts. 114 y 352 TFUE**

El art. 114 TFUE parece ser base suficiente para justificar la actuación comunitaria en la creación de instrumentos de UEM con un peso específico en el mercado interior<sup>75</sup>, en particular en materia financiera y bancaria<sup>76</sup>, revisitando particular importancia el proyecto de Fondo de Garantía de Depósitos (FGD)<sup>77</sup>. Tanto el SDE como el FGD son parte de la UEM, y comparten con el SDE muchas características: en ambos casos se trata de distribuir riesgos entre diferentes países desligándolos de las obligaciones presupuestarias nacionales, se pretende redistribuir el impacto de los *shocks* económicos (en uno sobre el empleo y en otro sobre la solvencia bancaria) y, en definitiva, intentan mejorar la confianza de la ciudadanía en el proyecto de UEM. En el diseño del FGD las dos propuestas con posibilidades más serias de éxito son las mismas que las del SDE: bien crear un sistema de seguro europeo complementario, bien un sistema de reaseguro. Es verdad que también hay otras opciones más extremas, como son el reemplazo de los esquemas de garantía nacionales por un único fondo europeo (federalización total) o un marco de mínimos con un

<sup>75</sup> Para un estudio sobre la amplia utilización del art. 114 TFUE en la creación de la nueva estructura institucional de la Unión Bancaria, véase Elaine FAHEY, «Does the Emperor have Financial Crisis Clothes? On the Legal basis of the European Banking Authority», *The Modern Law Review*, núm. 74(4), 2011, pp. 581-595. Según el autor la gran utilización del art. 114 en este ámbito deriva de un problema «infantil» de la Declaración de Laeken. Para una crítica sobre este aspecto, véase Stephan WEATHERILL, «Competence and Legitimacy», en Catherine BARNARD y Okeoghene ODUDU (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009, p. 17.

<sup>76</sup> Reglamento UE 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (DO L 331 de 15.12.2010, pp. 12-47). Reglamento UE 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión (DO L 331 de 15.12.2010, p. 48/83). Reglamento UE 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión (DO L 331 de 15.12.2010, pp. 84-119).

<sup>77</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Towards a European Deposit Insurance Scheme», *Five Presidents' Report Series* núm. 1, European Political Strategy Centre, 2015.

mecanismo de préstamos recíprocos entre Estados miembros. Aunque igualmente controvertido, el FGD cuenta con la ventaja de tener mayor armonización legislativa previa<sup>78</sup> y unos condicionantes fácticos con menos divergencias que el SDE.

Sin embargo, el art. 114 TFUE no es una cláusula de competencia generalizada<sup>79</sup>, y dadas las limitaciones y solapamientos con otras bases que veremos a continuación, solo se podría utilizar para el SDE si se diseña de modo que no repercuta en la libre circulación de trabajadores, algo sinceramente difícil de justificar. El art. 114.2 expresamente excluye «a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena». Según cómo se diseñe la financiación del SDE, puede o no ser necesaria cierta armonización fiscal. Pero más difícil de salvar sería asegurar que dicho instrumento no repercutirá en la libre circulación de personas y/o trabajadores. Incluir elementos de armonización en materia de seguridad social sería deseable, y probablemente necesario para un correcto funcionamiento del SDE, pero para poder utilizar el art. 114 TFUE estos deberían ser siempre accesorios del objetivo de equilibrio macroeconómico. Además, como proponíamos anteriormente<sup>80</sup>, sería oportuno utilizar el SDE para fomentar la movilidad de los trabajadores y así reducir las diferencias de índices de desempleo. Recurrir al procedimiento especial del art. 115 TFUE para salvar las limitaciones del art. 114.2 no sería una solución, como sí lo era antes del Tratado de Lisboa, ya que las nuevas competencias que incluye esta reforma en las áreas mencionadas hacen necesario utilizar bases más específicas (art. 48 TFUE)<sup>81</sup>. Siempre cabe la posibilidad de recurrir a la cláusula de imprevisión (art. 352 TFUE), aunque habría que argumentar muy bien que no existe otra base jurídica, sea implícita o expresa<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> La primera directiva de armonización de los fondos de garantía bancaria data de 1994. Véase la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DO L 135, 31.5.1994, pp. 5-14). Actualmente las sucesivas modificaciones se encuentran en el texto refundido de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DO L 173, 12.6.2014, pp. 149-178).

<sup>79</sup> Véase especialmente la Sentencia del Tribunal de Justicia Alemania/Parlamento y Consejo («Publicidad del Tabaco»), C-376/98, EU:C:2000:544.

<sup>80</sup> Véase el epígrafe IV.

<sup>81</sup> Cf. Catherine BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms* (4ª edición), Oxford University Press, 2013, p. 635.

<sup>82</sup> Sentencias Comisión/Consejo («Preferencias Generalizadas»), 45/86, EU:C:1987:163, apartado 13; Parlamento/Consejo («Sociedad Cooperativa Europea»), C-436/03,

Aun asumiendo que se pueda utilizar el art. 114 TFUE, surge el problema de saber si el organismo o agencia que gestionará los fondos, incluso la propia Comisión si así se prevé, puede encontrar sustento en dicha base jurídica<sup>83</sup>. La jurisprudencia que hasta ahora ha aceptado la utilización del art. 114 TFUE para crear o empoderar a autoridades europeas lo ha hecho sobre la base de justificar una necesaria armonización legislativa, bien sea para la toma de decisiones de urgencia<sup>84</sup>, bien para la creación de procedimientos europeos de segundo nivel que solucionen contradicciones en las normas nacionales<sup>85</sup>, bien para la creación de un organismo técnico que pudiese emitir directivas en materia de seguridad de comunicaciones<sup>86</sup>. El FGD sería el primer caso en que el art. 114 TFUE serviría de base para crear y gestionar un fondo europeo. Sobre este aspecto en particular, el art. 352 TFUE sí que puede dar juego. Dicho artículo ha tenido mucho uso a la hora de crear instituciones europeas no ligadas a un proceso de armonización, como por ejemplo la Sociedad Cooperativa Europea<sup>87</sup>, e incluso el primer mecanismo de estabilización macroeco-

---

EU:C:2006:277, apartados 36-46; Parlamento/Consejo («Rescate de Irlanda»), C-166/07, ECLI:EU:C:2009:499, apartados 40-41.

<sup>83</sup> Para un análisis reciente véase Pieter VAN CLEYNENBREUGEL, «Meroni Circumvented?: Article 114 TFEU and EU Regulatory Agencies», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 21(1), 2014, pp. 64-88.

<sup>84</sup> Sentencia Alemania/Consejo («Seguridad de los Productos»), C-359/92, EU:C:1994:306.

<sup>85</sup> Sentencia Reino Unido/Parlamento y Consejo («Aromas de Humo») (C-66/04, ECLI:EU:C:2005:743). Aunque no haya llegado al TJUE, véase también el reglamento de creación de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos. Reglamento CE 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, se modifica la Directiva 1999/45/CE y se derogan el Reglamento (CEE) núm. 793/93 del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 1488/94 de la Comisión así como la Directiva 76/769/CEE del Consejo y las Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE y 2000/21/CE de la Comisión (DO L 396 de 30.12.2006, p. 1/852).

<sup>86</sup> Sentencia Reino Unido/Parlamento y Consejo («Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información»), C-217/04, EU:C:2006:279.

<sup>87</sup> Sentencia Parlamento/Consejo («Sociedad Cooperativa Europea»), C-436/03, EU:C:2006:277. Para un análisis de la evolución de la base jurídica en la creación de agencias europeas, véase Stephan GRILLER y Andreas ORATOR, «Everything under control? The 'way forward' for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine», *European Law Review*, núm. 35, 2010. pp. 5-35.

nómica, el MAF<sup>88</sup>. Además, el actual mecanismo de alerta temprana del art. 352 impide un uso *ultra vires*<sup>89</sup>, que sumado a la legitimidad política que le otorga la unanimidad, y ciertas precauciones que adoptaron algunos Tribunales Constitucionales<sup>90</sup>, está sometido al más exigente de los procedimientos.

**B. Un SDE con fuertes elementos de armonización en materia de seguridad social y promoción de la libre circulación de trabajadores: arts. 48 y 114 TFUE**

Como hicimos referencia en el epígrafe IV de este artículo, creemos que el SDE tendría que contribuir a la armonización de los sistemas de seguridad social europeos y, además, debería incluir mecanismos que promuevan la libre circulación de trabajadores. Visto desde este ángulo, recordemos que el art. 114 TFUE es una base jurídica residual que se puede utilizar «salvo que los Tratados dispongan otra cosa». Otra base jurídica más específica, como por ejemplo el art. 48 TFUE, la desplazaría<sup>91</sup>.

El art. 48 TFUE se enmarca en la libre circulación de trabajadores y promueve medidas en materia de seguridad social que la faciliten, «en especial» para coordinar los sistemas de seguridad social (acumulación de períodos de cotización y exportación de las prestaciones). La literalidad del artículo no se restringe a la coordinación, por lo que en principio se podría utilizar para medias más ambiciosas, como por el ejemplo el SDE. El hecho de que se haya incluido en el Tratado de Lisboa el procedimiento ordinario con la salvedad, según un nuevo párrafo, de suspenderlo y remitir el proyecto al Consejo

<sup>88</sup> 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).

<sup>89</sup> En este sentido, véase la Declaración núm. 42 sobre el art. 352 del TFUE.

<sup>90</sup> En la sentencia Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional Federal alemán afirmó que el uso del art. 352 TFUE implica en sí misma una atribución de competencia y debe tramitarse internamente como una reforma de los tratados, es decir queda sometida a una reserva de ley. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa ((BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, párrafos 1-421). Versión en español disponible en <http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/sentencia.pdf?sfvrsn=0> (consultado por última vez el 20.2.2016).

<sup>91</sup> Sentencia de 26 de enero de 2006, Comisión/Consejo, C-533/03, EU:C:2006:64, apartado 45.

Europeo cuando una propuesta, a la luz de algún Estado miembro, perjudique «aspectos importantes de su sistema de seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema» parece confirmar la idea de su posible utilización más allá de la simple coordinación.

A pesar de que defendemos esta posibilidad, lo cierto es que hasta ahora el art. 48 TFUE solo se ha utilizado para coordinar<sup>92</sup>, nunca para armonizar, y la propia jurisprudencia del TJ parece excluir esta posibilidad<sup>93</sup> aunque también ha dicho que las medidas mencionadas en el propio artículo son solo dos de las posibles para promover la libre circulación de trabajadores<sup>94</sup>. ¿Podría ser el SDE «necesario» para garantizar la libre circulación de trabajadores? Está claro que facilitaría la exportabilidad de las prestaciones de desempleo, especialmente si el pago es directo a los ciudadanos. Además, si incluyese mecanismos de promoción al desplazamiento de trabajadores, como proponíamos anteriormente, claramente contribuiría a ese fin. Uno de los pocos ejemplos de derecho derivado que guardaría similitud con el SDE es la Directiva de asistencia sanitaria transfronteriza<sup>95</sup>, ya que además de coordinar incluye algunos elementos de armonización como el establecimiento de un listado no exhaustivo de información que deben tener las recetas para ser reconocidas en otros Estados miembros<sup>96</sup>. Sin embargo, esta no se fundó en el art. 48 TFUE sino en el 114 TFUE en conjunción con el 168 TFUE (salud pública).

A la vista de estas experiencias, parece poco probable una utilización aislada del art. 48 TFUE y nos inclinamos a una utilización conjunta con el art. 114 TFUE, probablemente teniendo a este último como base principal. Está claro que un SDE repercutiría positivamente en el mercado interior, es-

<sup>92</sup> Véase en especial el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004, según versión corregida y publicada en DO L 200, 7.6.2004, pp. 1-49). Este reglamento se basó en el art. 42 TCE (actual 48 TFUE) y 308 TCE (actual 253 TFUE).

<sup>93</sup> Sentencia de Jaeck, C-340/94, EU:C:1997:43, apartado 18. Véase también Sentencia Pinna, 41/84, EU:C:1986:1, apartado 20.

<sup>94</sup> Sentencia Patteri, 242/83, EU:C:1984:278, apartado 8.

<sup>95</sup> Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DO L 88, 4.4.2011, pp. 45-65).

<sup>96</sup> Directiva de ejecución 2012/52/UE de la Comisión de 20 de diciembre de 2012 por la que se establecen medidas para facilitar el reconocimiento de las recetas médicas expedidas en otro Estado miembro (DO L 356/98, 22.12.2012).

tabilizando la demanda que pueda verse afectada por un *shock* asimétrico. Los elementos del SDE que no puedan incluirse en el art. 114 TFUE por la prohibición de su párrafo segundo estarían cubiertos por la utilización del art. 48 TFUE.

En definitiva, si consideramos al SDE un instrumento de estabilización macroeconómica con claros efectos beneficiosos para todo el mercado interior se podrían utilizar conjuntamente los arts. 114 y 352 TFUE. Si se incluyesen además elementos de armonización de seguridad social y promoción de la movilidad de trabajadores, habría que incorporar el art. 48 TFUE, siempre bajo la particular interpretación amplia que le damos en este trabajo.

Esto resolvería la base jurídica respecto a las cuestiones regulatorias. Sin embargo, el SDE necesita de unos recursos económicos que claramente superan las posibilidades de los presupuestos de la UE, por lo que habría que crear medios para la transferencia de dichos recursos y dichas transferencias deberían cumplir otros preceptos importantes de los tratados, como la cláusula *no-bail-out* (art. 125 TFUE).

### C. La cláusula no-bail-out del art. 125.1 TFUE

Salvo en el caso del reaseguro con neutralidad fiscal, toda herramienta de estabilización macro-económica implicaría la transferencia de recursos de unos países a otros, y hablamos de transferencias importantes, que pueden llegar a varios puntos del PIB nacional. Es decir, el SDE puede cubrir una porción más que interesante del déficit público durante períodos de crisis. Esto lleva a preguntarnos si el SDE, incluso uno basado en los arts. 114/352/48 TFUE, podría llegar a violar la *no bail-out clause* del art. 125.1 TFUE:

La Unión no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos. Los Estados miembros no asumirán ni responderán de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de otro Estado miembro, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.

Este artículo está íntimamente relacionado con los arts. 123 y 124 TFUE que pretenden mantener la disciplina presupuestaria de los Estados miembros. Desde el punto de vista del ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición, las prestaciones por desempleo son otorgadas bien por organismos de derecho

público, normalmente con personalidad jurídica y presupuesto independiente al del Estado (en España, la Tesorería de la Seguridad Social), bien por fondos gestionados por los agentes sociales que reciben su financiación, obligatoria o voluntaria, por mandato legal y están, normalmente, coordinados por una entidad de derecho público (por ejemplo, el Swedish Unemployment Insurance Board). En ambos casos cabría dentro de la definición de «Estado» de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria<sup>97</sup>. Además, recordemos que Eurostat incluye las cuentas de la Seguridad Social, y en particular de los programas de desempleo, en el cálculo del déficit público<sup>98</sup>.

Desde el ángulo material, es verdad que un SDE no implica asumir compromisos generales, sino uno muy específico (con plazos y prestaciones delimitadas). Sin embargo, los modelos hasta ahora expuestos no pueden predecir a ciencia cierta a cuánto ascenderá la transferencia ya que esta dependerá de los niveles de desempleo de cada Estado miembro pudiendo llegar, según algunos estudios, hasta el 4% del PIB nacional<sup>99</sup>. Propuestas como el reaseguro con compensación posterior podrían ser calificados de «garantía financiera» según el art. 125.1 TFUE pero, mientras no se compense, ¿se tendrían en cuenta estos devengos como déficit público en relación con el art. 126.1 TFUE<sup>100</sup>?

Finalmente, cabe la posibilidad de considerar al SDE no como una obligación de los Estados hacia sus ciudadanos sino una obligación directa de la UE. Es decir, el SDE no completaría los seguros de desempleo nacionales sino que los reemplazaría asumiéndolo alguna de sus obligaciones con ciertas limitaciones temporales y/o prestacionales. Sería un SDE directo ciudadano-UE sin *triggers*, algo que conlleva una fuerte cesión de soberanía y recursos. Consideramos que en términos políticos es el modelo más difícil de acordar, más aún cuando sería de aplicación para la UE28 y con procedimientos que incluyen la unanimidad.

En definitiva, un SDE para la UE28 tiene posibilidades de basarse en el art. 114 TFUE, completado por el 352 TFUE y el 48 TFUE según cuál sea el diseño, pero difícilmente supere la obligación del art. 125 TFUE. Solo un mecanismo de neutralidad financiera lo haría, pero, en tal caso, se reducen signifi-

<sup>97</sup> Sentencia Sociala Fonds voor de Diamantarbeiders, 2 y 3-69, EU:C:1969:30. Para una decisión más reciente, véase sentencia Michailidis, C-441/98 y C-442/98, EU:C:2000:479.

<sup>98</sup> Eurostat, «Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010», Serie *Manuals and guidelines*, 2014.

<sup>99</sup> Henrik ENDERLEIN, Lucas GUTTENBERG y Jann SPIESS, *Blueprint for a cyclical shock insurance in the euro area*, Notre Europe, 2013, p. 51.

<sup>100</sup> Recordemos que este artículo prohíbe los déficits excesivos que, según el Protocolo 12 sobre procedimiento de déficit excesivo, fijados en el umbral del 3%.

cativamente sus efectos de estabilización macroeconómica y solidaridad, lo que nos lleva a plantearnos si no sería más adecuado, inclusive por razones de oportunidad política (veto del Reino Unido, por ejemplo), recurrir a un SDE como un instrumento de la UEM, solo para los países que forman parte del euro.

## 2. ¿LA COORDINACIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES Y DE EMPLEO PUEDE BRINDAR UNA BASE JURÍDICA COMPLEMENTARIA? EL ART. 153.2 TFUE

Bajo el título «Política Social», el art. 153.2 TFUE contiene una base jurídica que permite a la UE adoptar directivas con disposiciones mínimas, entre otros ámbitos, en lo referido a «la seguridad social y la protección social de los trabajadores» y a «la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral»<sup>101</sup>, siguiendo un procedimiento especial que incluye voto por unanimidad en el Consejo y consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

El art. 153.2 puede, por lo tanto, ser una base jurídica complementaria en el caso de que el SDE requiera una armonización de mínimos en los sistemas nacionales de protección contra el desempleo. El procedimiento en sí no permitiría escapar a la votación por unanimidad, pero tendría la ventaja de incluir al PE y a los Comités Económico y Social y de las Regiones en el procedimiento legislativo. Además, facilitaría la introducción de los interlocutores sociales en proceso de transposición que, según el art. 152.3 y previa petición conjunta, pueden solicitar al Estado se les confíe la aplicación de las directivas adoptadas.

Sin embargo, no podemos negar que el art. 153.2 tiene sus limitaciones. En primer lugar, según el propio texto, sólo puede fundar medidas de mínimos y de aplicación progresiva, con lo que puede ser insuficiente, por sí solo, para basar una armonización del suficiente calado como para poner en funcionamiento el SDE en un tiempo razonablemente corto. Además, debe tener en cuenta las particularidades de las pymes, impidiendo crear barreras administrativas, financieras o legales para su establecimiento. Estos dos requisitos sin duda aumentan la complejidad del procedimiento. De hecho, el art. 153.2 (en relación con las letras c. y d. del primer párrafo) ha sido muy poco usado como herramienta de armonización<sup>102</sup>, prefiriendo el legislador comunitario

<sup>101</sup> Art. 153.1 TFUE apartados c y d respectivamente

<sup>102</sup> Los ejemplos son puntuales y en ningún caso referidos al núcleo duro de los derechos en materia de seguridad social: Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. DO L 283 de 28.10.2008, p. 36/42.

utilizar las bases generales del mercado interior, incluso cuando la materia era de contenido social<sup>103</sup>.

En segundo término, el art. 153 se encuadra dentro del ámbito de la coordinación de las políticas económicas, sociales y de empleo (art. 5 del TFUE). Si bien inicialmente las tres coordinaciones se hicieron por separado, en la revisión de la Estrategia Lisboa de 2005 se decidió unir las económicas y de empleo, y a partir de la Estrategia Europea 2020 las tres quedaron subsumidas por la coordinación económica<sup>104</sup>. Así, el *six pack* y el *two pack* han introducido referencias explícitas a la coordinación en materia de seguridad social como parte de la gobernanza económica<sup>105</sup>. Las Orientaciones Generales de las Políticas Económicas han permitido que las herramientas del semestre europeo aborden la (des)regulación del mercado laboral o la moderación salarial, cambios sustanciales en la negociación colectiva o la reforma de las pensiones para garantizar su viabilidad financiera, todas cuestiones de política social<sup>106</sup>. Recordemos que las recomendaciones específicas por país, incluyendo aquellas de materia social y empleo, adquieren con el Semestre Europeo cierto grado de coercitividad, bien a través del procedimiento corrector de los desequilibrios macroeconómicos excesivos, bien mediante el procedimiento de déficit excesivo, pudiéndose llegar incluso a la suspensión parcial de los pagos de los fondos estructurales<sup>107</sup>.

En definitiva, las limitaciones del texto, y en particular la actual sumisión de la política social a la coordinación económica, aunque criticable, hacen prácticamente imposible pensar en fundar un SDE solo en el art. 153.2 TFUE. Este podría servir solo como base jurídica complementaria en cuestiones de armonización. Lo que sí que resulta relevante es que, si se utiliza,

---

<sup>103</sup> Véase, por ejemplo, la Directiva 2001/23/CE relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o centros de actividad (DO L 82 de 22.3.2001, pp. 16-20).

<sup>104</sup> MARTÍNEZ YÁÑEZ, *op. cit.*, nota 3, p. 958.

<sup>105</sup> Para un comentario véase Carlos CLOSA MONTERO, «Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, 2014, pp. 65-94.

<sup>106</sup> Stefan CLAUWAERT, «The country-specific recommendations (CSRs) in the Social Field. An overview and initial comparison», *European Trade Union Institute Background analysis*, núm. 2, septiembre 2013, pp. 5-40. Francesco COSTAMAGNA, «The European Semester in Action: Strengthening Economic Policy Coordination while Weakening the Social Dimension?», *Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica Working Paper*, núm. 5, 2013, p. 18.

<sup>107</sup> MARTÍNEZ YÁÑEZ, *op. cit.*, nota 3, pp. 971-977.

permitiría la introducción de los actores sociales en el procedimiento, lo cual, a pesar de añadir ciertas dificultades en la negociación, siempre es positivo.

### 3. UN SDE COMO MECANISMO DE ESTABILIZACIÓN MACROECONÓMICA PARA LA EUROZONA: EL ART. 136.3 TFUE

La Comisión Europea en su *Blueprint* ya mencionaba al art. 136 TFUE como modelo de base jurídica para la creación de instrumentos de estabilización macroeconómica para la zona euro<sup>108</sup>. En su versión originaria, el art. 136 permitía a los países de la zona euro adoptar medidas para reforzar la coordinación y supervisión de la disciplina presupuestaria, así como elaborar orientaciones de política económica. Sin embargo, para poder hacer compatible el MEDE con los tratados constitutivos, en 2011 se realizó una reforma, siguiendo el procedimiento simplificado del art. 48.6 TUE<sup>109</sup>, agregándose un tercer párrafo al art. 136 TFUE:

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 del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas.

Así, el art. 136.3 sería el nexo entre el MEDE y los tratados constitutivos. El precedente es importante ya que este mecanismo se asemejaría mucho al SDE en su propuesta de reaseguro. Recordemos que en este modelo los fondos transferidos en períodos de crisis de desempleo tienen que ser reembolsados, igual que los préstamos que da el MEDE.

La utilización del art. 136.3 para el SDE tiene, sin embargo, un inconveniente. Una interpretación restrictiva (el artículo habla de «un mecanismo») obligaría a utilizar el MEDE como vehículo financiero, al igual que ya se hizo con el Mecanismo Único de Liquidación y Reestructuración Bancaria (MUR)<sup>110</sup>. En términos prácticos sería posible ya que el SDE necesitaría un fondo de 50.000

<sup>108</sup> COMISIÓN EUROPEA *A blueprint for a deep and genuine...*, *op. cit.*, nota 12, p. 33.

<sup>109</sup> Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el art. 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro (DO L 91/1 6.4.2011).

<sup>110</sup> Justo CORTI VARELA, «Direct Recapitalization of Banks and Sovereign Debt: The ESM Direct Recapitalization Instrument and Its Impact on Sovereign Debt», en Luis M. HINOJOSA MARTÍNEZ y José María BENEYTO (eds.), *Banking Union, The New Regime*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 121-135.

millones de euros, un 10% de la capacidad crediticia del MEDE. Utilizar el MEDE tiene su lógica, además, porque es un instrumento ya existente creado para movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad (art. 1)<sup>111</sup>. Desde el punto de vista del diseño del SDE dilucidaría algunas dudas sobre el método de financiación y nos llevaría a un sistema de endeudamiento como propuso Dullien<sup>112</sup>. Sin embargo, como se trata de un sistema de préstamos, exigiría a un marco de neutralidad financiera con devolución de lo recibido (reaseguro). Además, las decisiones en el MEDE se adoptan según el peso de cada país en la suscripción de capital y exigen «acuerdo mutuo», salvo en caso de urgencia cuando pueden adoptarse con un 85% de los votos en el Consejo de Gobernadores<sup>113</sup>. Es un sistema claramente intergubernamental que necesita de acuerdos puntuales para cada decisión, lo que quitaría al SDE el carácter de estabilizador automático<sup>114</sup>.

Si se prefiere no utilizar el MEDE, cabría la posibilidad de interpretar de modo flexible el art. 136.3 TFUE para crear un Mecanismo de Estabilidad *ad hoc* no basado en el endeudamiento sino en aportaciones de los Estados miembros. Esto permitiría escapar de la rigidez de la neutralidad financiera y avanzar a un esquema sin flujos unidireccionales permanentes, pero con ciertos desajustes entre aportaciones y desembolsos. La duda que quedaría es si dicho fondo se crearía dentro del marco institucional de la UE o fuera de ella<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> Francesco MARTUCCI, «Ambivalences économiques et monétaires: Réflexions sur deux traités», en Chahira BOUTAYEB (eds.), *La Constitution, L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Maslet*, Publication de la Sorbonne, Paris, 2013, pp. 717-723.

<sup>112</sup> DULLIEN, *op. cit.*, nota 40. El método de financiación más propuesto es, sin embargo, el de aportación en relación al PIB (BEBLAVÝ y MASELLI, *op. cit.*, nota 45, DOLLS *et al.*, *op. cit.*, nota 42).

<sup>113</sup> Alberto DE GREGORIO MERINO, «Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: The Mechanisms of Financial Assistance», *CMLRev*, núm. 49, pp. 1613-1646, pp. 1632 y sig.

<sup>114</sup> A este respecto, recordemos que uno de los requisitos del *Four Presidents' Report* es que los mecanismos de estabilización como el SDE «no deben concebirse como un instrumento de gestión de crisis sino como un mecanismo que aumente la capacidad fiscal, actúe de forma preventiva evitando que la crisis se produzca y haga menos probable la utilización del MEDE». Véase VAN ROMPUY, *op. cit.*, nota 11.

<sup>115</sup> El *Four Presidents' Report* dice que se debería articular dentro del marco de la UE y sus instituciones, pero no por una cuestión formal sino para garantizar la compatibilidad con las reglas presupuestarias y los procedimientos de coordinación de políticas económicas. Ergo, un desarrollo externo, pero con elementos de coordinación y sumisión al derecho de la UE sería compatible. *Ibid.*

Sea a través del MEDE o de un fondo *ad hoc*, el art. 136 TFUE incluye un elemento importante y es la referencia que hace a la condicionalidad<sup>116</sup>. Esta debería adaptarse al contexto del SDE (estabilización automática) y no seguir el modelo de los memorándums negociados caso a caso. Los requisitos deberían estar tasados de antemano y limitarse a la ejecución de medidas en el marco de las políticas de empleo. Se cuenta con la ventaja de que el detalle del contenido de los programas de ajuste macroeconómico de los rescates del MEDE está desarrollado a través de un Reglamento<sup>117</sup>, por lo que otro texto de derecho derivado podría fijar los específicos para la transferencia de recursos del SDE. El contenido y alcance de este texto serían cruciales para no desnaturalizar el SDE con condiciones violatorias del principio de subsidiariedad<sup>118</sup>. Sin querer avanzar en el detalle, llamamos la atención sobre la necesidad de impedir que dentro de la condicionalidad se incluya la necesidad de implementar reformas económicas o sociales, como por ejemplo de flexibilización del mercado laboral, aunque, reconocemos, el riesgo es francamente alto. En lo que respecta a la supervisión de la ejecución, no parece acertado hacerlo a través de un esquema de troika (Comisión, BCE y FMI), sino encargar ésta solamente a la Comisión, ya que es de esperar que como las condiciones sean mínimas y tasadas, la complejidad será mucho menor que en los *bail outs* del MEDE.

Si se pretende usar un SDE complementario con flujos unidireccionales permanentes, no parece haber otra solución que la de realizar una reforma de los tratados, ya que la contradicción con el art. 136 TFUE es insalvable.

#### 4. EL RECURSO A LA COOPERACIÓN REFORZADA (ART. 20 TUE)

La Europa a varias velocidades, más aún después de la ampliación hacia el Este y los Balcanes, se impone como una necesidad. Probablemente la Unión Monetaria y el Espacio Schengen sean los dos ejemplos más claros

<sup>116</sup> Sobre la condicionalidad en la UEM véase LÓPEZ ESCUDERO, «La nueva gobernanza económica...», *op. cit.*, nota 74, esp. pp. 407 y sig.

<sup>117</sup> Reglamento UE 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades (DO L 140/1 de 27.5.2013).

<sup>118</sup> Para una visión crítica de la aplicación del principio de subsidiariedad en los *memorándums* del MEDE, véase Álvaro DE SOUSA, André SAPIR, Alesio TERZI y Guntram WOLFF, *The Troika and financial assistance in the Euro area: Successes and failures*, estudio encargado por el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo a Bruegel, PE 497.764, febrero de 2014.

en donde varios países, encabezados por el Reino Unido y Dinamarca, han decidido mantener su soberanía en aspectos que consideraban identitarios sin impedir que el resto avance hacia un estadio de mayor integración.

El mecanismo de cooperación reforzada es particularmente útil en aquellos ámbitos donde se exige unanimidad. En lo que interesa al SDE sería posible utilizarla respecto a los arts. 48, 153 y 352 del TFUE. Respecto a este último, la sentencia *Pringle* parece insinuar que el MEDE se podría comunitarizar mediante una cooperación reforzada del art. 352 TFUE<sup>119</sup>. Por ello nos parece perfectamente posible el uso de la cooperación reforzada para medidas basadas en la cláusula de imprevisión. Respecto al uso de la cooperación reforzada para medidas de armonización de seguridad social y política social, la cuestión no es controvertida y está aceptada por la doctrina<sup>120</sup>. Incluso la pasarela del art. 333 del TFUE, previa aprobación por unanimidad del Consejo, puede convertir estas cooperaciones al sistema de voto por mayoría cualificada, lo que aumentaría las posibilidades de reformas posteriores del SDE.

## VI. EL DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMAR LOS TRATADOS

La reforma crea un abanico de posibilidades, desde la de ampliar la competencia del art. 48 TFUE haciendo expresa la posibilidad de adoptar instrumentos de seguridad social europeos (un SDE para la UE28 más social y redistributivo), o decir que la armonización que permite el art. 153.2 TFUE no es solo de los elementos básicos, hasta la de crear una cláusula similar al art. 136.3 TFUE que enumere los requisitos de los estabilizadores macroeco-

<sup>119</sup> Sentencia *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 67. Véase Luis Miguel HINOJOSA MARTÍNEZ, «La compatibilidad del Mecanismo Europeo de Estabilidad con el derecho europeo: jurisprudencia para tiempos de crisis», en Diego J. LIÑÁN NOGUERAS y Antonio SEGURA SERRANO (eds.), *Las crisis políticas y económicas: nuevos escenarios internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 212-240. Sin embargo, el autor reconoce que el TJUE no analiza directamente el asunto.

<sup>120</sup> Entre otros Catherine BARNARD, «Flexibility and Social Policy», en Gráinne DE BURCA y Joanne SCOTT (coord.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, pp. 197-217; Sean VAN RAEPENBUSCH y Dominik HANE, «Flexibility in social policy», en Bruno DE WITTE, Dominik HANE, Ellen VOS, *The many faces of differentiation in EU Law*, Intersentia, Amberes, 2001, pp. 65-81; Julio BAQUERO CRUZ, «Formas de flexibilidad en la política social de la Unión Europea», en José María BENEYTO (dir.), Jerónimo MAILLO y Belén BECERRIL (coord.), *Unidad y flexibilidad en el futuro de la Unión Europea. El desafío de las cooperaciones reforzadas*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 61-71.

nómicos automáticos de la UEM (un SDE para la eurozona más técnico y macroeconómico).

En cualquiera de estos casos se podría utilizar el procedimiento simplificado del art. 48.6 del TUE. Recordemos que éste permite modificar artículos de la Parte III del TFUE (Políticas) en donde están tanto los arts. 48 TFUE y 153 TFUE como el 136 TFUE. Además, según ha dicho el TJUE en *Pringle*, este procedimiento estaría justificado en los supuestos en que los tratados prevén una coordinación de políticas (como en el área económica o de seguridad social) y se pretenda ir más allá con un mecanismo de estabilidad<sup>121</sup>. Interpretando esta misma sentencia, parecería que un mecanismo permanente de estabilidad económica debería realizarse fuera de la UE aunque previa autorización y en coordinación con el derecho de la UE<sup>122</sup>. Como veremos en el siguiente punto, aceptamos esta interpretación, es decir, la de una autorización del derecho de la UE para un desarrollo a través de un tratado intergubernamental extracomunitario, sin embargo, no podemos descartar la posibilidad de integrar el nuevo fondo a los presupuestos de la UE y, de ser posible, con ampliación de la capacidad fiscal.

La reforma debe valorar los pesos y contrapesos políticos, con una negociación abierta con el Reino Unido por su permanencia en la UE y una situación interna complicada para países como Alemania que todavía digiere los compromisos asumidos en el MEDE y goza de niveles de desempleo históricamente bajos. El tamaño económico del SDE puede ser fundamental para llegar a un acuerdo. Un SDE con un *trigger* elevado que reduzca su tamaño al 0,07% del PIB comunitario como propone Beblavý y Maselli<sup>123</sup> podría tener posibilidades de adoptarse en base al art. 48 TFUE (reformado), incluso para toda la UE y no solo la zona euro. En cambio, un tamaño cercano a la media de las propuestas, en torno al 0,6% PIB, creemos que solo podría acordarse en el marco de la UEM y, por imposición de los contribuyentes netos, con límites claros a los flujos unidireccionales y un férreo condicionamiento de tipo intergubernamental.

---

<sup>121</sup> Pringle *op. cit.*, nota 119, apartados 64 y 65. Sobre este fallo, véanse los comentarios, Vestert BORGER, «The ESM and the European Court's Predicament in Pringle», *German LJ* 14, 2013, p. 113; HINOJOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, nota 119; Bruno DE WITTE y Thomas BEUKERS, «The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal Order: Pringle», *CMLRev.*, núm. 4, 2013, p. 830; Daniel THYM, Mattias WENDEL, «Préserver le respect du droit dans la crise; la Cour de justice, le MES et le mythe du decline de la Communauté de droit (arrêt Pringle)», *CDE*, núm. 3, 2012, pp. 733-757.

<sup>122</sup> BORGER, *ibíd.*, p. 123.

<sup>123</sup> BEBLAVÝ y MASELLI, *op. cit.*, nota 45.

## VII. LA CONSTRUCCIÓN EXTRA MUROS A TRAVÉS DE UN TRATADO INTERGUBERNAMENTAL

La historia reciente demuestra que los Estados miembros son muy poco afectos a aumentar el presupuesto comunitario<sup>124</sup> y que los mecanismos fiscales creados a consecuencia de la crisis tienden a desarrollarse más o menos fuera del entramado institucional de la UE, en un entorno donde la soberanía estatal sigue primando, como es el de los tratados intergubernamentales regidos por el derecho internacional público.

Además, los acuerdos *inter se*<sup>125</sup> han anticipado en muchos casos mecanismos de integración que luego fueron comunitarizados (como Schengen o Prüm) y han solucionado el problema de los reiterados vetos de algunos Estados miembros que previsiblemente se reiteren en el SDE (Reino Unido, Dinamarca). Por otra parte, los acuerdos intergubernamentales han sido el método más utilizado para reforzar la UEM a través de los sucesivos Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF)<sup>126</sup>, el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza, y el Mecanismo Europeo de Estabilidad. La fórmula del tratado internacional tiene varios beneficios y algunos inconvenientes que especificaremos a continuación.

En primer lugar, facilita la puesta en funcionamiento del SDE aunque haya un número importante de Estados miembros, dentro y/o fuera de la eurozona, que bien estén manifiestamente en contra, bien no estén seguros de incorporarse pero tal vez quieran hacerlo posteriormente. La fórmula flexible seguida en el Tratado de Prüm<sup>127</sup> y en el FEEF<sup>128</sup> de una entrada en vigor rápida (con un número de ratificaciones relativamente bajo) y la posibilidad de incorporaciones posteriores, cumplirían este objetivo. Además, permitiría la incorporación al SDE de países de dentro y fuera de la

<sup>124</sup> Actualmente el presupuesto de la UE28 es del 1% de PIB y de hecho en plena crisis sufrió una reducción del 3,3% (2013). Kristalina GEORGIEVA, «Financial Report 2014», Comisión Europea, 21 de octubre de 2015. En el marco financiero plurianual 2014-2020 se fija un tope de gastos de los recursos propios del 1,23% PNB. Reglamento UE-Euratom 1311/2013 del Consejo, de 2 de diciembre de 2013, por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2014-2020 (DO L 347 de 20.12.2013, p. 884/891).

<sup>125</sup> Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA, «¿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* núm. 40, 2011, pp. 419-439.

<sup>126</sup> *BOE*, núm. 164, de 11 de julio de 2011, p. 76137.

<sup>127</sup> Art. 50.

<sup>128</sup> Art. 14.

Eurozona, incluso del EEE. Aquí el diseño del SDE podría hacer variar la conveniencia de esta última opción. Si se trata de un mecanismo esencialmente de estabilización macroeconómica, no resultaría razonable incluir a países de fuera de la eurozona. Tal como ocurrió con el FEEF, esta incorporación sería provisional y a la espera de su ingreso en el euro<sup>129</sup>. En cambio, si fuese un instrumento mixto con fuertes elementos de solidaridad y armonización de seguridad social, y con mecanismos de promoción de la libre circulación de personas, sí que tendría sentido esta incorporación. De todos modos, al tratarse de una herramienta de aseguramiento, habría que fijar un umbral mínimo para la entrada en vigor. Dicho umbral, más que por número de países debería fijarse por peso económico, por ejemplo, hasta cubrir al menos el 50% del PIB comunitario.

En segundo lugar, nos encontramos con el problema de cómo encajarían las instituciones de la UE en el nuevo tratado. Parece claro que habrá un solapamiento con algunas competencias de los tratados constitutivos, por lo que las instituciones de la UE deberían jugar un cierto papel en un SDE extra muros<sup>130</sup>. Siguiendo los precedentes de los tratados intergubernamentales recientes, probablemente se intente anular al Parlamento Europeo<sup>131</sup>, disminuir el poder de actuación de la Comisión a un rol meramente técnico y de fiscalización, concentrar todo el poder de decisión en los gobiernos de los Estados miembros y dotar al Tribunal de Justicia de una controvertida competencia sobre posibles incumplimientos<sup>132</sup>. Estas experiencias claramente desestabilizan el equilibrio de poderes previstos en el Derecho de la UE, debilitan la

---

<sup>129</sup> José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «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», *RDCE*, núm. 42, 2012, pp. 397-431, p. 414.

<sup>130</sup> Steve PEERS, «Towards a new form of EU law? The use of EU institutions outside of EU legal framework», *European Constitutional Law Review* núm. 1, 2013, p. 37.

<sup>131</sup> No sin quejas por parte de éste. Véase la 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)). Véase asimismo Monica HAUPTMAN, «European Stability Mechansim (ESM): Main Features, Oversight and Accountability», Parlamento Europeo, 24 de noviembre de 2014.

<sup>132</sup> Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «Las interminables reformas de la gobernanza económica de la zona euro», *Revista General de Derecho Europeo*, 2012, núm. 27, editorial. Del mismo autor, «La nueva gobernanza...» *op. cit.*, nota 74, pp. 422 y sig. Claire KILPATRICK, «Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge because they are not EU Law», *European Constitutional Law Review*, núm. 10, 2014, pp. 393-421.

legitimación democrática de la UEM y parecen ser el precio a pagar por ganar mayor transferencia presupuestaria por parte de los Estados miembros<sup>133</sup>. La clave del problema estaría en predefinir claramente las condiciones para la transferencia de recursos, de modo que esta opere de modo automático y sin necesidad de una toma de decisión caso a caso por parte de un órgano intergubernamental, muy probablemente con voto ponderado según sus aportaciones. Reproducir la experiencia, por ejemplo, del MEDE, en donde las transferencias vienen precedidas de un listado de condiciones, sería desnaturalizar al SDE para convertirlo en un instrumento más para la desregulación de los mercados de trabajo.

En tercer lugar, y como continuación a lo anterior, probablemente el principal problema de un tratado internacional para el establecimiento del SDE estaría en encontrar un encaje con el Derecho de la UE. Es verdad que el SDE, por razones jurídicas y políticas, no se desarrollaría fácilmente dentro de la UE. Pero también es cierto que un SDE fuera de la UE puede llegar a colisionar con competencias comunitarias. Ya en el Tratado de Prüm se incluyó una cláusula de subordinación<sup>134</sup>, que se repitió en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria<sup>135</sup>. Y aunque no se mencionase expresamente, como en el MEDE, no cabe duda que también se la presume<sup>136</sup>. La coherencia es mayor si se incluye una cláusula de solución de controversias a cargo del TJUE<sup>137</sup>. Quedará una vez más, por lo tanto, en manos del TJUE la tarea de marcar los límites y contrapesos para un correcto funcionamiento del instrumento.

## VIII. A MODO DE CONCLUSIONES

La propuesta para el establecimiento de un SDE es una de las más importantes dentro de los mecanismos de estabilización macroeconómica que se propusieron como consecuencia de la Gran recesión. Dado su origen estrictamente económico (y no social), la iniciativa nace encorsetada con una serie de condiciones que limitan su desarrollo según criterios de solidaridad. A pesar de ello, se cuenta actualmente con algunos modelos que, con las debidas adaptaciones, serían viables desde el punto de vista económico y político. El mayor

<sup>133</sup> Ben CRUM, «Saving the euro at the cost of democracy?», *JCMS*, núm. 4, 2013, p. 622.

<sup>134</sup> Art. 1.2 del Tratado de Prüm. *BOE*, núm. 307 de 25.12.2006.

<sup>135</sup> Art. 2.2 y 3.1. *Ibid.*

<sup>136</sup> *Pringle, op. cit.*, nota 119, apartados 68-69.

<sup>137</sup> Art. 37 MEDE. *BOE*, núm. 239 de 4.10.2012.

peligro, y aquí la paradoja, radicaría en que por evitar el llamado *riesgo moral* se limite tanto los efectos de solidaridad que, al final, el instrumento pierda utilidad práctica ya que el efecto macroeconómico sería insignificante. Sobre la base de estas premisas a continuación formularemos algunas conclusiones sobre las opciones legales disponibles para la implantación de un SDE:

1ª) *Interpretados de modo flexible, la actual redacción de los arts. 114, 352, 48 y 153 TFUE son base jurídica suficiente para la creación de un SDE para toda la UE tomando como referencia sus efectos beneficiosos para el mercado interior, pero solo un diseño fiscalmente neutro tiene posibilidades de superar el doble escollo del art. 125.1 TFUE y el voto por unanimidad. Respecto a este último aspecto, el recurso a la cooperación reforzada puede ser esencial.* Dependiendo de si el énfasis se pone en la armonización de seguros de desempleo o solo en el reforzamiento del mercado interior, el art. 114 TFUE se podría combinar bien con el art. 48 TFUE, bien con la cláusula de imprevisión del art. 352 TFUE. El art. 153.2 TFUE puede completar dichas bases en relación con la necesaria armonización de mínimos de los seguros de desempleo nacionales. En los tres casos se debe apelar a la unanimidad. Es probable que esta sea muy difícil de alcanzar, por lo que estimamos que es casi seguro que se deberá utilizar el procedimiento de cooperación reforzada. Aun así, acordar un modelo unificado de SDE aunque sea para un número reducido de países puede ser muy difícil. Esto, sumado a la cláusula *no bail-out* del art. 125.1, nos lleva a concluir que solo un diseño fiscalmente neutro podría tener posibilidades de salir adelante. Este tiene menos impacto en materia de estabilización macroeconómica, y es una aplicación reducida del principio de solidaridad. Sin embargo, un SDE de este tipo podría ser interesante como herramienta de armonización en materia de seguridad social (cosa que no se ha logrado con la coordinación en materia de política social) y, si se incluyen elementos destinados a la búsqueda de empleo en otros Estados miembros, como promotor de la libre circulación de trabajadores.

2ª) *El art. 136.3 TFUE sería base jurídica suficiente para un SDE estabilizador de la zona euro y el MEDE podría utilizarse como instrumento de desarrollo.* Un modelo de SDE como herramienta de estabilización macroeconómica de la eurozona que efectivamente impida los flujos unidireccionales de fondos y reduzca al mínimo el riesgo moral (*Four Presidents' Report*) solo se podría articular mediante un esquema de reaseguro. El art. 136.3 sería una base jurídica aceptable y, dadas las semejanzas con el MEDE, nos hace decantarnos por su utilización como marco institucional, aunque deba adaptarse a las necesidades del SDE: automatismo de las ayudas, reducción y predefinición de la condicionalidad, eliminación de toda utilización como instrumento de intervención económica. Otra posibilidad es recurrir a un tratado *inter se* específico para el SDE (véase la conclusión 4).

3<sup>a</sup>) *Solo a través de una reforma de los tratados que aumente la capacidad fiscal de la UE se podría plantear un SDE más solidario.* Una reforma podría ampliar la actuación del art. 48 o del art. 153 TFUE, permitiendo la creación de instrumentos europeos de seguridad social para toda la UE, o crear una base similar al 136.3 para los mecanismos de estabilización automáticos de la eurozona, a la vez que se incrementa la capacidad presupuestaria de la UE. Solo se justificaría apelar a la reforma si lo que se tuviese en mente es un diseño más solidario que permitiese flujos unidireccionales permanentes aunque condicionados, por ejemplo, solo para períodos de crisis (como el modelo americano). Este sistema tendría un efecto estabilizador mucho más importante y mejoraría la legitimidad de la UE frente a la ciudadanía.

4<sup>a</sup>) *Un tratado inter se puede ser un instrumento de desarrollo del SDE, aunque debería estar estrechamente coordinado con las instituciones comunitarias y subordinado al derecho de la Unión.* Recurrir a un tratado de derecho internacional público no sería tanto por la falta de competencias comunitarias sino más bien para escapar de ciertos controles, en especial del Parlamento Europeo, y no aumentar la capacidad presupuestaria de la UE. La experiencia reciente demuestra que algunos de estos instrumentos han llevado a cometer ciertos abusos y están contestados desde el punto de vista de la legitimidad. Por ello, en ningún caso debería diseñarse como un nuevo instrumento de intervención económica sobre los Estados en dificultades. Dada la existencia de solapamientos con competencias comunitarias, debería necesariamente incluir una cláusula expresa de subordinación al derecho de la UE y una de jurisdicción en favor del TJUE.