

## El nuevo tratado para reforzar la unión económica: una “cura de urgencia” excepcional y transitoria

José Martín y Pérez de Nanclares \*

**Tema:** Los jefes de Estado y de gobierno de la zona euro se comprometieron el 9 de diciembre de 2011 a celebrar un acuerdo internacional fuera del marco de los tratados constitutivos de la UE con el objetivo de establecer una unión económica más fuerte.

**Resumen:** Los jefes de Estado y de gobierno de la zona euro aprobaron una Declaración en la que acuerdan avanzar hacia una unión económica más fuerte que incluye un nuevo pacto presupuestario, una mayor coordinación de las políticas económicas y un sustancial refuerzo de los instrumentos de estabilización. El mecanismo jurídico para conseguir este objetivo será un nuevo tratado internacional celebrado fuera del marco de los tratados constitutivos de la UE, cuya negociación se prevé rápida y cuya entrada en vigor probablemente no exigirá la ratificación de todos los Estados miembros de la zona euro. Ello plantea algunas cuestiones jurídicas de relevancia que son objeto de este breve análisis.

### Análisis:

*Un nuevo tratado al margen de los tratados constitutivos: una opción por descarte con vocación de transitoriedad*

El pasado 9 de diciembre los jefes de Estado y de gobierno de la zona del euro aprobaron una Declaración en la que manifiestan la inequívoca intención de “avanzar hacia una unión económica más fuerte”. Para lograrlo marcan una actuación en dos direcciones: por un lado, lograr una nueva arquitectura reforzada para la Unión Económica y Monetaria que incluya un nuevo pacto presupuestario y una coordinación reforzada de las políticas económicas; por otro lado, desarrollar herramientas de estabilización para hacer frente a los desafíos que en el corto plazo plantean los mercados de deuda soberana (véase Federico Steinberg e Ignacio Molina, *Un renovado pacto de estabilidad (¿sin crecimiento?) para la UE*, ARI nº 161/2011, Real Instituto ELcano). Esta Declaración plantea algunas cuestiones que merecen un primer análisis jurídico.

De entrada, el elemento que más llama la atención es la vía escogida para traducir a Derecho los acuerdos políticos alcanzados. A nadie se le escapa que la vía más ortodoxa para lograr el objetivo perseguido hubiera sido la marcada por el precepto que prevé un mecanismo *ad hoc* de revisión de los tratados constitutivos, sea de carácter ordinario (arts. 48.1 a 48.5 TUE) o sea mediante el procedimiento simplificado para la revisión de las disposiciones de la parte tercera del TFUE sobre políticas y acciones de la Unión (art.

---

\* Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Salamanca.

48.6 TUE). De hecho, la vía natural hubiera sido la primera de las citadas, pero en la práctica no resultaba (políticamente) viable ni por el tiempo preciso para sacar adelante el nuevo tratado de reforma ni, sobre todo, por el riesgo que acarrearía la inevitable exigencia de posterior ratificación por *todos* los Estados miembros de la Unión; máxime, una vez que el Reino Unido cerró el camino a cualquier acuerdo al condicionarlo a una serie de exigencias inaceptables. La segunda de las vías mencionadas –introducida precisamente por el Tratado de Lisboa– hubiera tenido la ventaja de acortar sustancialmente los plazos, ya que se ahorrarían los trámites de convocatoria de la convención (prescindible también en el procedimiento ordinario), de negociación y aprobación en el marco de una conferencia intergubernamental y, por supuesto, de la posterior ratificación. Pero en ningún caso se puede obviar la exigencia de unanimidad en el Consejo Europeo ni tampoco la aprobación por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Tiene además el límite añadido de no poder utilizarse para “aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados”, cuestión ésta última no fácil de soslayar a la vista de algunos de los objetivos perseguidos por la Declaración del 9 de diciembre.

Por motivos semejantes, tampoco resultaban factibles las posibles vías de recurrir a un Protocolo *ad hoc* (a 17 o más) y/o de utilizar el Acta de adhesión de Croacia –se firmó con ocasión del ese mismo Consejo Europeo– como vía para su ratificación. Ambos instrumentos hubieran garantizado ciertamente la consideración de su contenido como Derecho originario (arts. 49 y 51 TUE), pero la entrada en vigor difícilmente podría lograrse durante 2012 –la del Acta se prevé para el 1 de julio de 2013– y tampoco se eludía el problema básico de la falta de unanimidad.

En suma, la única opción que quedaba por descarte era la de retomar la vía de un nuevo tratado celebrado *extra muros* de los tratados constitutivos en una suerte de Schengen o Prüm revisitados. Ciertamente, comporta riesgos jurídicos, si bien la Declaración del 9 de diciembre sale al paso de ellos subrayando el carácter excepcional y, sobre todo, la voluntad de transitoriedad. Vocación de transitoriedad porque el “objetivo sigue siendo incorporar estas disposiciones en los Tratados de la Unión tan pronto como sea posible”; y carácter excepcional porque la Declaración prevé también que “algunas de las medidas expuestas se pueden adoptar mediante disposiciones de Derecho derivado”. Comencemos, pues, por ver el alcance del nuevo tratado y dejemos para el final las posibilidades complementarias que sigue brindando el Derecho derivado.

### *El nuevo tratado internacional: principales interrogantes jurídicos e institucionales*

#### *Elaboración del tratado y entrada en vigor*

Previsiblemente, el 30 de enero de 2012 se celebrará una nueva cumbre en la que se intentará impulsar una muy rápida negociación del tratado –a ella asistirán también tres representantes del Parlamento Europeo a título de observadores y una representación de la Comisión– con el fin de que éste pueda estar listo como muy tarde en marzo de 2012 (para los días 1 y 2 de ese mes está anunciada la celebración de otro Consejo Europeo). Tras las correspondientes adopción y autenticación del texto, la previsión sería que el nuevo tratado pudiera entrar en vigor a lo largo de 2012, a poder ser en el mismo verano. De hecho, existe un primer borrador de ese nuevo tratado que se hizo circular entre los Estados miembros el pasado 17 de diciembre (*Draft Agreement on Reinforced Economic Union*) y consta de 14 artículos agrupados en seis títulos dedicados respectivamente a los objetivos y ámbito de aplicación (art. 1), relación con el Derecho de la Unión (art. 2), disciplina presupuestaria (arts. 3 a 8), convergencia económica (arts. 9 a 12), cumbres

---

del euro (art. 13) y disposiciones generales y finales (art. 14), precedidos de un amplio preámbulo (16 apartados).

De ese nuevo tratado, el mecanismo de la entrada en vigor será probablemente el aspecto más sobresaliente y plantea al menos tres cuestiones básicas. En primer lugar, surge la duda de si la entrada en vigor requerirá la ratificación de al menos los 17 Estados de la zona euro. Dado el objetivo perseguido por la Declaración de 9 de diciembre y el antecedente inmediato del citado Tratado de Prüm –exigía tan sólo dos ratificaciones (art. 50.1)–, todo apunta a que se optará por un mecanismo que facilite al máximo esa entrada en vigor. En este sentido, el citado borrador de tratado prevé únicamente la ratificación de nueve Estados cuya moneda sea el euro, incorporándose el resto de Estados de la zona euro a medida que vayan depositando ante la Secretaría General del Consejo sus respectivos instrumentos de ratificación.

A este respecto, difícilmente podrá pasar desapercibido que el requisito de ratificación por nueve Estados, además de ser la mayoría de los Estados miembros de la actual zona euro, coincide en número con las exigencias previstas por los actuales tratados constitutivos para poner en marcha una cooperación reforzada y resulta, así, mucho menos rígido que lo establecido para el Tratado constitutivo del MEDE (ratificación por un número de Estados miembros que representen el 90% de los compromisos de capital, lo cual supone derecho de veto de cualquiera de los cuatro grandes del euro).

En segundo lugar, a la luz de esta previsión, surge a renglón seguido la duda de qué pasaría si finalmente alguno de los 17 Estados miembros de la zona euro no ratificase el tratado. Nos encontraríamos ante un compleja situación en la que el manejo de las “cuatro velocidades” que existirían (zona euro con nuevo tratado, zona euro sin nuevo tratado, fuera de zona euro pero en camino hacia ella y fuera de zona euro sin intención alguna de acceder a ella) exigiría algo más que la habitual “ingeniería jurídica” consustancial a la Unión. No es por ello descartable que, pese a no existir ninguna disposición *ad hoc* sobre la salida del euro ni preverse obviamente sanción alguna para el Estado que no ratifique el nuevo tratado, el Estado en cuestión que siendo de la zona euro no ratifique el tratado pudiera encontrarse *de facto* con una “cortés invitación” a abandonar la zona euro, además de contar antes con las posibles “presiones indirectas” en su mercado de deuda. Salvo, eso sí, que se tratara de Alemania o Francia, en cuyo caso la no ratificación conduciría al tratado a una muerte segura incluso antes de nacer.

Por último, en tercer lugar, el nuevo tratado queda también abierto a la ratificación por Estados cuya moneda no es aún el euro. Pero parece claro que el nuevo tratado no entrará plenamente en vigor para ellos en tanto no tengan el euro como moneda propia. No obstante, esos Estados podrían quedar vinculados por las disposiciones del tratado sobre disciplina presupuestaria y de convergencia económica si declaran su voluntad en este sentido en el momento de ratificar el tratado. Y ese es precisamente el núcleo central del borrador del tratado.

En este mismo orden de cosas, surge igualmente la duda jurídica de si la ratificación de este nuevo tratado se constituiría para esos Estados en un requisito para la entrada en el euro. Jurídicamente resulta más que discutible sostener a la luz de los requisitos marcados por el Derecho de la Unión en vigor (art. 140.1 TFUE) una contestación en sentido positivo. Sin embargo, si el Estado afectado no estuviera dispuesto a ratificar este nuevo tratado, nos parece inimaginable que los Estados que en ese momento dado

configuren la zona euro estén dispuestos a levantar la posibilidad de bloqueo que en la práctica les brinda el procedimiento previsto al respecto (art. 140.2 TFUE).

*Las relaciones del nuevo tratado con las instituciones y el Derecho de la Unión*

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

Por lo que respecta a la *dimensión institucional*, el nuevo tratado no parece que vaya a crear un sistema institucional propio ya que lo contrario sería sembrar el germen de conflictos seguros en la concatenación de ambos sistemas. Cuestión bien diferente es que pueda contener alguna peculiaridad de carácter menor. Tal sería, por ejemplo, el caso de una formalización de las cumbres de los jefes de Estado y gobierno de la zona euro al menos dos veces al año.

Ahora bien, a nuestro entender, resulta muy difícil de imaginar cómo el nuevo tratado podrá insertar a las instituciones más claramente depositarias del interés supranacional dentro de un esquema de raíz intergubernamental. Comisión y Tribunal de Justicia son instituciones concebidas para actuar en un marco supranacional, por lo que hacerlo a la vez en un sistema comunitario a 27 y en otro intergubernamental a 26 (o menos) no será fácil. De hecho, en relación con la Comisión, es sintomático que el borrador de tratado que se hizo circular el 17 de diciembre omita precisamente la referencia que la Declaración del 9 de diciembre hacía a las tareas de “supervisión” y “refrendo” a propósito de los programas que presenten los Estados (apdo. 4). El borrador de tratado se limita a establecer que esos programas “*shall be submitted to the European Commission and Council*”, pero no fija cuál será la labor encomendada a ambas instituciones cuando ya dispongan de esos programas nacionales. La Comisión es, no obstante, citada en diversos preceptos al regular las disposiciones presupuestarias o la preparación de las cumbres de la zona euro.

Por lo que respecta al Tribunal de Justicia, el borrador de nuevo tratado le atribuye competencia para conocer de los recursos interpuestos por un Estado parte por infracción de los compromisos de disciplina presupuestaria por otro Estado parte. Se trata de una competencia que, en virtud de la adormecida posibilidad que brinda el actual artículo 273 TFUE, resulta *prima facie* perfectamente compatible con el Derecho en vigor. Surge, con todo, la duda de si cabría también un recurso de incumplimiento por eventual infracción de la sentencia condenatoria del TJUE con petición de imposición de una multa al Estado infractor. Se colige que, a la vista de la vía intergubernamental escogida, la contestación irá en sentido negativo. Pero ello no disipa la duda sobre la virtualidad de un posible recurso de incumplimiento ordinario (arts. 259 y 260 TFUE) interpuesto en el marco comunitario con fundamento en el artículo 126 TFUE.

En este mismo orden de cosas, tampoco será sencillo de evitar que el Reino Unido pueda utilizar esas instituciones comunitarias para intentar debilitar el nuevo a través de la acción política dentro del Parlamento Europeo y una eventual acción jurídica ante el Tribunal de Justicia aprovechando los resquicios que pueda dejar el vigente Derecho procesal de la Unión en vigor.

De forma parecida, el nuevo tratado altera también los equilibrios de poder existentes dentro de la Unión. Desde la perspectiva del reparto de poder horizontal entre las

instituciones que conforman la tríada legislativa (Comisión, Parlamento Europeo y Consejo) porque la vía escogida neutraliza por completo al Parlamento Europeo; y desde la perspectiva de los Estados miembros porque el contexto intergubernamental del nuevo marco jurídico da perfecta cobertura para consolidar el peculiar modo de trabajar que el tándem franco-alemán –por no decir la batuta alemana con asentimiento francés– viene realizando en los últimos meses con un total desprecio por las instituciones y cargos de la Unión, incluidos en primera línea el (invisible) presidente del Consejo Europeo y el (condescendiente) presidente de la Comisión.

Por otro lado, en lo que se refiere a las *relaciones con el Derecho de la Unión* ahora en vigor, el nuevo tratado debería contener una disposición clara que previera expresamente una subordinación expresa al Derecho de la UE al estilo de la que contenía, por ejemplo, el ya citado Tratado de Prüm (art. 1.2). Lo contrario supondría una violación flagrante de, entre otros aspectos, el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE). Esta exigencia se recoge claramente en el borrador con carácter general, de forma que las disposiciones de este tratado tan sólo resultarán aplicables si son compatibles tanto con el Derecho originario como con el Derecho derivado de la Unión; y se repite con carácter particular al regular determinados aspectos centrales del tratado, como la disciplina presupuestaria. A nuestro entender, esta previsión salva la principal de las preocupaciones jurídicas que plantea la vía de un tratado *extra muros* de los tratados constitutivos. Habrá que ver, empero, cómo actúa en la práctica.

No obstante, en relación con el Derecho derivado podrían plantearse a título de mera hipótesis algunas dudas, especialmente por lo que respecta a actos jurídicos que pudieran adoptar las instituciones de la Unión en el marco de los tratados constitutivos arts. 121, 126 y 136 TFUE con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo tratado internacional. Por ejemplo, el Reglamento sobre monitoreo de los planes presupuestarios y corrección de déficits excesivos de los Estados miembros de la zona euro (*COM (2011) 821 final 23.11.2011*).

Igualmente, en relación con la inclusión de la regla de oro en “la constitución o en una norma de nivel equivalente” –al estilo de lo que ya existe en Alemania (arts. 109 y 115 Ley Fundamental de Bonn) y España (art. 135 Constitución)– no parece muy acorde con el principio de autonomía de los Estados condicionar el modo y nivel legislativo que escoja cada Estado para cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales válidamente celebrados, sean los tratados constitutivos de la Unión o sea el nuevo tratado en cuestión. Y tampoco es seguro que resulte fácil al Tribunal de Justicia asumir la función de verificación que se le pretende encomendar.

*Medidas de Derecho derivado de la UE: un útil instrumento complementario de limitada aplicación práctica*

La plasmación jurídica concreta de los acuerdos recogidos en la Declaración del 9 de diciembre no sólo ha de hacerse a través del nuevo tratado internacional. En realidad, algunos de los objetivos perseguidos caben perfectamente dentro del Derecho derivado.

*Instrumentos de la política monetaria*

En efecto, los tratados constitutivos permiten la adopción de “medidas relativas a los Estados miembros cuya moneda es el euro” con el objetivo de “reforzar la coordinación y supervisión de su disciplina presupuestaria”, así como para “elaborar las orientaciones de política económica referentes a dichos Estados, velando por que sean compatibles con

las adoptadas para el conjunto de la Unión y garantizar su vigilancia” (art. 136.1 a TFUE). Esta opción tiene la ventaja *formal* de que su procedimiento de adopción requiere tan sólo una decisión del Consejo. Pero arrastra el grave inconveniente *material* de la insuficiencia de su posible contenido. Además, el proceso de adopción de alguna de esas medidas remite a los mecanismos de decisión existentes en materia de coordinación económica (art. 121 TFUE), cuyo instrumento jurídico básico son las orientaciones generales para las políticas económicas, y a los existentes para los casos de supervisión de los déficit excesivos (art. 126 TFUE), cuyas decisiones en casos de déficit excesivos no tienen la fuerza sancionadora deseada en este momento.

Ahora bien, a veces se carga en la alforjas de las normas jurídicas lo que en realidad debe ir en el deber de los Estados miembros que integran el Consejo. Bien podría haberse apurado algo más el margen competencial de los tratados constitutivos a la hora de fijar el contenido de los actos jurídicos ya adoptados, como por ejemplo los Reglamentos sobre supervisión de las situaciones presupuestarias (Reglamento 1466/97 de 7 de julio de 1997, modificado por última vez en noviembre de 2011) y sobre el procedimiento aplicable en situaciones de déficit excesivos (Reglamento 479/2009) o la Directiva sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros (Directiva 2011/85/UE). A mayor abundamiento, los propios tratados constitutivos dejan en manos del Consejo la adopción de disposiciones apropiadas que sustituyan al Protocolo (núm. 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, si bien se exige la unanimidad (art. 126.14 TFUE).

Aun así, no es difícil encontrar en el borrador de tratado formulaciones casi idénticas a las recogidas en los citados instrumentos de Derecho derivado citados.

#### *La cláusula de imprevisión*

Un segundo instrumento de Derecho derivado que podría resultar de utilidad es el que brinda la cláusula que permite adoptar acciones que resulten necesarias para alcanzar alguno de los objetivos fijados por los tratados constitutivos “sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto” (art. 352 TFUE). Sin duda, es un objetivo de la Unión “establecer una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro” (art. 3.4 TUE), basada en los principios rectores de “precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable” (art. 119.3 TFUE). Dado que las atribuciones de competencia en materia de coordinación económica (art. 121 TFUE) y de sanción en casos de incumplimiento de las exigencias en materia de déficit público (art. 126 TFUE) resultan insuficientes, se podría pensar en esta cláusula de imprevisión para adoptar medidas que no cupiesen en las dos atribuciones de competencia expresa citadas.

Sin embargo, esta acción al amparo de la cláusula de imprevisión tiene tres graves inconvenientes. El obstáculo principal radica a la sazón en que para recurrir a este mecanismo se exige la unanimidad en el Consejo. Además, no cabe su uso cuando ya exista una atribución *ad hoc* ni tampoco para adoptar acciones para las que los tratados constitutivos excluyan la armonización (art. 352.4 TFUE). Y, por último, se trata además de un precepto que no termina de ser del gusto alemán, ya que la controvertida sentencia de su Tribunal Constitucional sobre el Tratado de Lisboa estableció que el uso de esta cláusula exige el mismo trámite parlamentario interno que para autorizar la celebración de un tratado de reforma de los tratados constitutivos (apdo. 417).

#### *Las cooperaciones reforzadas*

En tercer lugar, se ha manejado también con cierta insistencia la posibilidad de recurrir al mecanismo de la cooperación reforzada como vía para adoptar decisiones que tan sólo resultarían aplicables a los 17 Estados de la zona euro. Ciertamente, la cooperación reforzada está concebida para que un grupo de al menos nueve Estados adopten actos jurídicos dentro del marco institucional de la Unión con la finalidad de reforzar el proceso de integración. Pero queda totalmente vedada para ampliar competencias y no pueden utilizarse en el ámbito de las competencias exclusivas (art. 20. 1 TUE) ni tampoco puede perjudicar al mercado interior (art. 326 TFUE). De modo que la cooperación reforzada no es un instrumento válido para dar cobertura a acciones en materia de política fiscal y presupuestaria para los Estados miembros de la zona euro porque se refieren al menos en parte a una materia (política monetaria) que es competencia exclusiva de la Unión (art. 3.1 c TFUE) y afecta también a reglas del mercado interior.

Cuestión diferente es que con carácter residual pudiera emplearse en algunos aspectos muy concretos. De hecho, la Declaración de 9 de diciembre de 2011 manifiesta la voluntad de “utilizar de manera más activa la cooperación reforzada en cuestiones que son esenciales para el correcto funcionamiento de la zona euro” (apdo. 8). Resulta, con todo, un compromiso extraordinariamente indeterminado, aunque se supone que se trata de cuestiones muy específicas a través de las que se intentaría superar las deficiencias manifiestas del peculiar método abierto de cooperación que inspira en la actualidad la muy tenue competencia económica de la Unión (art. 5 TFUE). No obstante, su aplicación práctica resulta dudosa ya que, aunque la Declaración se dice resuelta a “trabajar en pos de una política económica común”, los compromisos previstos (apdo. 9) no van mucho más allá de ese método abierto de cooperación (debates, coordinación, prácticas más idóneas...). De hecho, el borrador de tratado que se hizo circular el 17 de diciembre omite cualquier referencia en este sentido.

**Conclusión:** En suma, el nuevo tratado intentará procurar a la Unión Monetaria la “pata económica” que no fue posible incluir en el Tratado de Maastricht. Sale adelante, empero, sin el respaldo unánime de los Estados miembros de la Unión y, en consecuencia, por una vía jurídica que, aunque en principio sea conforme con los postulados del Derecho Internacional, plantea múltiples interrogantes jurídicos desde la perspectiva del método comunitario. Los principales retos serán los de carácter institucional y los derivados de la concatenación práctica del nuevo tratado con el actual Derecho de la Unión. También podrían surgir dificultades imprevistas en el caso de que alguno de los 17 Estados de la zona del euro no lo ratificase. Incluso no habría que descartar la posibilidad de que el Reino Unido emplease algún resorte institucional (Parlamento Europeo) o judicial de la Unión (Tribunal de Justicia) para intentar obstaculizar la viabilidad de la vía jurídica escogida. Salvo, eso sí, que en un futuro este Estado pudiera reconsiderar su arriesgada posición actual.

Sin embargo, no conviene sobredimensionar estas dificultades jurídicas. Por una parte, porque la redacción que se ha dado al borrador de nuevo tratado que se acaba de conocer se cuida mucho de soslayar cualquier atisbo de posible conflicto institucional o jurídico. Por otra parte, porque en realidad el verdadero problema de fondo es en primera línea de naturaleza económica y política: económica en cuanto la intención última de estas medidas es salvar el euro; y política porque lo que late en el fondo del debate es el agotamiento del modelo que en las últimas seis décadas ha servido de fundamento para el proceso de integración.

El nuevo tratado debería ser simplemente un parche temporal. Una respuesta jurídica heterodoxa a una situación excepcional. Una suerte de “cura de urgencia” para contener la hemorragia que está provocando en los Estados miembros de la UE la profunda crisis económica actual. No puede alzarse como modelo para futuras reformas ni tener en modo alguno la aspiración a consolidarse como un solución definitiva. Esa deberá llegar cuando las turbulentas aguas de la economía actual vuelvan a la calma y su diseño requerirá bastante más sosiego que el tenido en la noche del pasado 8 de diciembre de 2011.

*José Martín y Pérez de Nanclares*  
*Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Salamanca*